Academia de Ciencias Políticas y Sociales

BOLETÍN
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

HOMENAJE AL DOCTOR
JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO

JULIO - DICIEMBRE 2020 - Nº 161
CARACAS / VENEZUELA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

FUNDACIÓN
"JUAN GERMAN ROSCIO"
RIF: J-31361261-8
NIT. 04317058893

BOLETÍN de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

HOMENAJE AL DOCTOR
JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO

JULIO-DICIEMBRE 2020 / Nº 161
CARACAS / VENEZUELA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva
Período 2020-2021

Presidente:	*Humberto Romero-Muci*
Primer Vicepresidente:	*Julio Rodríguez Berrizbeitia*
Segundo Vicepresidente:	*Luciano Lupini Bianchi*
Secretario:	*Rafael Badell Madrid*
Tesorera:	*Cecilia Sosa Gómez*
Bibliotecario:	*Carlos Ayala Corao*

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.
José Guillermo Andueza
Juan Carlos Pro-Rísquez *(e)*
José Muci-Abraham
Enrique Urdaneta Fontiveros
Alberto Arteaga Sánchez
Jesús María Casal
León Henrique Cottin *(e)*
Allan Randolph Brewer-Carías
Eugenio Hernández-Bretón
Carlos Acedo Sucre
Luis Cova Arria
Ramón Guillermo Aveledo
Hildegard Rondón de Sansó
Henrique Iribarren Monteverde
Josefina Calcaño de Temeltas
Guillermo Gorrín Falcón
Gerardo Fernández Villegas
James-Otis Rodner
Ramón Escovar León
Román J. Duque Corredor
Gabriel Ruan Santos
José Antonio Muci Borjas
César A. Carballo Mena
Juan C. Carmona Borjas
Salvador Yannuzzi Rodríguez
Alfredo Morles Hernández
Héctor Faúndez Ledesma
Carlos Leáñez Sievert
Luis Guillermo Govea U., h
Oscar Hernández Álvarez
Fortunato González Cruz
Luis Napoleón Goizueta H.

Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Nº 161 / julio-diciembre 2020
Caracas, Venezuela
Periodicidad semestral
Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal: pp193602DC482
ISNN: 0798-1457
1. Derecho-publicaciones periódicas

CONSEJO EDITORIAL
Rafael Badell Madrid
Ramón Escovar León
Eugenio Hernández-Bretón

El *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* se encuentra indizado en la base de datos del Catálogo LATINTEX (Folio Nº 15543)

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT

© Copyright 2012
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,
Palacio de las Academias
Caracas 1121-A
Teléfonos: (0212) 482 88 45 - 482 86 34
Fax: (0212) 483 26 74
e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Página web: www.acienpol.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.
Diagramación: Oralia Hernández
Impreso en Venezuela

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLA SE EMITAN.

ÍNDICE

Panegírico homenaje al Doctor José Andrés Octavio 3

PRONUNCIAMIENTOS

1. Pronunciamiento de las Academias Nacionales en rechazo a la minería ilegal y el Arco Minero: violación del ordenamiento legal, efectos socioambientales y vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas. 20 de Julio de 2020..... 11

2. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la eliminación del voto universal, directo y secreto para elegir a los diputados representantes de los pueblos indígenas. 11 de agosto de 2020..... 19

3. Pronunciamiento de las Academias Nacionales en rechazo a la convocatoria a las elecciones parlamentarias 2020. 1 de octubre de 2020..... 25

4. Pronunciamiento en rechazo a la "Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos". 21 de octubre de 2020 31

5. Pronunciamiento la Academia Nacional de Medicina y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante las pretendidas elecciones parlamentarias para el 6 diciembre 2020. 3 de diciembre de 2020..... 39

EVENTOS

1. ENTREGA DEL PREMIO ALMA MATER, EDICIÓN XV OTORGADO POR LA ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y AMIGOS DE LA UCV AL DR. ALLAN BREWER-CARÍAS 04 de diciembre de 2020

Palabras de la profesora Josefina Punceles de Benedetti, Presidenta de la Asociación de Egresados y Amigos de la Universidad Central de Venezuela 47

Comunicación de la Dra. Imelda Cisneros en representación del Jurado del Premio Alma Mater 2020 53

Veredicto del Jurado Premio Alma Mater 2020 de la Universidad Central de Venezuela 57

Palabras de la Doctora Cecilia García-Arocha Márquez, Rectora de la Universidad Central de Venezuela en el Acto de entrega del "Premio Alma Mater" "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV" 61

Discurso del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela sobre "La Universidad Central de Venezuela y la lucha por la Autonomía y la Democracia". Pronunciado en el Acto de Recepción del Premio Alma Mater UCV 2020 69

2. IX JORNADAS ANÍBAL DOMINICI. DERECHO PROBATORIO HOMENAJE AL DR. SALVADOR YANNUZZI RODRÍGUEZ 26 y 27 DE NOVIEMBRE 2020

Palabras del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 99

Salvador Yannuzzi: universitario y académico. Dr. Román J. Duque Corredor 103

Un saludo al Decano Yannuzzi. Dr. Eugenio Hernández-Bretón 111

Empresas digitales y prueba del vínculo laboral. Prof. César Augusto Carballo Mena 115

La prueba en los procesos constitucionales. Dr. Rafael Badell Madrid..... 141

3. JORNADA INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE CARACAS SOBRE ARBITRAJE. HOMENAJE A LOS 127 AÑOS DE LA CÁMARA DE CARACAS 18 de noviembre de 2020

Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 185

Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas 191

Consideraciones sobre las cláusulas arbitrales escalonadas. Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros 197

Situación actual del arbitraje tributario. Prof. Gabriel Ruan Santos 243

FOROS

1. VIDEOCONFERENCIA EL "*DISCOVERY*" Y LA LEY DE PROCEDIMIENTO MARÍTIMO 02 de julio de 2020

Palabras de apertura del Foro a cargo del Dr. Juan J. Itriago Vicepresidente de Eventos de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. 265

Génesis del Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo de noviembre de 2001. Prof. Henry Morián Piñero 271

Procedimientos marítimos. Dr. Francisco Villarroel Rodríguez 287

Breves consideraciones sobre los artículos 9 y 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo. Dr. Freddy Belisario Capella 315

El *Discovery* en el Procedimiento Marítimo panameño. Dr. Nelson Carreyó ... 327

¿En el procedimiento marítimo venezolano existe el *Discovery*? Dr. Salvador Yanuzzi 355

Palabras de clausura del Foro a cargo del Dr. Luis Cova Arria, Individuo de Número de la Corporación 373

2 VIDEOCONFERENCIA MIGRANTES, PANDEMIA Y POLÍTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 23 de julio de 2020

Palabras de presentación al Foro a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 381

Venezuela ante los Tribunales Extranjeros. Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Individuo de número de la Corporación 387

Litigio Internacional y Tecnología. Prof. José Antonio Briceño Laborí 395

El Derecho del turismo en Venezuela frente a la COVID-19. Dra. Claudia Madrid Martínez..... 413

Efectos fiscales de la pandemia en el Derecho comparado de los países en desarrollo con especial énfasis en Latinoamérica. Dra. Betty Andrade Rodríguez..... 439

3. VIDEOCONFERENCIA EL DERECHO PENAL Y SUS DESAFÍOS EN TIEMPOS DIFÍCILES. HOMENAJE AL DR. TULIO CHIOSSONE
29 de julio de 2020

Palabras de presentación al Foro a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 473

Los desafíos de la justicia penal venezolana: la tragedia carcelaria. Dr. Alberto Arteaga Sánchez..... 481

La justicia penal transnacional. El *ius puniendi* contra la delincuencia organizada y la Gran Corrupción transnacionales. Dr. Fernando M. Fernández..... 489

Desventuras del proceso penal en la Venezuela del Siglo XXI. Dr. Ángel Zerpa Aponte..... 509

Justicia Internacional y Justicia Transicional. Dra. Milagros Betancourt C..... 555

El Examen preliminar de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones para Venezuela. Dra. Thairi Moya Sánchez..... 573

4. VIDEOCONFERENCIA ELECCIONES PARLAMENTARIAS. ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD
17 de septiembre de 2020

Palabras de presentación al Foro a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 593

Algunas consecuencias de la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las pretendidas elecciones parlamentarias de diciembre 2020. Dr. Allan Brewer-Carías . 601

Desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización desde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dr. Rafael Badell Madrid.... 623

La falta de integridad electoral en las elecciones legislativas fijadas para diciembre de 2020 como factor de su ilegitimidad. Dr. Román J. Duque Corredor 649

El derecho a la restauración democrática es un deber de todos. Dra. Cecilia Sosa Gómez 659

5. VIDEOCONFERENCIA MINERÍA ILEGAL EN EL ESCUDO DE LA GUAYANA VENEZOLANA
24 de septiembre de 2020

Palabra de presentación Dr. Humberto Romero-Muci. Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 669

Del mito de El Dorado al Arco Minero del Orinoco. Una aproximación histórica. Dr. Manuel Donis Ríos 679

Minería en el Amazonas Venezolano Antecedentes y Desarrollo. Dr. Charles Brewer-Carias 697

Minería y Salud en el Arco Minero: una tormenta perfecta. Dr. Leopoldo Villegas 805

La trasnacionalidad del derecho amazónico y la creación de la Defensoría de la Amazonía y del Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos. Dr. Román J. Duque Corredor 819

La importancia del geólogo en la geoexploración de proyectos mineros. Académico Noel Mariño Pardo 835

Nuevas herramientas en apoyo a un desarrollo minero responsable. Dr. Rafael Lairet Centeno..... 849

6. VIDEOCONFERENCIA: INFORME ONU SOBRE DELITOS DE LESA HUMANIDAD (CASO VENEZUELA)
01 de octubre de 2020

Palabras de presentación al Foro a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 883

Mi testimonio sobre la justicia penal. Dr. Alberto Arteaga Sánchez 893

El informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos. Dr. Héctor Faúndez Ledesma..... 899

Efectos del Informe de la misión internacional independiente sobre violaciones a los derechos humanos en Venezuela en relación con el Estado de Derecho y en las elecciones. Dr. Allan Brewer-Carías 907

El Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela del Consejo de Derechos Humanos y la justicia transicional: el derecho a la verdad. Dra. Milagros Betancourt C. 925

Notas referidas a la responsabilidad de quienes se encuentran en el TSJ según el informe de la misión de determinación de los hechos sobre Venezuela. Cecilia Sosa Gómez 933

7. VIDEOCONFERENCIA DISFUNCIÓN DEL BOLÍVAR Y DOLARIZACIÓN DE FACTO DE LA ECONOMÍA
14 de octubre de 2020

Palabras de presentación al Foro a cargo de la Dra. Sary Levy-Carciente, Vicepresidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas 945

La dolarización transaccional de la economía venezolana. Dr. Pedro A. Palma 953

El dilema de elegir la moneda funcional en una economía híbrida y sus efectos en el análisis de gestión. Lic. Mercedes Rodríguez S. 965

Impacto de la moneda funcional en el análisis financiero. Dr. John Beaujón ... 987

La disfunción del bolívar y la dolarización de facto de la economía. Aspectos legales y fiscales Dr. Humberto Romero-Muci 995

El petro como sucedáneo monetario. Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas 1065

8. VIDEOCONFERENCIA VII JORNADA DE ARBITRAJE
25 de noviembre de 2020

Palabras del Dr. Humberto Romero-Muci Presidente de la Academia de Ciencias Politicas y Sociales 1103

La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público. Dr. Allan Brewer-Carías 1107

La Convención de Singapur y el futuro de la mediación en Venezuela. Dr. José Alberto Ramírez León 1133

9. VIDEOCONFERENCIA ILEGITIMIDAD DE LA LLAMADA LEY ANTIBLOQUEO 26 de noviembre de 2020

Palabras de presentación al Foro a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1159

La paradoja del avance regresivo (Implicaciones políticas de una "ley constituyente"). Dr. Ramón Guillermo Aveledo 1167

El Estado soy yo. La encubierta abolición del principio constitucional de división del Poder Público por obra de la Asamblea Nacional Constituyente. Dr. José Antonio Muci Borjas 1177

La llamada Ley Antibloqueo contra la Constitución. Dra. Margarita Escudero León 1191

Implicaciones jurídicas de la Ley Constitucional Antibloqueo en el ejercicio de la actividad petrolera. Dr. Juan Cristóbal Carmona Borjas 1211

La "Ley Constitucional" Antibloqueo, Carl Schmitt y neolengua. Dr. Ramón Escovar León 1265

10. CONFERENCIA VIRTUAL DE LA PROFESORA CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ, INTITULADA "LA VIDA Y OBRA DE LA MAGISTRADA RUTH BADER GINSBURG: A PROPÓSITO DE LOS AVANCES EN LA EQUIDAD DE GÉNERO" 01 de diciembre de 2020

Palabras de presentación a la conferencia a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1283

Vida y obra de Ruth Bader Ginsburg: a propósito de los avances en la equidad de género. Dra. Claudia Madrid Martínez 1287

PRESENTACIONES DE LIBROS

1. LIBRO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES. CONSTITUCIONALISMO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA AUTOR ACADÉMICO DR. JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ 20 de octubre de 2020

Palabras de apertura a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci Presidente, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1303

Palabras del Prof. Carlos Ayala Corao 1309

Palabras del Prof. Augusto Martín de la Vega. Notas en torno a los derechos fundamentales y sus restricciones 1319

Palabras del autor Dr. Jesús María Casal H. 1331

2. LIBRO HOMENAJE AL DR. LUIS COVA ARRIA
03 de noviembre de 2020

Palabras de apertura a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci Presidente, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1345

Palabras del Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros Individuo de Número de la Corporación 1351

Palabras del Dr. Christopher Davis Presidente del Comité Marítimo Internacional 1363

Palabras de Agradecimiento del Dr. Luis Cova Arria por el libro en su honor.... 1369

3. LIBRO ¿QUÉ HACER CON LA JUSTICIA?
EL CASO VENEZOLANO.
17 de noviembre 2020

Palabras de apertura a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci Presidente, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1381

Palabras de presentación de la académica Dra. Cecilia Sosa Gómez 1389

Palabras del académico Dr. Jesús María Casal Hernández 1401

4. LIBRO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
AUTOR: ACADÉMICO DR. RAFAEL BADELL MADRID
15 de diciembre de 2020

Palabras de apertura a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1413

Palabras de presentación de la académica Dra. Cecilia Sosa Gómez 1421

Palabras del autor Dr. Rafael Badell Madrid 1431

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

1. La Ley Antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico. Dr. Allan R. Brewer-Carías 1499

2. Derecho administrativo, la buena administración y la ley antibloqueo. Dr. Rafael Badell Madrid 1521

3. Casación de instancia por control difuso constitucional y por *obiter dictum* o la instauración de la casación de instancia fuera de la reserva legal. Dr. Román J. Duque Corredor y Dr. Juan Vicente Ardila Peñuela..... 1573

4. La interpretación constitucional. Dr. Pedro R. Rondón Haaz 1637

5. Consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional que suspendieron la aplicación de las leyes estadales y municipales sobre impuestos y ordenaron a Alcaldes adecuar sus ordenanzas sobre tributos municipales al "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal". Dr. Rafael Badell Madrid..... 1651

6. La nueva estructura de las sentencias de la corte de casación francesa. Abogada Ana Irene Vidal Colorado 1685

7. *Iesus Nazarenus: Ibis Ad Crucem.* Visión romanista del proceso y condena de Nuestro Señor en la forja del mesianismo cristiano. Dr. Tulio Alberto Álvarez 1739

8. Francisco de Miranda: Notas sobre el legislador olvidado. A 270 años de su natalicio. Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros..... 1773

ACUERDOS

ACUERDO
OTORGAMIENTO DE LA ORDEN "JUAN GERMÁN ROSCIO" AL DR. LUIS LEONARDO ALMAGRO LEMES

ACUERDO DE JÚBILO

Por la entrega del Premio Alma Mater, Edición XV, otorgado por la Asociación de Egresados y Amigos de la UCV al Dr. Allan Brewer-Carías, 25 de noviembre de 2020..... 1799

ACUERDO DE DUELO

Por el sensible fallecimiento del ilustre abogado y politólogo venezolano Dr. Juan Carlos Rey, en Caracas el día 31 de octubre de 2020 1805

BOLETINES DIGITALES

Boletín Digital Acienpol – julio 2020 1811
Boletín Digital Acienpol – agosto 2020 1812
Boletín Digital Acienpol – septiembre 2020 1813
Boletín Digital Acienpol – octubre 2020 1814
Boletín Digital Acienpol – noviembre 2020 1815
Boletín Digital Acienpol – diciembre 2020 1816

NÓMINAS 1817

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A SER PUBLICADOS EN EL BOLETÍN Y EN LA PÁGINA WEB DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 1843

DOCTOR JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO

PANEGÍRICO HOMENAJE
AL DOCTOR JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 3-7 ISSN: 0798-1457

HOMENAJE AL DOCTOR JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO

La edición del No. 161 del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, es propicia para rendir homenaje a la memoria del académico Dr. José Andrés Octavio, quien ocupó el sillón No. 28 de esta Corporación.

La trayectoria académica del Dr. Octavio fue dedicada al estudio, ejercicio, desarrollo y divulgación del Derecho Tributario por más de 60 años. Sus destacadas actuaciones en funciones públicas y privadas, así como su humildad y gentileza son motivos de obligado recuerdo y honor.

Nuestro homenajeado fue miembro fundador y Presidente del Instituto Venezolano de Derecho Fiscal, que luego en el año 1975, se fusionó con la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, a la cual dedicó sus esfuerzos para fortalecerla y enaltecerla en los escenarios nacionales e internacionales donde la representó, habiendo sido Presidente y Miembro Honorario de la misma.

Destacó por su participación en el Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Institución que presidió en los años 1973-1975 y 1989-1991.

Especialmente relevante fue su protagonismo como corredactor del Modelo de Código Tributario para América Latina, preparado en el año 1967 para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, donde participaron los más eminentes tributaristas de la época, entre los cuales podemos mencionar los doctores Carlos Giuliani Fonrouge, Rubens Gómes de Souza, Ramón Valdés Costa. Ese Modelo fue calificado en el marco de las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario como "*un instrumento de alto valor científico a los fines del cumplimiento de las recomendaciones aprobadas en las Jornadas de México*

de 1958, en el sentido de codificar en forma sistemática y ordenada los principios generales del Derecho Tributario."

En el ámbito nacional, su trayectoria abarca funciones públicas y privadas revestidas de la rectitud y eficiencia.

Como servidor público dejó invalorables aportes al desarrollo y divulgación de las finanzas públicas, el derecho tributario y el control posterior. Fue (i) Contralor General de la República de Venezuela y desde esa importante posición publica impulsó la redacción del Proyecto de Código Orgánico Tributario venezolano; cuya comisión redactora presidió, siendo presentado al Congreso Nacional en el año de 1977 y promulgado el 3 de agosto de 1982 e igualmente como (ii) Ministro de Estado, miembro de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) creada por el presidente Jaime Lusinchi para examinar la reforma del estado venezolano y su sistema político. De esta importante comisión salieron las importantes iniciativas que promovieron los esfuerzos de descentralización política del Estado, concretamente la (i) Ley para la descentralización, delimitación y transferencias de competencias del Poder Público, así como la (ii) Ley de elección y remoción de gobernadores de estado.

Su incansable esfuerzo en el desarrollo del derecho tributario, lo llevó a participar en innumerables comisiones de trabajo en materia legislativa tributaria, tal es el caso de su actuación en la Comisión Redactora del Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Tributario de 1992 y participar con sus observaciones a los proyectos de reforma de este Código y de las leyes de contenido tributario en nuestro país.

En la docencia, el Dr. Octavio se destacó profesor en la cátedra de Finanzas de la facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela desde el año 1960 hasta el año 1984, como profesor de Impuesto sobre la Renta en los cursos del Ministerio de Hacienda - 1954 a 1958- y finalmente como profesor en el programa de Postgrado en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela.

Destacó también su participación en casi todas las Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, presentando diversas ponencias y comunicaciones técnicas y presidiendo las celebradas en Caracas, en los años 1975 y 1991.

Fue un incansable investigador y promotor del Derecho Tributario. Sus estudios innumerables trabajos están publicados en las revistas de Derecho Tributario, de Control Fiscal y Latinoamericana de Derecho Tributario. Asimismo, diversos han sido los estudios presentados por el Dr. Octavio en las Jornadas Latinoamericana de Derecho Tributario e Internacionales de Tributación y Derechos Humanos. En su faceta como autor, se destacan sus obras "El Impuesto sobre la Renta de 1943", "Curso Elemental de Impuesto sobre la Renta", "Los Elementos Fundamentales del Impuesto sobre la Renta del 16 de diciembre de 1966" y la más reciente "Comentarios Analíticos al Código Orgánico Tributario".

El Dr. José Andrés Octavio fue un preclaro profesor, un fino jurisconsulto y, por sobre todo, un valioso ser humano que honró a la Academia con su esfuerzo intelectual y moral colmándonos con su impronta perdurable de venezolano ejemplar.

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es un honor honrar a quien honor merece.

Fort Lauderdale, 25 diciembre de 2020

Humberto Romero-Muci
Individuo de número y Presidente
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

PRONUNCIAMIENTOS

PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS NACIONALES EN RECHAZO A LA MINERIA ILEGAL Y EL ARCO MINERO: VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO LEGAL, EFECTOS SOCIOAMBIENTALES Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. 20 DE JULIO DE 2020.

Páginas: 11-17 ISSN: 0798-1457

Las Academias Nacionales expresan al país su profunda preocupación por la ilegítima, inconstitucional e inconvencional actividad minera desplegada en los estados Amazonas y Bolívar, y principalmente en el denominado "Arco Minero del Orinoco", zona en la que actúan de manera caótica e impune grupos irregulares.

Esta actividad minera resulta ilegal, a pesar del Decreto 2.248 que creó el proyecto denominado Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco. Viola los derechos de los pueblos indígenas y demás poblaciones locales, pudiendo incluso su desaparición masiva; amenaza con afectar de forma irreversible la biodiversidad de toda la región, incluidas unidades de conservación, entre ellos el Parque Nacional Canaima, declarado por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad; pone en riesgo especies vivas, algunas en peligro de extinción, y procesos ecológicos, en menoscabo del derecho constitucional a un medio ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado de todos los venezolanos.

Las actividades extractivas de oro, diamantes y demás minerales denominados "estratégicos", tanto en fase de exploración como de explotación, en los afluentes del Orinoco y del Caroní, causarán daños ambientales irreparables a la salud de seres humanos, ecosistemas y áreas protegidas, comprometiendo el ciclo hidrológico de las cuencas amparadas por convenios internacionales, como la cuenca del Caroní que provee una de las reservas de agua dulce más importantes del país y generadora del 60% de energía que abastece a centrales hidroeléctricas.

De allí que sea un deber ético y jurídico con el país y las futuras generaciones rechazar estas actividades que afectan no solo el ambiente, su flora y fauna, sino la salud humana, tanto de mineros como de la población en general, así como los derechos humanos de los pueblos indígenas, que no solo no fueron consultados según el respectivo mandato

legal. En contraposición, las poblaciones originarias y locales están siendo afectadas por compuestos tóxicos como el mercurio y el cianuro, y por el incremento de áreas potenciales de transmisión de enfermedades emergentes (COVID-19) y reemergentes (malaria, sarampión y tuberculosis) de forma incontrolada, además del hostigamiento, persecuciones, desapariciones, torturas, abuso sexual, migración forzada, maltratos, masacres y el severo daño ambiental, ecológico y cultural.

A cuatro años de promulgación del mencionado Decreto 2.248, son extremadamente preocupantes las denuncias realizadas por el sector académico (Universidades Nacionales), las comunidades organizadas, Organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, diputados de la Asamblea Nacional y la Iglesia católica, entre muchos otros, todos preocupados por la violación de la Constitución Nacional, los derechos humanos y el deterioro ambiental. Cada vez son más visibles los efectos devastadores que tienen lugar en las poblaciones y comunidades indígenas y zonas naturales protegidas bajo diversas figuras legales.

En este contexto, genera gran preocupación la reciente Resolución Nº 0010 del Ministerio del Poder Popular del Desarrollo Minero Ecológico, publicada el 8 de abril de 2020 en la Gaceta Oficial No. 6.526 Extraordinario, que determina las áreas en las cuales se podrá ejecutar la extracción fluvial de oro y diamante y su procesamiento en el marco del llamado Arco Minero del Orinoco. Esta resolución afecta aproximadamente 700 km de ríos al sur de Venezuela y un área directa de 254 Km2 de las riberas de los ríos Cuchivero, Caura, Aro, Caroní, afluentes del río Orinoco, y de los ríos Cuyuní y Yuruán, cuyas aguas fluyen al río Esequibo.

Estas violaciones graves e irreversibles de derechos humanos fundamentales y a la dignidad de los venezolanos fueron denunciadas ante el Consejo de Derechos Humanos por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Naciones Unidas (ACNUDH) en su Informe del 15 de julio de 2020, en el cual indica que “La minería afecta el derecho a la autonomía y autodeterminación de algunos pueblos indígenas…es un factor perturbador de sus formas de vida tradicionales y afecta su capacidad para mantener una relación espiritual con sus territorios”. Por todo ello, “Al ACNUDH le inquieta

profundamente la falta de consentimiento libre, previo e informado con respecto al establecimiento del AMO en sus territorios tradicionales".

Es evidente que los planes adoptados por el gobierno (Entrega de estudio y explotación estratégica minera a compañías extranjeras (Citic), el Plan de ahorro en Oro, y el Plan Minero Tricolor, el cual implica la entrega de un yacimiento o mina a cada gobierno regional), así como la militarización de territorios indígenas en donde existan oro y diamantes, demuestran la intención de extender e intensificar sea con militares o paramilitares la explotación minera del país, obviando además los derechos de los indígenas sobre sus territorios (Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, 2019).

Nada de lo establecido ha sido eficiente para detener el avance de la minería ilegal y las consecuencias que en el orden económico, político, social y cultural han devenido con esta práctica, convirtiendo al Estado en cómplice de las prácticas de un modelo económico extractivista, violatorio de las leyes ambientales y contrario a la supuesta protección ecológica y desarrollo sustentables contemplados en la Constitución.

Las Academias Nacionales exhortan categórica y urgentemente a las autoridades a cumplir las Recomendaciones del Informe presentado al Consejo de los Derechos Humanos por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Naciones Unidas, de fecha 15 de julio de 2020, en particular la situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco que se enumeran a continuación:

- Asegurar que toda la actividad minera se lleve a cabo conforme a las normas y estándares de derechos humanos, los estudios de impacto socio-cultural y ambiental y que se cumplan las normas ambientales nacionales e internacionales;
- Emprender y publicar los estudios fundamentales en relación con el Arco Minero del Orinoco, como, por ejemplo, estudios de impacto ambiental y social, análisis de las tasas de actos de violencia y homicidios y compilación de datos socioeconómicos de la población que vive dentro del Arco Minero del Orinoco y las zonas aledañas, con inclusión de indicadores relativos a los derechos económicos, sociales y culturales;

- Iniciar investigaciones efectivas y transparentes y operaciones de aplicación de la ley con el fin de desmantelar a las bandas criminales y elementos armados que controlan las actividades mineras, combatir la corrupción y enjuicie y sancione a los responsables de crímenes y violaciones de derechos humanos en el Arco Minero del Orinoco y las zonas aledañas;
- Adoptar medidas urgentes para poner fin a la explotación laboral y sexual, el trabajo infantil y la trata de personas dentro del Arco Minero del Orinoco, y asegure la regularización de las actividades mineras en condiciones de respeto del derecho a condiciones de trabajo justas y favorables;
- Asegurar que se realicen consultas adecuadas y representativas con todos los pueblos indígenas antes de la adopción o implementación de cualquier decisión, actividad o medida que pueda afectarles, con inclusión de las eventuales repercusiones que estas tengan en sus tierras, territorios y recursos tradicionales;
- Garantizar que los pueblos indígenas puedan disfrutar de su derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad, y que puedan poseer, usar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos, incluso mediante la demarcación de las tierras tradicionales;
- Revocar la Resolución Nº 0010 relativa a la minería en ríos;
- Proporcionar reparaciones a los pueblos indígenas y poblaciones locales afectadas por las actividades mineras, actuando en consulta con estos pueblos.

Las Academias Nacionales en virtud de la gravedad de los hechos que se denuncian a través del presente Pronunciamiento, han decidido remitir copia del mismo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que tomen las medidas cautelares a que haya lugar; así como al Secretario General, a la Asamblea General y al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, al Consejo de Derechos Humanos, a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Naciones Unidas y a la Organización de las Naciones Unidas para

la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a todas las Embajadas acreditadas en el país para que, por su conducto, sean informados de su contenido los respectivos gobiernos así como a la Conferencia Episcopal Venezolana.

Caracas, 20 de Julio de 2020

Dr. Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Dra. Carole Leal Curiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Dr. Leopoldo Briceño-Iragorry Calcaño
Presidente de la Academia Nacional de Medicina
Dr. Humberto Romero-Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas
y Naturales

Dr. Luis Mata Molleja
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Ing. Eduardo Buroz
Presidente de la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat

PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES SOBRE LA ELIMINACIÓN DEL VOTO UNIVERSAL, DIRECTO Y SECRETO PARA ELEGIR A LOS DIPUTADOS REPRESENTANTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. 11 DE AGOSTO DE 2020.

Páginas: 19-24 ISSN: 0798-1457

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante las sentencias números 68, 69 y 70 dictadas en el mes de junio de 2020, designó inconstitucionalmente a los miembros del Consejo Nacional Electoral y delegó en dicho órgano la función de legislar que no tiene, y que solo corresponde a la Asamblea Nacional como representación de la soberanía popular; todo lo cual fue denunciado por esta Academia en Pronunciamiento de fecha 18 de junio de 2020[1].

El Consejo Nacional Electoral inconstitucionalmente designado, ha emitido, entre otras, la Resolución No. 200630-0024 de fecha 30 de junio de 2020, contentiva de un *Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020* (Reglamento), el cual establece la elección de los tres diputados a la Asamblea Nacional en representación de los pueblos indígenas, mediante un sistema electoral a través de un voto indirecto de voceros, en dos grados y mediante votación pública a mano alzada, en las tres regiones o circunscripciones electorales indígenas, integradas por tan solo 10 entidades federales.

El Reglamento prevé que en un *primer grado*, en unas "Asambleas Comunitarias" (que no se regulan, ni se sabe cómo se constituyen, ni quienes las integran, y que serán reguladas en el futuro en un indeterminado "Manual)", se designarán "a mano alzada" unas especies de "delegados" denominados "voceros" bajo el control del Consejo Nacional Electoral. A su vez, dichos "voceros," son los llamados a participar luego, en un *segundo grado*, en unas "Asambleas Generales"

[1] Véase "Pronunciamiento con relación a las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los órganos electorales subalternos, y que intervino varios partidos políticos", del 18 de junio de 2020. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-con-relacion-a-las-sentencias-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia/

reunidas en cada una de las 10 entidades federales que se establecen en el Reglamento, para elegir *"a mano alzada"* es decir, *en público* a los tres representantes o diputados por los pueblos indígenas ante la Asamblea Nacional.

Este sistema electoral establecido en el Reglamento, ejercido únicamente por voceros y a través de doble grado en asambleas, mediante voto público, expresado "a mano alzada", viola abiertamente el derecho constitucional y convencional al sufragio mediante el voto universal, directo y secreto para la elección de los diputados representantes de los pueblos indígenas ante la Asamblea Nacional.

En efecto, este mecanismo electoral viola el principio central del sistema democrático representativo establecido en los artículos 5, 62 y 63 de la Constitución, en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, basado en la elección de todos los representantes del pueblo (incluidos los diputados) mediante votación universal, directa y secreta. Es decir, a la elección por parte de toda la universalidad de electores, en el caso de los representantes de los pueblos indígenas por parte de todos los ciudadanos que integran las comunidades o pueblos indígenas y no únicamente por determinados delegados o voceros; en forma de elección directa y no de segundo grado; y en forma secreta y no en asambleas a mano alzada o alguna otra forma pública.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Academia observa que el Reglamento *viola abiertamente estos principios constitucionales e internacionales del derecho al voto universal, directo y secreto* que están garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y que no admiten excepción alguna.

En cuanto a los requisitos y condiciones impuestas en el Reglamento para ser candidato a diputado de representación indígena, la Constitución también es clara al indicar que dicha elección debe realizarse "*de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres*" (art. 186). Esa "ley electoral," es únicamente una "ley" sancionada por la Asamblea Nacional y no una sentencia o un reglamento, por lo que las exigencias relativas a los candidatos, solo pueden establecerse mediante una ley formal y no en un reglamento.

El Reglamento, además, estableció otra disposición que viola el derecho a la participación política que garantiza la Constitución a todos los ciudadanos para ejercerse en forma libre (art. 62), al disponer restrictivamente que los candidatos a diputados por la representación indígena *solo podrían ser "postulados" por "organizaciones indígenas"* (art. 7), sin siquiera definirse cuáles o cómo son las mismas y quienes las pueden conformar. Ello constituye una limitación intolerable al derecho a la participación política de los ciudadanos, quienes conforme al artículo 67 de la Constitución tienen derecho a postularse *por iniciativa propia* para los cargos de elección popular; como también se viola dicha norma constitucional al eliminarse la posibilidad de que "grupos de electores" y las organizaciones con fines políticos, es decir, los partidos políticos, puedan concurrir a los procesos electorales *postulando candidatos;* así como el derecho de las propias comunidades indígenas a establecer organizaciones con fines políticos. No hay en la Constitución norma alguna que limite estos derechos. Ni siquiera tratándose de la elección de diputados de representación *indígena*, respecto de los cuales, si bien su elección puede circunscribirse a que la hagan los pueblos indígenas, la postulación de los candidatos tiene que ser libre.

De otra parte, resalta la Academia que el régimen electoral dispuesto en el Reglamento es enteramente violatorio del *principio de igualdad*, en virtud de que impone a los pueblos indígenas un sistema electoral mediante votaciones en segundo grado y en público, el cual discrimina abiertamente a la población indígena del país y por ende, viola su derecho de representación y toma de decisiones en el cuerpo legislativo nacional, al disponer condiciones restrictivas para la elección de los diputados indígenas, distintas y notoriamente más gravosas que las determinadas para el resto de la representación parlamentaria del país, en violación de los artículos 21 de la Constitución, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En todo caso, observa esta Academia que las inconstitucionales sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no tienen legitimidad ni efecto válido alguno, al estar viciadas de nulidad absoluta por usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional y por violación de los derechos constitucionales y humanos.

Por lo cual, tampoco podrán tener efecto jurídico alguno ni legitimidad: ni la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral; ni la emisión por éste de "normas electorales" modificando la Ley Orgánica de Procesos Electorales; ni la fijación de fecha para elecciones parlamentarias; ni el secuestro de los partidos políticos; ni las falsas elecciones que así puedan realizarse.

Las elecciones parlamentarias que puedan resultar de ese írrito proceso electoral convocado inconstitucionalmente para elegir los diputados a la Asamblea Nacional en 2020, ya han sido cuestionadas por la propia Asamblea Nacional, los 27 partidos políticos de la oposición, las Academias Nacionales y la Conferencia Episcopal Venezolana; y en el ámbito internacional, por el Grupo de Lima, el Grupo de Contacto, el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, el Parlamento Europeo y diversos gobiernos democráticos del mundo.

Caracas, a los 11 días del mes de agosto de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

PRONUNCIAMIENTO
DE LAS ACADEMIAS NACIONALES
EN RECHAZO A LA CONVOCATORIA A LAS ELECCIONES PARLAMENTARIAS 2020
1 DE OCTUBRE DE 2020.

Páginas: 25-30 ISSN: 0798-1457

Las Academias Nacionales expresan al país su profunda preocupación por la ilegítima e inconstitucional convocatoria a elecciones parlamentarias el día 6 de diciembre del presente año para pretender renovar la Asamblea Nacional.

Las elecciones, al ser el desarrollo del derecho constitucional al sufragio, exigen que en su convocatoria concurran razones de legalidad y conveniencia para que puedan reputarse como legítimas. Por tal motivo, este nuevo llamado a la ciudadanía a votar es un acto en apariencia enmarcado en el Estado de derecho, pero carente de toda legitimidad porque, en esta ocasión, hay sobradas razones jurídicas, de salud pública, políticas y operativas que sugieren la inconveniencia de realizarlas en la fecha pautada.

Las Academias nacionales, atendiendo a las obligaciones legales de hacer recomendaciones a los órganos del poder público y a la sociedad en las materias de sus competencias, se sienten en la obligación de informar a la ciudadanía su opinión sobre esta delicada situación.

Las acciones del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral con relación a las elecciones parlamentarias 2020 están claramente al margen del marco jurídico nacional y de los parámetros internacionales. Las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, identificadas con los números 68, 69, 70, 71 y 72 y dictadas en fechas 5, 10, 12, 15, y 16 de junio de 2020, respectivamente, son una clara usurpación a las competencias de la Asamblea Nacional, por cuanto con ellas se designaron a los rectores del Consejo Nacional Electoral y directivos de sus órganos subalternos.

Con estas sentencias se delegó en el Consejo Nacional Electoral la potestad de legislar y reformar la Ley de Procesos Electorales; y así el Consejo Nacional Electoral reglamentó un nuevo sistema electoral mediante unas "Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias período 2021-2026" que usurpan las competencias legislativas de la Asamblea Nacional y violan la reserva y rango de ley.

El Reglamento especial, dictado por el Consejo Nacional Electoral para regular la elección de los tres representantes indígenas a la Asamblea Nacional establece el voto indirecto de voceros en dos grados y mediante votación pública a mano alzada, violando abiertamente el derecho constitucional al sufragio mediante el voto universal, directo y secreto y arrebatando la potestad de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los órganos que ejercen el poder público

Se intervinieron los principales partidos políticos de oposición con la suspensión de sus autoridades legítimas y, en su lugar, fueron impuestas directivas a conveniencia para apropiarse de sus símbolos e identidad asociativa y coaccionarlos a participar arteramente en las elecciones parlamentarias convocadas.

Todos los hechos señalados, además de desconocer las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional, violentan de forma grave y flagrante los principios democráticos del Estado de derecho, violan el derecho constitucional de asociarse con fines políticos y la libre determinación de los partidos en cuanto organización, funcionamiento y dirección, conforme lo dispone el artículo 67 de la Constitución, y vulneran la garantía de un árbitro electoral imparcial, autónomo e independiente esencial para la realización de elecciones libres y democráticas.

Por otro lado, además de las razones de ilegitimidad de la convocatoria a las elecciones parlamentarias del próximo diciembre, se evidencia que no hay condiciones sanitarias para sobrellevar el alto riesgo que impone la COVID-19. Las medidas que han adoptado los países para contener la propagación y evitar la transmisión de la COVID-19 han sido aquellas que conllevan a evitar aglomeraciones y concentración de personas en espacios públicos, particularmente en lugares cerrados y poco ventilados. Los procesos electorales bajo condiciones de pandemia y los sitios donde estos suelen llevarse a cabo implican un alto grado de riesgo de contagio, tanto para los votantes como para los funcionarios electorales y el público en general asociado a la puesta en marcha de estos eventos.

En fecha reciente, la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales hizo público un informe que, sobre la base de un modelo matemático, predice una alta tasa de contagio por coronavirus y advierte

que de no cambiarse las estrategias de contención para la fecha prevista de las elecciones los nuevos contagios estarán en el orden de 14.000 por día. En otro estudio independiente muy reciente sobre *Elecciones y Pandemia*, se examina el aumento que ha producido en varios países la realización de elecciones y se ofrece una estimación epidemiológica de lo que podría ocurrir en Venezuela de llevar a cabo las elecciones en la fecha proyectada. En los escenarios señalados por estos análisis científicos, puede esperarse que para el mes de diciembre no se tengan las condiciones mínimas sugeridas por la Organización Mundial de la Salud para flexibilizar las restricciones impuestas por el gobierno y se correría el riesgo de aumentar significativamente el número de contagios y decesos. Con mucha preocupación llamamos la atención de que esta consideración es aún más significativa en ciudades y poblaciones cuya infraestructura sanitaria y provisión de servicios básicos (agua, electricidad y transporte) son todavía más precarias de las que sirven a las grandes ciudades del país.

Para las Academias, la salud de los ciudadanos es un bien público que debe preservarse más allá de conveniencias políticas o personales. Consideran que velar por la salud de la sociedad es una obligación insoslayable del Gobierno y de los responsables de tomas de decisiones y en este sentido reiteran que no hay condiciones sanitarias para la realización ni de eventos de masa ni de concentración de público en los próximos meses. Llamamos a las autoridades a invertir los fondos económicos necesarios para garantizar el sistema de bioseguridad y el reforzamiento de la infraestructura hospitalaria y el mejoramiento de las condiciones sanitarias en el país, con el fin de asegurar la calidad de la atención médica a los venezolanos durante y después de la pandemia.

El deterioro alarmante e innegable de los servicios públicos es otro de los aspectos que afectan la realización de las elecciones. La insólita escasez de gasolina está causando desasosiego, desorden y anarquía y llevando a restricciones extremas de las libertades individuales y colectivas. Este escenario puede mantenerse o incluso agravarse en los próximos meses, pues no hay evidencia técnica que permita predecir una pronta recuperación de la capacidad de refinación de crudo en nuestro país o que las autoridades tengan la capacidad de importar el producto en suficientes cantidades para regularizar su suministro para el mes de diciembre. Pretender que la población se movilice en un

evento de gran magnitud, como lo es una elección nacional, bajo las condiciones indicadas y en medio además de un creciente deterioro del sistema de abastecimiento de alimentos con la consecuente inestabilidad social y económica de la población, es un acto irresponsable de los convocantes. Ello, lejos de asegurar la mayor participación libre de los ciudadanos podría causar el efecto contrario, aunado a las más que razonables dudas sobre la legitimidad política y jurídica de la práctica de las elecciones parlamentarias convocadas para el mes de diciembre.

Es deber ético y jurídico con el país, que las Academias Nacionales, en el marco de sus competencias, manifiesten públicamente la inconveniencia, la ilegitimidad y la inconstitucionalidad de la realización de estas elecciones. Asimismo, llamamos enérgicamente a que se cumplan condiciones de legitimidad y seguridad que permitan recuperar el derecho a elegir en libertad y exigir el restablecimiento de las condiciones necesarias que posibiliten un proceso electoral limpio, libre y con observación internacional.

Caracas, 1º de octubre de 2020

Dr. Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Dra. Carole Leal Curiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Dr. Enrique López Loyo
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Dr. Humberto Romero Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Dra. Mireya R. Goldwasser
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales

Dr. Luis Mata Molleja
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Ing. Eduardo Buroz
Presidente de la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat

PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES EN RECHAZO A LA "LEY CONSTITUCIONAL ANTIBLOQUEO PARA EL DESARROLLO NACIONAL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS". 21 DE OCTUBRE DE 2020.

Páginas: 31-37 ISSN: 0798-1457

1. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus atribuciones legales, se dirige a la sociedad venezolana para manifestar su absoluto rechazo a la autodenominada **"Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos"**, dictada por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y publicada en la ***Gaceta Oficial*** N° 6583 del 12 de octubre de 2020.

2. Esta Corporación académica alerta a la comunidad nacional e internacional sobre la nulidad e ineficacia de esta vía de hecho normativa que pretende subvertir definitivamente el orden jurídico venezolano, para implementar en forma encubierta un aparente **"cambio de legislación económica"** que busca, entre otros, privatizar bienes públicos de forma indiscriminada y opaca, a partir de una facultad para desaplicar selectivamente normas vigentes. Todo esto en violación de la Constitución de la República, la seguridad jurídica y los derechos de los venezolanos.

3. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales confirma, una vez más, la ilegitimidad de origen de la ANC[1], cuyo propósito espurio es usurpar la soberanía popular representativa de la Asamblea Nacional[2]. La llamada **"ley constitucional"**, ni es ley ni es constitucional. Es un acto de fuerza de la usurpadora ANC que pretende sustituirse en las competencias legislativas y de control de la Asamblea Nacional, que son de su exclusiva y excluyente atribución, para derogar, deslegalizar y desquiciar, singularmente, todo el ordenamiento jurídico vigente vinculado a la disposición de bienes públicos, en evidente transgresión del interés de todos los venezolanos.

---

[1] Ver Pronunciamiento de las Academias Nacionales de fecha 15 de agosto de 2017.

[2] Ver Pronunciamiento de esta Academia de 5 de diciembre de 2017 sobre la "Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia" dictada por la Asamblea Nacional Constituyente".

4. La llamada **"Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos"** rompe frontalmente con el ordenamiento jurídico, para:

a. Crear un pretendido marco normativo de rango supra legal, violentando la supremacía constitucional y el orden jerárquico de las fuentes del derecho (disposición transitoria primera), en infracción del artículo 7 constitucional;
b. Facultar sin límites al régimen para **"inaplicar"** en casos específicos las normas de rango legal que estime necesarias, cuya aplicación considere **"…imposible o contraproducente como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o privativa"**, con el fin de suplir las normas desplazadas para perseguir los sedicentes propósitos de la Ley (art. 19);
c. Permitir al régimen la suscripción de **"tratados, acuerdos y convenios internacionales, bilaterales o multilaterales"** (art. 10), con el fin de eludir la necesaria aprobación de estos instrumentos mediante ley de la Asamblea Nacional, como lo exige el artículo 154 constitucional;
d. Establecer una declaratoria de **"secretos y reservados"** para todos **"…los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de algunas medidas"** (art. 42), establecidas en la llamada **"ley"** que **"suponga la inaplicación de las normas de rango legal o sublegal"** para alcanzar sus fines, todo ello en violación del régimen legal de honestidad, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública con sometimiento pleno a la ley y el derecho, y el derecho de acceso a la información administrativa y a los documentos públicos, que exigen a la Administración Pública los artículos 141 y 143 constitucionales.

5. Este andamiaje confiesa su deliberado propósito de facilitar, al margen del orden jurídico, la generación de **"ingresos adicionales y obtención de divisas"**, a través de la liquidación, en secreto, de activos públicos, fuera de los mecanismos ordinarios de control presupuestario y bajo una contabilidad separada, en abierta violación de los artículos 311 al 315 de la Constitución, con el pretexto falso de con-

trarrestar los efectos de llamadas **"medidas coercitivas"** o **"medidas punitivas"** que se atribuyen a agentes extranjeros.

6. De forma inconexa se enuncian acciones que evidencian el propósito de liquidar el menguado patrimonio de la Nación, incluso endeudarla, mediante la desaplicación intencional del régimen administrativo de contratación pública y de concesiones, especialmente los controles de la Asamblea Nacional sobre el crédito público y la contratación de interés nacional. Las materias desreguladas serían:

a. la organización y reorganización de los entes descentralizados del Estado con fines empresariales, dentro y fuera del país (art. 25);
b. la celebración de todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios para su protección (art. 24);
c. la modificación de mecanismos de constitución, gestión, administración, funcionamiento y participación del Estado en determinadas empresas públicas o mixtas (art. 26);
d. elaborar e implementar operaciones de administración de pasivos, así como de administración de activos, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales (art. 27);
e. diseñar e implementar mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios (art. 28) ;
f. crear e implementar cualquier mecanismo financiero (art. 23) o **"fuentes de financiamiento en cualquiera de sus formas"** (art. 32) que permitan mitigar los efectos de las llamadas **"medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas"**, incluyendo el uso de criptoactivos;
g. prohibir el acceso a toda la documentación, registros, actos y archivos que haya sido calificada como confidencial o reservada, así como tampoco podrán expedirse copias simples ni certificadas de la misma (art. 41);
h. imponer medidas de duración indefinida, condicionándolas vagamente **"…hasta que cesen los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan al país"** (disposición final única).

7. La Academia subraya que **"[l]a transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, así como el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión"**, son componentes fundamentales de la democracia (Carta Democrática Interamericana, art. 4). Asimismo, conforme a la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **"[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos"**, por lo que, **"[l]os Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho"**[3]. De allí que en aras de garantizar este derecho humano fundamental para la existencia de una democracia, el acceso a los documentos y archivos del Estado debe regirse por el **"principio de máxima divulgación"**[4].

8 . Una vez más, el derecho es instrumentalizado por el régimen para imponer su voluntad política. En esta ocasión, el derecho es manipulado hasta el grado de instituir un distópico permiso indefinido al régimen para violar las leyes existentes y evitar el control de la Asamblea Nacional, abriendo las puertas al saqueo y la corrupción.

9. Es especialmente reprochable que el régimen pretenda justificar este nuevo atentado a la Constitución al plantearlo como necesario para la protección de los (i) **"derechos humanos del pueblo venezolano"**, (ii) **"…el patrimonio de la República**" y (iii) los **"principios y valores constitucionales y de Derecho Internacional Público, entre ellos la paz y estabilidad internacional e incluso la prohibición del uso de la fuerza"** (art.5), cuando en sí misma, la abyecta violación de la Constitución es: (i) una infracción directa de los derechos humanos de los venezolanos, (ii) una invitación grave para el expolio del patrimonio de la República y (iii) una flagrante transgresión de los principios de supremacía, carácter vinculante e inderogable de la Constitución y del orden legal preexistente.

10. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales declara finalmente que el cese de las sanciones internacionales debe buscarse me-

---

3 Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, CIDH, 2000.

4 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

diante un acuerdo nacional que demuestre, con sinceridad y verificación, el compromiso del régimen ante los venezolanos y la comunidad internacional de reestablecer el sistema democrático y el orden constitucional en Venezuela, a fin de velar por el respeto pleno de los derechos humanos, la paz y la prosperidad de todos los venezolanos.

En Caracas, a los 21 días del mes de octubre de 2020.

Humberto Romero-Muci Presidente
Presidente

Rafael Badell Madrid Secretario
Secretario

PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA Y LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES ANTE LAS PRETENDIDAS ELECCIONES PARLAMENTARIAS PARA EL 6 DICIEMBRE 2020 3 DE DICIEMBRE DE 2020.

Páginas: 39-42 ISSN: 0798-1457

La Academia Nacional de Medicina y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus deberes ciudadanos y legales, se dirigen una vez más a la comunidad nacional e internacional, para expresar su posición ante el evento electoral convocado para el 6 de diciembre de 2020, con el pretendido objeto de elegir los nuevos diputados a la Asamblea Nacional (AN) para el período 2021-2026.

Estos comicios parlamentarios convocados carecen de las condiciones mínimas de ser una elección auténtica, justa, libre, igual y competitiva. Entre otras razones, el Consejo Nacional Electoral (CNE) fue designado partidistamente por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) sin tener la competencia y sin seguir los trámites y requisitos exigidos por la Constitución; el CNE fue indebidamente habilitado por el TSJ para dictar normas legales que pretenden modificar las leyes electorales vigentes a menos de seis meses del evento electoral; el CNE dictó una serie de normas arbitrarias e inconstitucionales, entre ellas la eliminación del voto universal, directo y secreto para elegir a los representantes de los pueblos indígenas ante la AN; el TSJ dictó irregularmente una serie de "medidas cautelares" que intervienen a varios de los principales partidos de oposición y nombran autoridades ad-hoc, con el propósito de secuestrar su tarjeta electoral para así postular candidatos; y de manera inconstitucional, el TSJ ha autorizado, sin antejuicio de méritos, la apertura de juicios penales contra diputados de la AN y la ANC ha allanado su inmunidad parlamentaria.

Las votaciones no democráticas no eligen. Unas votaciones bajo este cúmulo de vicios y múltiples violaciones de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son incapaces de elegir. Todo acto que viola los derechos garantizados en la Constitución es nulo, y de su nulidad no puede derivarse consecuencia alguna, pues equivale a un acto inexistente. Por tanto, del evento

convocado para el 6 de diciembre es imposible derivar una elección de los nuevos diputados que sustituirán a los actuales diputados electos legítimamente el diciembre de 2015.

Para superar la ruptura del orden constitucional y comenzar a superar la emergencia humanitaria compleja que sufre el país, es necesario restablecer la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Ello solo es posible a través de elecciones verdaderamente democráticas, bajo los estándares universales y con observación internacional. Por lo cual, la convocatoria del evento electoral del próximo 6 de diciembre en las condiciones antes denunciadas es además una irresponsabilidad frente al país y frente a la historia.

Finalmente, es igualmente necesario que la soberanía popular se ejerza, para que los ciudadanos y ciudadanas se expresen libremente. Por ello, consideramos que es importante abrir todos los canales válidos de participación ciudadana, como es el caso de la Consulta popular nacional convocada bajo la Constitución (art. 5, 62 y 70) por sectores de la oposición y la sociedad venezolana, para que tenga lugar entre los días 7 al 12 de diciembre de 2020.

En Caracas, a los 3 días del mes de diciembre de 2020

Dr. Enrique López Loyo
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Dr. Humberto Romero-Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

EVENTOS

ENTREGA DEL PREMIO ALMA MATER, EDICIÓN XV OTORGADO POR LA ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y AMIGOS DE LA UCV AL DR. ALLAN BREWER-CARÍAS. 04 DE DICIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE LA PROFESORA JOSEFINA PUNCELES DE BENEDETTI, PRESIDENTA DE LA ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y AMIGOS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA.

La Asociación de Egresados y Amigos de la UCV es una asociación civil creada en el año 2004 para promover y fortalecer vínculos entre los egresados y su Universidad.

Nuestros programas más importantes han sido el otorgamiento de becas a estudiantes de pre y post grado,

La creación de la Cátedra Libre UCV, un espacio académico de reflexión y discusión que ha servido de punto de encuentro de los egresados, sectores productivos, culturales, políticos y sociales del país

y el programa de formación sociopolítica, que busca promover la participación de la juventud universitaria en la historia política contemporánea del país.

Igualmente, hemos podido colaborar con numerosas iniciativas de las distintas Facultades, especialmente en relación a la consecución de fondos para tratar de paliar las innumerables necesidades en relación a su infraestructura y a sus equipos, ello debido no sólo a la falta de presupuesto sino a los continuos ataques y robos que sufre la Universidad.

En virtud de la gran cantidad de Ucevistas que se encuentran fuera del país, logramos crear una filial en la ciudad de Boston: Egresados en el Exterior, lo que nos ha permitido recabar divisas para cooperar con diversos proyectos, a pesar de la grave crisis económica que afecta a Venezuela. Y ayer materializamos otra forma de recibir contribuciones: ya somos miembros de Amazon Smile, lo que nos puede significar algunos aportes por las compras que realicen nuestros egresados y amigos.

Pero lo más significativo para nosotros es el reconocimiento y apoyo a nuestros egresados. Hemos tenido varios programas que contemplan beneficios para nuestros asociados, y aunque algunos han desaparecido debido a las políticas económicas actuales, seguimos explorando nuevas propuestas.

El reconocimiento se refleja, en su máxima expresión, en nuestro Premio Alma Mater, homenaje que se rinde al egresado Ucevista cuya actuación muestre un espíritu apegado a la justicia, equidad y solidaridad humana, y cuyas contribuciones científicas y/o académicas permitan calificarlo como Egresado Integral.

Es un galardón de gran importancia que, hasta el año pasado, se venía entregando en la majestuosa Aula Magna el día del egresado Ucevista, un emotivo evento en el que, además, se otorgaban botones conmemorativos a aquellos profesionales que cumplían 50 años de haber egresado de nuestra Alma Mater.

Este año no hemos podido celebrarlo así por razones por todos conocidas, pero nos llena de satisfacción y orgullo haber podido llegar al día de hoy, gracias al tesón de nuestra Junta Directiva, integrada por los Profesores José Rafael Hernández, nuestro Vicepresidente aquí presente; y los profesores Emilio Negrón, Carmelo Cariello, Francehuly Dagger, Alix García, Nydia Ruiz, Sonia de Bechara, Raquel Gamus y Giuseppe Giannetto,

Mención especial merece la desinteresada colaboración de los integrantes del jurado: Imelda Cisneros, Susana Raffalli, Giovanna De Michelle, Mireya de Goldwasser, Félix Tapia, Benjamin Scharifker y Antonio Paris. A todos ellos, un millón de gracias.

Nuestro laureado en el día de hoy, el Dr. Allan Brewer Carías, es un impecable ejemplo de lo que es un ganador del Premio Alma Mater; un personaje que, a decir de Pedro Nikken, “es un fenómeno cultural dentro de la historia del derecho en Venezuela.”

Brewer tiene una brillante trayectoria en el mundo académico universal como uno de los más grandes defensores de la democracia, del estado de derecho en particular de la efectividad de los derechos Humanos.

Profesor Emérito de nuestra Universidad, fue el pilar fundamental en el desarrollo de la importante Escuela de Derecho administrativo, donde dictó clases por más de 30 años. Jefe de dicha cátedra, del departamento de derecho Público y Director del Instituto de Derecho Público.

El veredicto del Jurado detalla muchos aspectos del Dr. Brewer, pero yo quiero agregar sólo uno que me parece muy significativo:

Desde su primera publicación hace más de 60 años, en sus 223 libros propios, 40 compartidos, 985 artículos publicados y 211 artículos de prensa, siempre ha firmado como Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

Sólo me queda agradecer el invalorable apoyo brindado por el Dr. Héctor Arrechedera y el equipo técnico de SOS Telemedicina, encabezado por el Prof. Luis Fernández, sin quienes este evento no hubiese podido realizarse con la calidad y difusión que merece;

Igualmente, agradecer y reconocer la distinción que nos brinda la participación de las autoridades de nuestra Universidad en este acto: a la Dra. Cecilia García Arocha, incansable defensora de la autonomía universitaria, al Dr. Nicolás Bianco Colmenares y al Dr. Amalio Belmonte Guzmán, quienes, arriesgando hasta su vida, se han mantenido en pie en la defensa de una Universidad que lucha para poder celebrar con la cabeza en alto, el año próximo, trescientos años de haber sido fundada. Nosotros, como egresados, estaremos allí con el orgullo de ser Ucevistas.

Josefina Punceles de Benedetti

COMUNICACIÓN
DE LA DRA. IMELDA CISNEROS
EN REPRESENTACIÓN DEL JURADO
DEL PREMIO ALMA MATER 2020.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 53-55 ISSN: 0798-1457

Profesora Josefina Punceles de Benedetti
Presidente de la Asociación de Egresados
y Amigos de la Universidad Central de Venezuela
Caracas

Empiezo esta comunicación manifestándole mi agradecimiento por la deferencia que me hicieron al designarme Presidente del Jurado Premio Alma Mater 2020.

Ha sido un honor y una experiencia muy satisfactoria alternar con un equipo de la jerarquía profesional y ética de Giovanna De Michele, Antonio París, Susana Raffalli, Mireya Rincón de Goldwasser, Benjamin Scharifker y Félix Tapia.

A todos nos ha llenado de esperanza por el futuro del país, saber que contamos con venezolanos Ucevistas, de la calidad de los candidatos propuestos a este Premio. El proceso de selección no fue nada fácil. Sin embargo, el Jurado, en sus deliberaciones consideró que, en beneficio de conservar la trascendencia, la esencia y la repercusión del Premio Alma Mater, es necesario mantener la práctica de elegir a un solo galardonado.

Le anexo a esta misiva el veredicto consensuado del Jurado que, como se estila, será leído en el acto de entrega del Premio.

Mil gracias,

Imelda Cisneros
Presidenta del Jurado

VEREDICTO DEL JURADO PREMIO ALMA MATER 2020 DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA.

Páginas: 57-60 ISSN: 0798-1457

El Jurado integrado por Giovanna De Michele, Antonio París, Susana Raffalli, Mireya Rincón de Goldwasser, Benjamin Scharifker, Félix Tapia y presidido por Imelda Cisneros, acordó por consenso otorgar el Premio Alma Mater de la UCV al Doctor Allan Randolph Brewer-Carías.

El Doctor Allan Randolph Brewer-Carías es Abogado, Doctor en Derecho, Académico, Profesor Emérito de la UCV y ha sido Servidor Público.

- El galardonado ha realizado ingentes contribuciones a los estudios de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, no solo dentro de las fronteras de su país sino también a nivel Regional y Mundial.
- Su fructífera y valiosa obra escrita ha sido pivote al progreso del Derecho, obra compuesta por 223 libros y cientos de artículos, declaraciones y entrevistas
- Fundó la Editorial Jurídica Venezolana y fue Director de la Revista de Derecho Público, hecho de notable importancia para la divulgación del conocimiento jurídico y edición de obras en dicha materia.
- Ha dedicado 30 años de su vida profesional a formar desde la UCV, universidades del país y del Reino Unido, Francia, Estados Unidos y Colombia, profesionales, investigadores y profesores del Derecho. Ha sido admirado y reconocido profesor de las Cátedras de Derecho Administrativo y de Derecho Público.
- Fue un dedicado servidor público como Senador, Ministro, Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral, Presidente de la Comisión de Administración Pública y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999.

En tiempos tan complejos donde, como nunca, la democracia, el Estado de Derecho, el respeto a los Derechos Humanos, la institucionalidad, están triste y profundamente comprometidos, otorgar el premio a un egresado Ucevista integral como el Doctor Allan Brewer-Carías, es un reconocimiento propicio que nos llena de satisfacción y orgullo.

PALABRAS DE LA DOCTORA CECILIA GARCÍA-AROCHA MÁRQUEZ, RECTORA DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA EN EL ACTO DE ENTREGA DEL "PREMIO ALMA MATER" "ASOCIACIÓN DE EGRESADOS Y AMIGOS DE LA UCV".

Páginas: 61-67 ISSN: 0798-1457

Nos sentimos, hoy, sumamente complacidos, porque la Universidad Central de Venezuela tiene el privilegio de participar una vez más en un meritorio Acto Académico. En esta oportunidad, la "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV" celebra el "Día del Egresado Ucevista" y la entrega de "El Premio Alma Mater"; una actividad de gran trascendencia que involucra directamente a nuestra ilustre Casa de Estudios. En nombre de las Autoridades Rectorales de la Universidad Central de Venezuela, de su Personal Docente, Administrativo y de Servicio, y especialmente en el mío propio, extendemos un cordial saludo a todos los que de manera virtual nos acompañan en este memorable Acto.

Una salutación muy particular al Profesor Allan Randolph Brewer-Carías, distinguido miembro emérito de nuestra ilustre Universidad Central de Venezuela, a quien la "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV", le otorga, con sobrada justicia y por sus múltiples méritos personales y profesionales el "Premio Alma Mater". Nuestro saludo muy especial a sus familiares y amigos que le acompañan.

Permítanme iniciar mis palabras, extendiendo un sincero reconocimiento a la Profesora Josefina Punceles de Benedetti, Presidente de la "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV", a su Vicepresidente, Profesor José Rafael Hernández, así como al resto de los miembros que conforman su Junta Directiva.

Estimo necesario aclarar, que las circunstancias por las cuales atravesamos, específicamente por la terrible pandemia que nos ha estado azotando por ya casi un año, nos ha forzado a llevar a cabo todo tipo de actividades académicas de una manera no presencial. ¡Cuánto nos hubiera agradado haber realizado este significativo acto en nuestra majestuosa Aula Magna, bajo las gloriosas Nubes de Calder! Y, conjuntamente, con la presencia física de todos, en nuestro afamado auditorio. Pero, la situación circunstancial que hoy nos afecta -repito- nos obliga a

utilizar otros medios para consumar este tipo de encuentro. Por fortuna contamos con el recurso de las redes, para poder mantenernos en contacto con la colectividad y con el diario quehacer universitario.

A pesar de ello, la magnificencia de este Acto no pierde en lo absoluto su vigencia y su prestigio; porque, como ya lo he expresado en anteriores eventos, en mi caso muy personal, a pesar de estar participando de una forma "virtual", tal y como califican la manera como se desarrolla cualquier evento a distancia, y aunque resulta obvio que ese es el término apropiado con el cual la tecnología actual la identifica, para los que procedemos con el usual espíritu universitario y con la siempre demostrada responsabilidad y cariño en cada una de las actividades propias de la Universidad -sea cual fuere su forma de proyectarse- nos consideramos que estamos de cuerpo presente y en conjunción real con las numerosas personalidades que nos acompañan. De allí, que ratifico la profunda emoción que siento de estar "de cuerpo presente", en este significativo Acto.

Nuestra alegría, como Autoridades y como Docentes se manifiesta cuando la Junta Directiva de la "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV", al estimular y valorar el aporte que distinguidos profesionales le han dado al país y al mundo, y que han surgido de nuestra Casa de Estudios, otorga hoy el "Premio Alma Mater, Año 2020" a Allan Randolph Brewer-Carías, distinguido Profesor Emérito de nuestra Universidad Central de Venezuela. Permítanme, desde ya, dar nuestra palabra de agradecimiento a los miembros del jurado, que tuvieron a su cargo la justificada selección del hoy reconocido homenajeado; comisión que estuvo presidida por la Profesora Imelda Cisneros, acompañada de las Profesoras Susana Raffalli, Giovanna de Michele, Mireya Rincón de Goldwasse y de los Profesores Antonio París, Félix Tapia y Benjamín Scharifker. Todos, distinguidos docentes y reconocidas personalidades del mundo académico. Gracias, apreciados colegas, por su entrañable cooperación en esta, tan significativa actividad.

Hablar de Allan Brewer-Carías y de su dilatada trayectoria pública es emocionante, pero también comprometedor; son tantas las facetas profesionales y personales que ha desarrollado en su vida, que es temerario tratar de nombrarlas, sin correr el riesgo de no mencionar algunas de ellas.

Egresó como Abogado en 1962 y como Doctor en Derecho en 1964 de nuestra ilustre Universidad Central de Venezuela, con sendas menciones *summa cum laude*.

Comenzó su actividad docente en 1963, habiendo sido Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo y Jefe del Departamento de Derecho Público de la UCV, y Director del Instituto de Derecho Público, entre los años 1978-1998.

Se distinguió brillantemente como Profesor de Postgrado en innumerables Instituciones alrededor del mundo; destacándose principalmente como Profesor en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; como Profesor Asociado en la Universidad de Paris; Profesor de la Maestría en las Universidades del Rosario y del Externado, en Colombia; Profesor Visitante y Adjunto de Derecho en la Columbia Law School de la Universidad de Columbia, en Nueva York, durante los años 2002 a 2004. Además, ha sido conferencista en muchas Universidades europeas y americanas.

Fue Miembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica; Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en La Haya, de la cual fue Vicepresidente entre los años 1982 y 2010. Es Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, de la cual fue su Presidente desde 1997 hasta 1999; y es Miembro Correspondiente Extranjero o Miembro Honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina; de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, Colombia; de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, de Madrid; de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación de Valencia, España; de la Academia Chilena de Ciencias Políticas, Sociales y Morales, de Santiago de Chile; de la Academia Peruana de Derecho y de la Real Academia Iberoamericana de Artes y Ciencias de España, en Cádiz.

Desde 1980 es el director de la Revista de Derecho Público de Venezuela, y tiene una extensa obra escrita en más de 200 libros y de 1000 Estudios Monográficos, en temas de Derecho Público, publicados en Revistas y Obras Colectivas en Latinoamérica, Norteamérica y Europa.

En 1981 recibió el Premio Nacional de Ciencias de Venezuela, por su obra y trayectoria en el mundo del Derecho y de las Ciencias Sociales.

Entre sus actividades profesionales de mayor relevancia en nuestro país, podemos destacar que fue Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia (1963-1964), Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral (1965-1968), Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972); Senador por el Distrito Federal (1982-1986), Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994), y Miembro electo de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1999.

Han sido incontables las Distinciones y Premios recibidos por el Profesor Allan Brewer-Carías, durante su dilatada trayectoria profesional. Podemos resaltar los otorgados en las áreas de los distintos Premios Académicos, Doctorados Honoris Causa; como Profesor Honorario de innumerables Universidades y de Cátedras Académicas; Menciones Honoríficas con su nombre; Libros publicados en homenaje a su Carrera; Miembro Honorario de Asociaciones y Centros Académicos; multitud de Promociones de profesionales de Grado y Postgrado con su nombre y muchas Condecoraciones recibidas, que sería prácticamente imposible enumerar. Creo que la página de vida personal y profesional de Allan Randolph Brewer-Carías que me he permitido detallar no admite duda alguna para que el galardón hoy otorgado, "Premio Alma Mater, 2020", haya recaído merecida y justificadamente en su persona. Nuestras más sinceras felicitaciones al Profesor Allan Randolph Brewer-Carías, ejemplo de virtudes y de valores, que, con su trabajo, su dedicación y aportes, honra a la Universidad Central de Venezuela, a la Asociación de Egresados y a nuestra nación. Felicitaciones, de nuevo –igualmente-- a los familiares, amigos y allegados de tan distinguido homenajeado.

Apreciados colegas y amigos, en mi nombre y en el del resto de las Autoridades Rectorales de la Universidad Central de Venezuela expreso una vez más mis congratulaciones a la "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV", muy particularmente a los integrantes de su Junta Directiva y a los organizadores de este hermoso Acto. Es preciso reconocer que la Asociación de Egresados, a través de toda su existencia, ha orientado su visión y su misión hacia el objetivo primordial de fomentar y mantener los nexos entre los egresados y su Universidad; y al mismo tiempo fortalecer tales vínculos en un ambiente de equidad, libertad y

autonomía. Con ello reafirmamos, además, el carácter democrático y plural de nuestra UCV y el de tan acreditada Institución; en donde permanecen vigentes y se respetan los méritos de los docentes que responden a una trayectoria de integridad, sin discriminación alguna. Reitero mi salutación a la "Asociación de Egresados y Amigos de la UCV", por tan loable actividad.

Para concluir, pienso que es justo y necesario recordar, estimados colegas, que nuestra labor como profesionales, como profesores activos y jubilados, como miembros integrantes de esta querida "Asociación de Egresados de la UCV", seguirá permaneciendo siempre como forma de vida y seguirá reflejándose en un país de ciudadanos íntegros y de respeto, como son y han sido todos los que conformamos esta gran familia Ucevista; quienes luchamos y convivimos, por lograr muy pronto una nación digna como la deseamos y una Universidad Central de Venezuela que habrá de perdurar por siempre como la cuna de una cultura de luz y paz, libre, plural, democrática y -por encima de todo- eternamente autónoma.

Cecilia García-Arocha Márquez,
viernes 04 de diciembre de 2020.

DISCURSO DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS, PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA SOBRE "LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA Y LA LUCHA POR LA AUTONOMÍA Y LA DEMOCRACIA" PRONUNCIADO EN EL ACTO DE RECEPCIÓN DEL PREMIO ALMA MATER UCV 2020.

Dra. Cecilia García Arocha Márquez, Rectora Magnífica; Dr. Nicolás Bianco, Vicerrector Académico, y Amalio Belmonte, Secretario y Vicerrector administrativo encargado, todos de esta Universidad Central de Venezuela;
Profesora Josefina Punceles de Benedetti, Presidenta de la Asociación de Egresados y Amigos de la Universidad Central de Venezuela y demás miembros de su Junta Directiva;
Dra. Imelda Cisneros, Coordinadora del Jurado del Premio Alma Mater 2020, y demás miembros del Jurado, Doctores Benjamín Schariffker, Félix Tapia, Antonio París, Giovanna de Michelle, Susana Raffalli y Mireya de Goldwasser;
Profesor Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales;
Demás autoridades universitarias, y todos los presentes en esta sesión telemática, que sustituye el acto que usualmente se realiza en el Aula Magna de nuestra querida Universidad

Ser Ucevista, es decir, ser egresado de la Universidad Central de Venezuela, es de por sí un gran honor que estoy seguro sienten todos aquellos quienes se han formado en esta Casa de Estudios que, como lo dice nuestro Himno es, ante todo, la Casa "que vence la sombra," es decir, la que por el conocimiento en ella adquirido y difundido por sus profesores y egresados, ha podido vencer la oscuridad y la ignorancia.

Es el Alma Mater, la cual, como también nos lo recuerda el Himno, ha sido siempre ese "abierto Cabildo, donde el pueblo redime su voz," que no es otra cosa sino el claustro que nos ha permitido expresar libremente nuestras ideas, difundirlas, explicarlas, discutirlas, enseñarlas y aplicarlas acorde con nuestras convicciones, en nombre y para el beneficio de todos, y no solo para beneficio personal. Porque el conocimiento de la ciencia para guardárselo uno mismo, o para que su producto se

quede en archivos y gavetas que nadie abre, no es realmente tal, sino egoísmo.

Pero si ser Ucevista es por sí solo un gran honor universitario y académico que nos acompaña siempre a los egresados de esta Casa Estudios, el ser escogido por los propios Egresados de la Universidad como "Egresado Integral" y ser recipiendario de este *Premio Anual "Alma Mater"* que hoy recibo muy honrosamente es, sin duda, un doble e inconmensurable honor académico; sobre todo teniendo en cuenta que se otorga por un Jurado que ha considerado que en alguna forma he tenido "un espíritu apegado a la justicia, a la equidad y a la solidaridad humana" "y que he hecho "contribuciones científicas y académicas" que les ha permitido calificarme como "Egresado Integral."

Entenderán ustedes entonces por qué me siento inmensamente honrado en recibir este reconocimiento, ya que no han sido pocos los 58 años transcurridos desde que en 1962 egresé de esta Universidad, luego de haber ingresado a la misma por decisión propia en 1957. Al final de un bachillerato algo accidentado que me llevó a estar un año interno en el Colegio San José de Mérida, donde pasé el que sería el año más feliz de mi vida estudiante de bachillerato, y donde fui también por voluntad propia, al regresar a Caracas me inscribí en el entonces pre-universitario en Filosofía y Letras, que regentaba la Universidad Católica Andrés Bello entre las esquinas de Jesuitas a Tienda Honda.

La mayoría de mis compañeros de curso, entre ellos mi querido amigo y socio Alberto Baumeister Toledo - a quien hoy quiero recordar -, como era lógico, siguieron sus estudios universitarios en la Universidad Católica. Del grupo, yo fui uno de los disidentes, y decidí venir a la Central, siguiendo en cierta forma los pasos de mi padre Charles Brewer Maucó, quien se había graduado aquí de Odontólogo en 1935, y los de mi hermano Charles Brewer-Carías, ese otro gran egresado de esta Universidad, quizás el más destacado Naturalista, polímata y explorador de la Guayana de toda nuestra historia moderna, quien para ese entonces ya estaba estudiando aquí Odontología; pasos Ucevistas que luego siguieron mis hermanos, Tony Brewer-Carías, quien fue un destacado Arquitecto, y Jimmy Brewer-Carías, también otro destacado Odontólogo de esta Universidad; mi esposa, Beatriz Leal de Brewer, graduada de Ciencias Políticas, y uno de mis hijos, Eric Brewer Leal,

graduado de Arquitecto. Es decir, una familia con un buen entorno de Ucevistas, lo que no impidió que luego me vinculara como profesor con la Universidad Católica Andrés Bello.

Como ingresé en esta Universidad Central en 1957, mis estudios transcurrieron en el tiempo en el cual el país se abrió a la democracia, lo que inevitablemente nos llevó a todos los miembros de la comunidad universitaria, a participar activamente en la política universitaria. También fue mi caso, aun cuando siempre como independiente empedernido, pues nunca quise inscribirme en partido político alguno, resintiendo así la centrífuga de la politización del movimiento universitario de la época. Ello me permitió navegar aquellas aguas siempre con libertad de pensamiento y sin ataduras, salvo conmigo mismo, como ha sido siempre. Ese año 1957 fue el de la huelga universitaria del 21 de noviembre en la cual todos participamos, como también lo hicimos votando en el plebiscito de diciembre de ese año contra la continuidad del régimen de Pérez Jiménez. Nos tocó el privilegio vital de haber sido testigos del proceso de cambio político que se originó en los meses sucesivos, con la salida de Pérez Jiménez del poder y del país, y la instauración de la democracia, con todas las fuerzas e ideas que aventó; habiendo incluso tenido el privilegio de tener como profesores, en mi primer año de derecho, a actores contemporáneos del proceso como Edgar Sanabria, quien entonces fue designado Presidente del gobierno de transición democrática, y otros líderes políticos fundamentales como lo fueron Rafael Caldera y Arístides Calvani.

Para ese entonces participé activamente en la política universitaria habiendo fundado un Movimiento Universitario Independiente, con la quimera de defender los valores universitarios, compitiendo con los principales partidos políticos. En esa época publiqué los que serían mis primeros escritos impresos, precisamente sobre temas universitarios, como la autonomía y la selección universitarias[1], y además fundé y edité el periódico *Opinión*, que salió durante 1958 con la colaboración de otros estudiantes de esta Universidad.

---

[1] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo. Escritos de Juventud (1959-1964),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

Fueron años de intensísima actividad, estudio, trabajo y camaradería, habiendo sido testigo directo entre otras cosas, de la partida de varios amigos entrañables hacia la guerrilla que tanta huella dejó en sus vidas, y tanto daño causó a nuestra generación, anulando tantos talentos. Mi decisión en aquellos tiempos fue formarme académicamente, dedicándome al estudio y al trabajo, para lo cual en 1960 ingresé al escalafón universitario como Auxiliar de Investigación en el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho, que entonces dirigía el profesor Antonio Moles Caubet; Instituto que, con el correr de los años llegó a ser el más importante centro de investigación y de difusión del pensamiento en derecho público, no sólo en Venezuela, sino, sin dudarlo, yo diría, en toda la América Latina[2]. Tuve el privilegio de haber trabajado en el mismo durante 27 años, habiendo terminando mi situación activa en el profesorado como Director del mismo.

Cuando egresé como abogado en 1962 era un tiempo en el cual la Universidad podía premiar la excelencia y becar a los graduados *suma cum laude* para el perfeccionamiento de sus estudios en el exterior -como fue mi caso -; la Universidad contaba con una dotación presupuestaria suficiente que le garantizaba su autonomía, y que permitía que los profesores y empleados pudieran tener salarios dignos

Qué contraste admirada Rectora, lo sé, con la situación que le ha tocado a Usted vivir al frente de nuestra Universidad, con un régimen que además de otros ataques contra la misma y su autonomía, se ha propuesto ahogarla presupuestariamente. Por ello todos nos preguntamos con angustia: ¿Cómo puede sobrevivir hoy, en medio de tantas penurias, un profesor universitario, cuando el más alto sueldo de un profesor titular a dedicación exclusiva, en una economía dolarizada como la que tenemos, es equivalente a solo algo más de cuatro dólares mensuales? Y ¿Cómo puede sobrevivir la Universidad cuando el monto del Presupuesto global que se ha asignado para su funcionamiento en 2021 solo

---

[2] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela" en *100 Años de Enseñanza del Derecho Administrativo de Venezuela* 1909-2009, TOMO I, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Universidad Monteávila / Funeda, Caracas 2011, pp. 11-31.

representa el 2 % del monto solicitado, lo que implica que, por ejemplo, en materia de gastos de personal, el monto asignado para el año próximo sea solo el 1% de lo solicitado?

En contraste, como antes dije, en aquella Universidad de 1962, en un régimen democrático, yo pude viajar a Francia enviado por la misma, ya acompañado de mi esposa Beatriz, mi soporte fundamental durante todas estas décadas, para seguir cursos de posgrado en la Universidad de París; tiempo en el cual pude escribir en solitario, es decir, sin tutor, lo que luego sería mi tesis doctoral. Allí tomé conciencia de la excelente formación que yo había adquirido en esta Universidad, la cual incluso puedo decir que era muy superior a la que exhibían muchos de mis compañeros de estudio en París, graduados de derecho en importantes Facultades de muchos otros países.

Y allí comencé mi empeño por internacionalizar nuestra Universidad en el campo de las ciencias jurídicas, lo que siempre he buscado hacer desde entonces, durante todas las décadas transcurridas. Y ello comenzó justamente con una decisión que tuve que tomar en 1963, entre presentar la tesis que ya tenía lista, si en la Universidad de París donde estaba estudiando el postgrado o en esta Universidad Central de Venezuela que venía de abrir la posibilidad del doctorado en derecho, donde sabía que tendría más impacto e importancia, que la que podía tener una tesis más de un extranjero en París.

Opté por la segunda, para lo cual conté con el aval del profesor Moles Caubet, quien respaldó mi decisión de regresar a Caracas y, más importante aún, aceptó ser el Tutor *ex post facto* de la tesis, la cual luego sería premiada con publicación y con la más alta mención honorífica que otorga la Universidad, resultando en un libro (*Las Instituciones Fundamentales del derecho administrativo y la Jurisprudencia venezolana*) que a partir de 1964, y durante varias décadas, sirvió de manual comúnmente utilizado en los estudios de derecho administrativo. En cuanto a la Universidad de París, sabía que regresaría con motivos académicos, y así fue en múltiples ocasiones, habiendo incluso sido nombrado profesor asociado en la Universidad París II en 1989, para dar un curso de postgrado en el mismo gran anfiteatro donde había estado como alumno treinta años antes.

Desde entonces, toda la actividad docente que he ejercido en el exterior, que ha sido extensísima e intensísima, y que además de en

Francia he desarrollado en el Reino Unido, en Colombia y en Nueva York, siempre la he desarrollado en mi calidad de profesor de la Universidad Central de Venezuela, título que es el que siempre he exhibido con orgullo, y con el cual siempre he firmado mis estudios.

Y fue por ese propósito de internacionalización de la Universidad en el campo jurídico que, por ejemplo logré mi empeño en 1982, de que la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya aceptara realizar por primera vez en América, un Congreso Internacional de Derecho Comparado, que tuvo lugar precisamente en nuestra Universidad Central recibiendo durante una semana a más de 1.200 juristas prevenientes de todos los Continentes, quienes se llevaron no solo un conocimiento directo sobre Venezuela, que no tenían, sino por sobre todo, de nuestra Alma Mater. Ese empeño fue posible por el invalorable apoyo de mi recordado y entrañable amigo y destacadísimo profesor de esta Casa de Estudios, el profesor Pedro Nikken, entonces decano de la Facultad de Derecho -a quien también quiero recordar en este acto-.

Como antes dije, mi carácter de Ucevista y el título de Profesor de nuestra Universidad, siempre ha sido para mí motivo de orgullo, particularmente porque cuando se accede al mismo por Concurso de oposición, como fue mi caso en 1965, el título tiene carácter vitalicio. Es parte de la autonomía universitaria, y es algo que, por supuesto, los enemigos de la misma resienten y quisieran poder controlar. No puedo por ello dejar de mencionar, por la trascendencia que tuvo para mí, un lamentable hecho que ocurrió en mi propia Facultad, cuando un profesor ya fallecido – por eso no lo nombro – y quien entonces era alto funcionario del gobierno del presidente Hugo Chávez, se atrevió a proponer insolentemente al Consejo de la Facultad que se me despojara de mi título de Profesor Titular, y además que se quemaran públicamente mis libros, y todo por la infundada y malvada acusación que inventaron ciertos periodistas en mi contra, condenándome sin proceso, por el solo hecho de que en mi condición de profesor y abogado se me hubiera solicitado una opinión jurídica sobre el decreto de gobierno de transición que se formó en 2002 a raíz de la renuncia del Presidente Hugo Chávez, que yo no redacté; opinión que di y que por lo demás fue en contra del contenido del mismo.

Esa acusación inicua se convirtió, tres años después, en 2005, en la excusa del régimen para iniciar una persecución política en mi contra motorizada por una Fiscal sin escrúpulos, al servicio del régimen, que después de haber perseguido a tantos otros, falseando procesos, ahora clama inútilmente desde Bogotá por ser reconocida como opositora al régimen que tanto sirvió servilmente. Fue precisamente por su persecución que se inició mi ya largo exilio, que va por los 15 años, tiempo durante el cual contrariamente a lo que perseguían, lo que he hecho es incrementar mi actividad académica, siempre como Profesor de nuestra Casa de Estudios, publicando y divulgando mis estudios sobre el devenir institucional del país[3].

Y es que soy un convencido, - como lo dije en marzo de 2002-, al recibir el Premio Francisco De Venanzi a la Investigación Universitaria, solo unas semanas antes de aquella artera acusación periodística en mi contra, y la insensata propuesta de quemar mis libros, que el aumento de los conocimientos como consecuencia de la investigación

> "por sobre todo implica y exige su divulgación, para que otros precisamente aumenten su conocimiento. Siempre he pensado que más vale un trabajo publicado que uno guardado en un archivador, pues lo menos que podemos lograr es el ahorro del tiempo de otros para que no transiten inútilmente la misma senda, y puedan partir de lo ya investigado".

De allí las decenas de miles de páginas impresas que conforman mi obra publicada que solo muestran, como decía entonces y hoy repito, que

> "nuestra investigación no es egoísta; al contrario, podríamos calificarla de profundamente generosa. El objetivo es que otros utilicen lo que investigamos, de eso precisamente se trata, de que el conocimiento siga acrecentándose"[4].

---

[3] A casi toda mi obra se puede acceder libremente a través de mi página web: www.allanbrewercarias.com

[4] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Asalto al poder y sus consecuencias para la democracia" discurso en el Acto de recepción del Premio Francisco De Venanzi a la

Y toda esa labor ha sido posible antes y ahora, en medio de todas las dificultades, como también lo dije en aquella oportunidad, por la libertad académica que caracteriza a la Universidad y, además, por la libertad que nos ha permitido la democracia; conforme a todos los principios que la rigen y que la Universidad se resiste a dejar morir, como lo demuestra la extraordinaria gesta de los últimos años comandada por la Rectora Cecilia García Arocha, quien con su actuación nos ha recordado a todos los universitarios que sin democracia no puede haber libertad de investigación, ni puede haber libertad de expresión del pensamiento, ni libertad de publicar el resultado de nuestros trabajos. Por ello, sin democracia, la primera que corre peligro es la autonomía universitaria.

Eso explica que el régimen político que se comenzó a instaurar a partir de 1999 haya progresivamente atacado todo lo que sea autónomo, para someterlo a su control, y por ello haya buscado acabar, a la vez, con la autonomía universitaria, la autonomía municipal, la autonomía sindical, la autonomía empresarial, la autonomía profesional, la autonomía de los propios entes públicos descentralizados, e incluso, la propia autonomía que deriva de la solidaridad social o de la acción solidaria. Y como muestra de esta marcha retrógrada, que es contra el propio libre desenvolvimiento de la personalidad, el régimen también ha emprendido ataques contra las Organizaciones No Gubernamentales, criminalizando la defensa de los derechos humanos e incluso, la propia solidaridad social. Solo en un régimen totalitario puede ocurrir lo que acaba de suceder hace una escasa semana contra la organización *Alimenta mi Solidaridad*, que muestra – como muy elocuentemente lo escribió Ramón Peña hace unos días en *El Nacional* –, que "Dar de comer al hambriento dejó de ser bíblica misericordia, ahora es un delito" siendo "El hecho punible: preparar diariamente comida para 25 mil niños, madres embarazadas y ancianos en comedores populares de Caracas y 13 estados del país;" y además, "El supuesto crimen es agravado porque también

---

trayectoria del Investigador Universitario, en el Consejo de desarrollo Científico y Humanístico y la Asociación para el progreso de la Investigación Universitaria, UCV, 15 de marzo de 2002, en: http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%20853.%20DISCURSO%20PREMIO%20VENANZI%20UCV%202002.pdf

han cocinado miles de almuerzos (64.000) para humildes trabajadores sanitarios de hospitales públicos durante los meses de la pandemia"[5].

Simplemente, no es posible entender la persecución desatada contra todo ello por bajas motivaciones políticas, la que ha llegado a materializarse incluso en una orden de aprehensión contra su director el destacado profesional Roberto Patiño, por el solo hecho de hacer el bien en su propio país.

No se puede entender sino como una consecuencia inevitable del totalitarismo, que parte de la falsa y errada idea de que en una sociedad solo se puede hacer lo que diga la burocracia ineficiente del Estado, como lo diga y bajo su control. Por eso, para el totalitarismo la sola palabra autonomía es lo más cercano a nombrar al demonio, lo que explica los ataques sistemáticos contra la autonomía universitaria, cuya existencia tanto molesta al régimen, porque no puede controlar las universidades autónomas.

Por ello, Hugo Chávez, una vez instalado en el poder, lo primero que pretendió hacer en su fallida reforma constitucional de 2007, fue modificar la norma de la Constitución que garantiza la autonomía universitaria, para someterla al control del gobierno, y afectar en particular los principios del auto gobierno y de la autonomía normativa que tienen las Universidades para regular sus propios programas de investigación, docencia y extensión; y de selección y admisión de sus alumnos[6].

Sobre esta autonomía normativa que aseguraba a los Consejos Universitarios la potestad de establecer el régimen de selección de los alumnos, una vez fracasada la reforma constitucional de 2007, fue el Ministro de Educación quien en 2015 arremetió inconstitucionalmente contra las Universidades Nacionales fijándoles cupos muy por encima del porcentaje legalmente establecido que había sido acordado con la

---

[5] Véase Ramón Peña, "En pocas palabras: Solidaridad proscrita," en América 2.1, 30 de noviembre d 2020, en https://americanuestra.com/ramon-pena-en-pocas-palabras-solidaridad-proscrita/

[6] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007),* Colección Textos Legislativos, No.43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

participación de todas ellas por recomendación del Consejo Nacional de Universidades.

Los rectores, sin embargo, ni siquiera tuvieron tiempo de impugnar las inconstitucionales normas, pues el Tribunal Supremo actuando más como agente del Ejecutivo que como juez, manipulando un proceso de amparo (sentencia No. 31 de 7 de julio de 2015), pasó a demoler la autonomía de las Universidades en la materia, criminalizando cualquier acción que pudieran adoptar las autoridades universitarias en ejercicio de sus propias competencias constitucionales y legales, imponiéndoles la obligación de abdicar a su autonomía y sujetarse en la materia de selección de los alumnos a lo que disponga una Oficina del Ministerio de Educación[7].

Otro atentado contra la autonomía universitaria se refirió a otro de sus componentes esenciales como es el del autogobierno, es decir, la elección de sus propias autoridades por la comunidad universitaria que conforme a la Constitución solo está compuesta por los profesores, estudiantes y egresados. Chávez también propuso en 2007 reformar la Constitución para reconocer también a los trabajadores de las universidades como integrantes de la comunidad universitaria, y buscando imponer "el voto paritario de estudiantes, profesores y trabajadores para elegir las autoridades universitarias," con lo que la comunidad universitaria dejaba de ser solo académica. También en este caso, el rechazo popular a esa reforma fue burlado, y dos años después, la Ley Orgánica de Educación de 2009 (artículo 34) definió la comunidad universitaria, contra la Constitución, como integrada por profesores, estudiantes, personal administrativo, personal obrero y, los egresados; todos con derecho a voto en igualdad de condiciones.

La demanda de nulidad contra la Ley no se hizo esperar y fue intentada por diez rectores, entre ellos por la Rectora García Arocha,

---

[7] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las universidades nacionales en el cadalso y la autonomía universitaria en manos del verdugo judicial. A propósito de la obligación impuesta por la Sala Constitucional a las universidades nacionales de violar la Ley de Universidades y abdicar a la autonomía universitaria garantizada en la Constitución," en *Revista de Derecho Público,* No. 143-144, (julio- diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 468-477.

solicitándose la suspensión de efectos de la norma impugnada. La acción nunca fue tramitada por el Tribunal Supremo de Justicia, y solo fue luego de diez años de un injusto silencio, que procedió a pronunciarse (sentencia No. 324 de 27 de agosto de 2019), pero no conforme a lo solicitado por los rectores, sino al contrario, suspendiendo de oficio otras normas de la Ley, para más bien obligar a que las elecciones universitarias se hicieran en contra de la Constitución por una comunidad universitaria ampliada, y por sectores separados; fijándole plazos perentorios a las Universidades para ello, con la amenaza de que si se incumplían el Ejecutivo procedería a nombrar las autoridades[8].

Como por el rechazo general de las Universidades, ninguna elección se pudo realizar en el plazo fijado (hasta febrero de 2020), el Tribunal no tuvo otra opción sino la de revocar de oficio la medida cautelar dictada (sentencia No. 47 de marzo de 2020), aun cuando solo respecto de los plazos, pero no sobre el contenido de la inconstitucional normativa impuesta, ordenando a las Universidades ajustar sus reglamentos electorales conforme a lo que se había decidido en la sentencia de agosto de 2019. Afortunadamente en este caso, la pandemia del Covid-19 ha asegurado que el abuso de la Sala Constitucional no se haya podido imponer hasta ahora; lo que sin embargo, no impidió que ese abuso se enfilara contra otro aspecto vinculado con la autonomía, como fue la injusta decisión de perseguir a los representantes designados por la Asamblea Nacional en diciembre de 2019 para integrar el Consejo Nacional de Universitario, entre ellos contra el destacado egresado de esta Universidad, el profesor Manuel Rachadell, amigo de hace tantos años, quien fue precisamente el abogado de la Universidad asistiendo a la Rectora en defensa de la autonomía en todos los ignominiosos juicios antes mencionados.

---

[8] Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Sala Constitucional, de nuevo, usurpando la función legislativa y violando la autonomía universitaria, en nombre de una falaz "democracia participativa y protagónica" decreta un nuevo régimen electoral universitario y el cese de las funciones de las autoridades universitarias," en *Revista de Derecho Público*, Nº 158-159, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2019, pp. 347- 353.

En este caso, también, sin duda, en insólita retaliación contra la inteligencia, el Tribunal convirtió un nombramiento en delito, pero absurdamente castigando a los designados por el atrevimiento que tuvieron de haber defendido la autonomía universitaria y haber criticado, con razón, las inconstitucionales sentencias de la Sala Constitucional contra la Universidad[9].

Ante toda esta ignominia, guiados por la claridad de los planteamientos de la Rectora en su dirección de nuestra Universidad, la comunidad Ucevista tiene que seguir reaccionando más que nunca, para seguir luchando contra el riesgo de que asalten definitivamente nuestra Casa de Estudios, y venza la sombra y la fuerza ante la luz y la razón.

Y digo seguir luchando, porque lo que hoy está ocurriendo no es sino el resultado de un largo proceso iniciado hace 20 veinte años, al cual me referí tempranamente el 15 de marzo de 2002 en mi discurso de recepción del Premio De Venanzi en 2002, cuando todavía había personas obnubiladas por la oferta populista de Chávez. Sobre ello dije estas palabras –como si hubiesen sido escritas hoy:

> "En 1998, [los venezolanos] ciertamente necesitábamos cambiar nuestra democracia, pero no para eliminarla o destruirla como lo ha buscado el presidente Chávez, sino para transformarla y perfeccionarla, eliminando los defectos más notables que tenía que eran el centralismo y el partidismo, que habían impedido la efectiva participación y representatividad políticas. Ese era el cambio que el país quería, pero en 1998 el pueblo se equivocó pensando que la elección de Chávez contribuiría a perfeccionar la democracia. La verdad es que lejos de haber sido el instrumento para eliminar sus vicios, haciéndola más participativa y más representativa, lo que ha logrado es empeorar los defectos que habían impedido su desarrollo, con lo cual el país hoy está más centralizado que nunca, habiéndose eliminado toda posibilidad efectiva de participación política".

[9] Véase las referencias en el reportaje: "Universidades en Venezuela: "Se puede ser crítico, pero la amenaza está latente." Las universidades autónomas en Venezuela tienen una larga tradición de resistencia. ¿Cuál es la situación actual de la libertad académica en el país? Estas son las perspectivas de diferentes académicos," en *DW*, 27 febrero de 2020, en: https://www.dw.com/es/universidades-en-venezuela-se-puede-ser-cr%C3%ADtico-pero-la-amenaza-est%C3%A1-latente/a-52560559.

Y en el mismo discurso insistí en afirmar –lo que queda más que confirmado en los casi veinte años que han trascurrido desde entonces–, que en 1998 Chávez lo que hizo fue engañar al pueblo:

> "violando abierta y recurrentemente la propia Constitución, la cual fue secuestrada y burlada por los mismos actores que se entronizaron en la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, y luego, en los diversos órganos del Estado. El Estado, por otra parte, ha sido objeto de apoderamiento por funcionarios que han resultado ser lo más parecido a aquéllos "concejales hambrientos" de los cuales nos hablaban los viejos textos castellanos, de Castilla, que llegaban a los cargos concejiles para robar impunemente, saciarse personalmente y así, asegurarse un patrimonio mal habido para cuando fueran desalojados del poder".

Y agregaba en 2002, como si fuera hoy:

> "La concentración del poder y la ausencia de control y contrapesos entre los poderes públicos, además, ha sido una puerta abierta para la violación de los derechos humanos, al punto de que nunca antes como ahora, los organismos internacionales de protección de los mismos han recibido tantas denuncias de violación...
> La separación de los poderes y su autonomía, piedra angular de todo régimen democrático, materialmente ha desaparecido. Todos los Poderes del Estado dependen del Ejecutivo y actúan a su antojo, y el Estado se ha centralizado aún más […]
> El pluralismo político, por otra parte, casi ha desaparecido por la injerencia e inconveniente presencia del Estado en la sociedad civil, lo que ha llevado al propio Presidente de la República a tratar de controlar tanto a las asociaciones de empresarios como a los sindicatos; a provocar la división de partidos políticos; a atacar a la Iglesia e, incluso, tratar de dividirla; y a debilitar a la Universidad y su autonomía. […]

Todo ello, concluía en 2002:

> "nos pone de manifiesto que la democracia está en peligro, y con ella, la existencia de la Universidad, de la investigación y del pensamiento libre. Sin democracia, insisto, la investigación no podría

> realizarse, particularmente la que se desarrolla en el ámbito de las ciencias sociales, pues lo que habría sería una sola verdad, la verdad oficial, supuestamente la única y sola verdad que es la de los ignorantes, y no habría posibilidad de divulgación, ni siquiera del pensamiento"[10].

Todo lo anterior, dicho en 2002, hoy lo podemos repetir, pero en forma agravada, agregándole lo que resumió en pocas palabras el académico padre Luis Ugalde S.J., en el sentido de que el régimen simplemente en los últimos años:

> "eliminó la Constitución, eliminó la elección presidencial legítima, inventó una Asamblea Nacional Constituyente, no para hacer una nueva Constitución sino para someter la que tenemos y anular cuando les convenga todo poder constituido y toda acción y decisión de la Asamblea Nacional legítima. El Poder Judicial, arrodillado ante el Ejecutivo, elimina toda decisión de la AN. [y] Esta prolífica creatividad dictatorial recientemente ha inventado una ley constitucional "antibloqueo", también supraconstitucional para deshacer y hacer lo que quiera la dictadura arbitrariamente sin información ni autorización, a escondidas del "pueblo soberano"[11].

Es decir, para entender la situación en la cual vivimos, y en particular ante la farsa electoral prevista para el próximo domingo 6 de diciembre, creo que es de interés que fijemos al menos los siguientes cinco hechos políticos que están condicionando lo que está sucediendo ahora en nuestro país, y que tendrán sin duda, sus repercusiones futuras a partir del domingo, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional:

---

[10] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Asalto al poder y sus consecuencias para la democracia" discurso en el Acto de recepción del Premio Francisco De Venanzi la trayectoria del Investigador Universitario, en el Consejo de desarrollo Científico y Humanístico y la Asociación para el progreso de la Investigación Universitaria, UCV, 15 de marzo de 2002, en: http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%20853.%20DISCURSO%20PREMIO%20VENANZI%20UCV%202002.pdf

[11] Véase Luis Ugalde S.J,, "Consulta popular," en *América 2.1*, 25 de noviembre de 2020, en: https://americanuestra.com/luis-ugalde-consulta-popular/

Primer hecho: que en Venezuela, la única institución del Estado con legitimidad democrática es la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, en una votación que fue una manifestación de rebelión popular contra el autoritarismo que le dio a la oposición el control de la mayoría calificada en la misma. Por tanto, un régimen que estaba habituado desde 2005 a controlar a su antojo a la Asamblea Nacional[12], a partir de 2016 no hizo otra cosa sino tratar por todos los medios de ahogar a la Asamblea Nacional, despojándola de su autonomía y de sus funciones. Y ello efectivamente lo comenzó a hacer a los pocos días de la elección de diciembre de 2015, a través del inconstitucional nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, para asegurarse el control absoluto del mismo. Así se explica que en Venezuela el más destacado símbolo de la injusticia haya sido el que supuestamente es el más alto tribunal de justicia, lo que los universitarios bien sabemos por todas las decisiones antes mencionadas tomadas contra la autonomía universitaria.

Ese Tribunal, en el último lustro, ha anulado sistemáticamente todas, sí, todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional a partir de 2016; ha eliminado las funciones de la Asamblea Nacional de control sobre el gobierno, y ha usurpado la totalidad de la función legislativa[13], al punto incluso de delegarla inconstitucionalmente en órganos subalternos como lo hizo hace unas semanas en materia electoral en el Consejo Nacional Electoral, al cual también nombró inconstitucionalmente usurpando las funciones de la Asamblea.

Segundo hecho: que en violación del derecho del pueblo que es el único que puede convocar mediante referendo una Asamblea Constituyente, Nicolás Maduro convocó una a su antojo en 2017, violando la

---

12 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015,* (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

13 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el poder ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017.

Constitución – como lo hizo también a su antojo y violando la Constitución Hugo Chávez en 1999. Esa nueva inconstitucional y fraudulenta Asamblea Constituyente se eligió entonces mediante un sistema electoral de corte fascista, violatorio de la universalidad del voto[14], habiendo usurpado la función legislativa de la Asamblea Nacional. Y fue esa Asamblea Constituyente la que, usurpando también las funciones del Consejo Nacional Electoral, procedió a convocar una elección presidencial anticipada que se realizó el 20 de mayo de 2018, en realidad, con el único propósito de "reelegir" anticipadamente a Nicolás Maduro para el período 2019-2025.

Tercer hecho, que dicha elección o supuesta reelección fue desconocida tanto por toda la comunidad institucional del país como por la mayoría de la Comunidad internacional, siendo calificada por la Asamblea Nacional, el 22 de mayo de 2018 como una farsa, pues se realizó sin que se garantizara ninguna de las condiciones mínimas para unas elecciones libres y justas. La Asamblea Nacional, por tanto, como órgano de representación popular, desconoció formalmente su supuesto resultado, es decir, la supuesta reelección de Maduro, que fue declarada como ilegítima e inexistente[15]. Así fue también declarado y considerado por la mayor parte de la Comunidad internacional, entre otros, por los países del Grupo de Lima y por la Organización de Estados Americanos[16].

Ello implicó que para cuando llegó el momento de la toma de posesión del Presidente de la República para el período 2019-2025, como en el país no había presidente alguno electo legítimamente, la Asamblea Nacional, única institución del Estado con legitimidad democrática, en

---

[14] Véase Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Editores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017,* Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017.

[15] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores, (*Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

[16] Véase los comunicados en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, Iniciativa Democrática de España y las Américas Editorial jurídica Venezolana International, 2020.

enero de 2019, después de declarar al Sr. Maduro como usurpador, en su carácter de intérprete primario de la Constitución, y ante la falta absoluta de presidente legítimo que pudiera tomar posesión del cargo, reconoció al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado conforme a la Constitución, dictando el Estatuto para la transición democrática con vigencia hasta que cese la usurpación y se puedan realizar elecciones presidenciales libre y justas en el país. Ello fue respaldado por la comunidad institucional nacional, y en la comunidad internacional por más de cincuenta Estados, incluyendo esta vez también a la Unión Europea[17].

Cuarto hecho, que ante la necesidad de elegir los diputados que deben integrar la próxima Asamblea Nacional que debe tomar posesión el 5 de enero de 2021 en sustitución de los diputados electos en diciembre de 2015, para buscar asegurarse por todos los medios el control de la misma, el régimen ha armado un *tinglado* de lo que en algún escrito califiqué como un gran "Circo Electoral," cuya función está prevista a realizarse dentro de dos días, el 6 de diciembre de 2020, calificado con razón por Alberto Barrera Tyszka en un artículo publicado hace unos días el *The New York Times*, como un "espectáculo paradójico […] un espejismo democrático para aniquilar el último resquicio de democracia que queda en el país"[18].

Para ello, primero, el régimen utilizó de nuevo al Tribunal Supremo de Justicia, para que, sumiso, una vez más nombrara inconstitucionalmente a un nuevo Consejo Nacional Electoral con miembros todos sometidos y controlados, violando las exigencias constitucionales y usurpando las funciones de la Asamblea Nacional; segundo, le delegó inconstitucionalmente a dicho Consejo la potestad de legislar y reformar la Ley Orgánica de los Procesos Electorales que solo corresponde en exclusiva a la Asamblea Nacional. Dicho Consejo efectivamente reformó dicha ley mediante reglamentos, violando los principios cons-

---

[17] Véase José Ignacio Hernández G., *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020.

[18] Véase Alberto "Barrera Tyszka, Elecciones en Venezuela: Una vieja película, en *The New York Times*, 29 de noviembre de 2020, en https://www.nytimes.com/es/2020/11/29/espanol/opinion/elecciones-venezuela.html

titucionales más elementales sobre votación personalizada, representación proporcional, y voto universal, directo y secreto; y finalmente el mismo Tribunal Supremo procedió a secuestrar a las directivas de materialmente todos los partidos políticos de oposición, para que con representantes designados *ad hoc*, bien amaestrados, por cierto, participaran en la función circense[19].

Y así lo han hecho; y lo más grave, en medio de las más serias violaciones a los derechos humanos, tal como lo han constatado hace pocas semanas la Misión Independiente para Venezuela y la Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[20], aspecto que ha sido reiterado más recientemente en el Informe del Asesor Especial sobre responsabilidad de proteger del Secretario General de la Organización de Estados Americanos[21], considerando que el Jefe de Estado y altos funcionarios del gobierno podrían estar incursos en delitos de lesa humanidad, lo que llevó al propio Secretario General de la Organización de Estados Americanos, a expresar, el pasado 16 de septiembre de 2020, que:

> "es absurdo pensar que los criminales de lesa humanidad que reprimen y eliminan oposición y disidencia puedan organizar elecciones libres y justas"[22].

---

[19] Véase Allan R. Brewer-Carías, Román José Duque Corredor, Rafel Badell Madrid, José Ignacio Hernández, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios No. 124, Caracas 2020.

[20] Véase Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos,* Editores Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

[21] Véase la Nota de Prensa: "El **Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, y el Asesor Especial sobre la Responsabilidad de Proteger de la OEA, Jared Genser,** publicaron hoy un informe que reafirma que existe una base razonable para concluir que el régimen de Nicolás Maduro ha estado cometiendo crímenes de lesa humanidad en Venezuela desde el 12 de febrero de 2014, y que condena a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) por inacción ante estos crímenes." 2 de diciembre de 2020, en https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-122/20

[22] Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre Informe de la ONU sobre crímenes de lesa humanidad en Venezuela, 16 de septiembre de 2020; disponible en:

De igual forma, las Academias de Ciencias Políticas y Sociales y Nacional de Medicina han expedido ayer 3 de diciembre de 2020 una Declaración expresando, entre otras cosas, que:

> "Las votaciones no democráticas no eligen. Unas votaciones bajo este cúmulo de vicios y múltiples violaciones de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son incapaces de elegir. Todo acto que viola los derechos garantizados en la Constitución es nulo, y de su nulidad no puede derivarse consecuencia alguna, pues equivale a un acto inexistente. Por tanto, del evento convocado para el 6 de diciembre es imposible derivar una elección de los nuevos diputados que sustituirán a los actuales diputados electos legítimamente el diciembre de 2015"[23].

En definitiva, como lo expresó el Editorial de Analítica hace dos días, "votar ahora no es votar como en el pasado, sino participar y apoyar una ficción anticonstitucional"[24], pudiendo intuirse por las informaciones públicas conocidas, que el Circo montado lo que podría resultar es en un gran fiasco. Es decir, todo apunta a que es posible que en el país ocurra una nueva rebelión popular electoral, como la de 2015, pero esta vez manifestada como resistencia pasiva, pues ni con la propaganda brutal y masiva que se ha despilfarrado en medio de tantas necesidades, se podrá evitar lo que parece ser inevitable, y es la previsible y masiva abstención electoral que además, parece que será ayudada por la cuarentena que el propio país quizás se auto decrete para el día 6 de diciembre, de no salir de su casa salvo para lo vitalmente indispensable. Ello, aún con el riesgo de que de manipulen las cifras, además, podría poner en evidencia la ausencia total de participación, lo que es difícil que cambie ni siquiera con los miserables chantajes del régimen, prime-

---

https://www.oas.org/es/cen-tro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-096/20

23 Véase Pronunciamiento Conjunto de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de la Academia Nacional de Medicina, "Las Academias Nacionales ante las pretendidas votaciones parlamentarias para el 6 de diciembre de 2020," 3 de diciembre de 2020.

24 Véase el Editorial: ¿Y ahora qué?, en *Analítica,* 2 de diciembre de 2020, disponible en: https://www.analitica.com/el-editorial/y-ahora-que-25/

ro, de amenazar a los funcionarios con despidos: "El que no vote, que lo boten" dijo ayer una ex ministra del régimen[25], o de ofrecer comida y dádivas a cambio de votos: "El que no vota no come"[26] dijo amenazante otro alto personero del régimen, con lo cual, como lo ha escrito hace unos días Laureano Márquez, distinguido egresado de esta Casa de Estudios, lo que le interesa al régimen que ya "ha descendido a unas cotas de crueldad que resultaban inimaginables, incluso para quienes abrigábamos las más pesimistas expectativas en el lejano año de 1998," es –dijo Márquez–:

> "que se conozca con 'transparencia' lo que le puede suceder a quien ose desafiarle, porque el miedo es su fuerza, realmente su única fuerza: el miedo a ser torturado o asesinado, el miedo a ser encarcelado por lo que se dice o piensa y uno de los miedos más ancestrales del ser humano: el miedo a no conseguir comida, que conduce a la desesperación"[27].

Y el *quinto* hecho político al cual quería referirme, es que la realización de la inconstitucional e ilegítima elección parlamentaria del próximo domingo en ningún caso va a cambiar la ilegitimidad de raíz del régimen del Sr. Maduro, cuya viciada elección de 2018 seguirá siendo considerada como inexistente e ilegítima, y seguirá siendo desconocida por la comunidad nacional e internacional, y su carácter usurpador no cesará.

En cuanto a los supuestos diputados que puedan ser electos el 6 de diciembre, aun cuando en el Circo electoral puedan haber participado cuantos trapecistas, equilibristas, saltimbanquis y payasos se les ocurra,

---

[25] Véase "Iris valera amenaza con despidos a los funcionarios que no voten en la farsa del 6C", en *AlbertoNews*, 3 de diciembre de 2020. Disponible en: https://awsveanews.com/nacionales/ultima-hora-iris-varela-amenaza-con-despidos-a-trabajadores-publicos-que-se-abstengan-en-la-farsa-del-6dic-audio/

[26] Véase lo dicho por Diosdado cabello en el reportaje de Daniel Lozano: "Venezuela: El que no vota no come," *El Mundo*, 30 de noviembre de 2020 disponible een: https://www.elmundo.es/internacional/2020/11/30/5fc54328fc6c83306a8b45bf.html

[27] Véase Laureano Márquez, "El que no Vota no come," en *Tal Cual*. 1 de diciembre de 2020, en https://talcualdigital.com/el-que-no-vote-no-come-por-laureano-marquez/

la misma, carece de las más mínimas condiciones electorales para pueda configurarse como una elección libre, justa, competitiva y auditable; situación que como lo alertó el pasado 12 de Noviembre, la Misión de Estudio Idea internacional y la Universidad Católica Andrés Bello en su Informe sobre el deterioro de dichas condiciones, para el 6 de diciembre "llega a su máxima expresión"[28]. Por ello, dicha supuesta elección no pasará de ser otra elección ilegítima que, como tal, primero, le impedirá a los supuestos electos asumir legítimamente la legislatura a partir del 5 de enero; y segundo, también le impedirá a los actuales diputados electos hace 5 años, poder entregar el mandato legislativo a quienes no tienen legitimidad para ejercerlo.

En esa situación, como el Bloque Constitucional de Venezuela lo expresó el pasado 15 de septiembre de 2020:

> *"*en razón del principio de *necessitas* (necesidad política), fundamento del artículo 333 constitucional, y del Estatuto que Rige la Transición a la Democracia, hasta tanto no se realice una elección parlamentaria libre, justa, y competitiva, basada en el principio de integridad electoral, la voluntad soberana depositada en los diputados incumbentes debe ser preservada, para evitar una disrupción constitucional parlamentaria y la liquidación de la República"[29].

Tres días después, el 18 de septiembre de 2020, el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta Casa de Estudios, también expresó que:

> "la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, con base en el principio de continuidad constitucional, debe permanecer en

[28] Véase el texto en Deisy Martínez, "Informe Idea/Ucab alerta sobre el profundo deterioro de las condiciones electorales del 6D" en *Efecto Cocuyo*, 12 de noviembre de 2020, disponible en: https://efectococuyo.com/politica/informe-idea-ucab-alerta-sobre-profundo-deterioro-de-las-condiciones-electorales-en-parlamentarias-2020/

[29] Véase el texto de la declaración en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, Iniciativa Democrática de España y las Américas Editorial jurídica Venezolana International, 2020, pp. 262 ss.

> el ejercicio de sus funciones hasta tanto se realicen las elecciones, cumpliendo con los extremos constitucionales y legales, para la escogencia de los nuevos diputados. Esta irrefutable consecuencia está respaldada por una interpretación sistemática de la Constitución que no deja lugar a dudas, así como por los precedentes constitucionales pacíficamente aceptados, a que se contraen los casos de extensión de los períodos de gobernadores, alcaldes, concejales y, muy especialmente, diputados a los Consejos Legislativos Regionales, como consecuencia de la carencia de elecciones para dichos cargos por un tiempo prolongado, luego de la expiración de los períodos para los que fueron electos"[30].

Antes, también, 16 de julio de 2020, incluso los profesores de la C*átedra de Derecho Constitucional* de esta misma Universidad Central*,* fueron más específicos al exigir a la directiva de la Asamblea Nacional que defina cómo el:

> "simulacro de elección del 6 de diciembre de 2020, no produce efecto alguno y que, en consecuencia, con base en los valores democráticos y en los principios constitucionales axiológicos de toda institucionalidad, la actual Asamblea Nacional continuará en el ejercicio de sus funciones constitucionales hasta tanto se produzca la restauración democrática y una elección que cumpla los parámetros que permitan su reconocimiento en todos los ámbitos, nacional e internacional"[31].

Conforme a esta doctrina del Bloque Constitucional, del Consejo de nuestra Facultad de Derecho y de los profesores de derecho constitucional, es claro por tanto que la consecuencia de todo el Circo electoral

---

[30] El texto está disponible en: https://twitter.com/dirderechoucv/status/1307318414 332096512.

[31] Véase Comunicado "Convocatoria elecciones parlamentarias 2020: Estado fallido y sus procesos forajidos," Disponible en: https://www.scribd.com/document/4738417 29/Pronunciamiento-Elecciones. Véase el texto también en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, Iniciativa Democrática de España y las Américas Editorial jurídica Venezolana International, 2020, pp. 228 ss.

montado, no será otra, sino que los diputados de la Asamblea Nacional electos en 2015 deberán continuar en sus mandatos hasta que se pueda realizar una nueva elección con las garantías democráticas necesarias.

Por lo demás, hay que recordarle a los ingenuos - para no usar otro calificativo - que se han prestado para participar en el inconstitucional y fraudulento espejismo electoral, que aun cuando fueran electos y la Asamblea resultante llegara a funcionar, no serían más que un monigote inocuo porque, por una parte, la llamada Ley Antibloqueo le atribuyó todo el poder de legislar al Ejecutivo y le quitó a la Asamblea todo el poder de legislar; y por la otra, si se cumple lo anunciado por algunos voceros de la Asamblea Constituyente de constitucionalizar al Poder Popular, dicha Asamblea Nacional quedaría diluida entre una multitudinaria Asamblea del Poder Popular, no sirviendo en definitiva para nada. Y para esos ingenuos, finalmente, basta recordarles el sencillo interrogante que les formuló recientemente el profesor Ángel Álvarez de esta Casa de Estudios:

> "supongan que ganan la mayoría (como en 2015 o más) ¿qué les hace pensar que podrán ejercer sus cargos, aprobar leyes y propiciar algún cambio? ¿Por qué ustedes sí y los anteriores no?"[32].

Respetada Rectora y queridos amigos todos quienes nos acompañan en este acto, en esa situación que todos conocemos bien, en la cual hoy nos encontramos en el país, lo dicho realza en mi criterio la importancia que tiene frente a la farsa electoral del 6 de diciembre, la Consulta Popular convocada conforme lo permite la Constitución para ser realizada a partir del próximo lunes 7 de diciembre, y en la cual, el mismo pueblo que seguramente se rebelará con su resistencia pasiva el 6 de diciembre, podrá ejercer el derecho de expresar activa y libremente su voluntad por el restablecimiento de la democracia en el país, como lo hizo en la Consulta de julio de 2017, para rechazar ahora la farsa electoral y solicitar a la comunidad internacional su desconocimiento; exigir

[32] Citado por Laureano Márquez, " El que no Vota no come," en *Tal Cual*. 1 de diciembre de 2020, en https://talcualdigital.com/el-que-no-vote-no-come-por-laureano-marquez/

el cese de la usurpación de la presidencia por parte del Sr. Maduro; y la realización de elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables para rescatar nuestra democracia, atender la crisis humanitaria y proteger al pueblo de los crímenes de lesa humanidad.

Esa Consulta Popular, como nos lo recordó con razón hace unos días el académico padre Luis Ugalde S.J., es:

> "para que el mundo y nosotros mismos nos escuchemos en un sí rotundo y unitario al cambio;" es para "decir al mundo y a nosotros mismos lo que significa la farsa del 6D."[33]

****

Respetada Rectora magnífica, Ud., con sus ejecutorias, ha asegurado la supervivencia de nuestra Casa de Estudios, en medio de las más grandes dificultades y problemas, y en medio de tanto esfuerzo desplegado por el régimen para acabar con la democracia en el país, y con la autonomía de la Universidad, por lo que, para concluir, solo quiero expresarle cuán agradecidos estamos todos los Ucevistas por su actuación.

Igualmente, mi agradecimiento a la Asociación de Egresados de esta Universidad por el premio otorgado, y a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por haber tomado la iniciativa de presentar mi candidatura.

Finalmente, mi agradecimiento a todos por la realización de este acto de recepción del mismo, como si estuviésemos efectivamente en nuestra Aula Magna, lo que me ha permitido expresarme por esta vía debido a la Pandemia.

Este Premio, en todo caso, se lo dedico a Ud. Sra. Rectora; a todos los Egresados Ucevistas; a todos los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; y, además, en particular a Beatriz mi esposa, quien desde antes de graduarme y de ser Egresado de esta Casa de Estudios, y durante los últimos sesenta años, ha aceptado y permitido

---

[33] Véase Luis Ugalde S.J,, "Consulta popular," en *América 2.1*, 25 de noviembre de 2020, en: https://americanuestra.com/luis-ugalde-consulta-popular/

que yo le haya dedicado innumerables horas, días, fines de semana y vacaciones al estudio y la investigación, promoviendo esta Alma Mater, que es de ambos; habiéndome apoyado y habiendo aceptado no solo la progresiva invasión de libros en la casa, sino las innumerables privaciones que ha implicado mi vida académica – acompañadas también debo decirlo, de muchas satisfacciones - , asumiendo entre otras cosas importantes el rol aún más importante de haber sido conductora de la familia, al punto de que nuestros nietos ya la han nombrado, con razón Presidenta la "Fundación Familia." Por ello el Premio va también dedicado a nuestros hijos Allan, Michelle y Eric, y a nuestros nietos Allan, Mark, Andrés Eduardo, Nicolás, Kevin, Federica, Lucas, Mateo y Alana; y a los biznietos, Dylan y Allan Andrew, para cuando lo sepan.

Ha sido sin duda gracias a ella, y a todo el amor que permite la comprensión, que he podido hacer todo lo que hecho y que ahora se refleja en este reconocimiento por los Egresados de esta Casa de Estudios, a quienes también quiero agradecer una vez más por su generosidad.

Muchas gracias a todos por haber estado aquí.

IX JORNADAS ANÍBAL DOMINICI.
DERECHO PROBATORIO
HOMENAJE AL
DR. SALVADOR YANNUZZI RODRÍGUEZ
26 Y 27 DE NOVIEMBRE 2020.

PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 99-102 ISSN: 0798-1457

En el contexto de la IX ***Jornada Aníbal Dominici***, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se une jubilosa a la valiosa iniciativa de rendir homenaje a la obra científica y docente del profesor Salvador Yannuzzi Rodríguez, individuo de número de esta centenaria corporación y actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Consideramos propicia la oportunidad para exhibir la estatura y estructura académica del jurista Salvador Yannuzzi Rodríguez: Un edificio intelectual anclado en profundos cimientos del sentido común, armado en sólidas columnas y bigas de ciencia y encofrado en sólida experiencia sobre la realidad.

Su magisterio y carisma intelectual han dejado huella profunda en la formación de muchas generaciones de juristas. Más de 40 años impartiendo clases de derecho procesal civil, derecho de pruebas y derecho mercantil. Ante todo, sus enseñanzas son una permanente lección de humanismo. Representa el compromiso del intelectual con su tiempo y con su sociedad, haciendo siempre evidente que **"[el] Derecho está hecho para el ser humano y no el ser humano para el derecho"**.

Este es un homenaje sincero y merecido al Profesor Salvador Yannuzzi Rodríguez que organiza la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, siempre con el entusiasmo contagioso de su presidente Dr. José Getulio Salaverria Lander, miembro colaborador de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Para la corporación es una obligación institucional reconocer a quién desde la ciencia promueve y defiende, con razón y con pasión, la dignidad del Derecho y del serio oficio de la docencia universitaria. A quien prestigia con su trayectoria y con su esfuerzo continuo la institucionalidad académica.

Para mí es un honor rendir homenaje a mi amigo y colega Salvador Yannuzzi Rodríguez. Enhorabuena.

Dr. Humberto Romero-Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Fort Lauderdale, 20 de noviembre de 2020

SALVADOR YANNUZZI: UNIVERSITARIO Y ACADÉMICO

DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR.*

* ExMagistrado, profesor de la UCAB, de la UCV y de la UMA. Expresidente e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 103-109 ISSN: 0798-1457

Dr. José Getulio Salaverria, presidente y demás directivos y miembros de la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, organizadora de las IX Jornadas Aníbal Dominici y auspiciadora del Homenaje al Dr. Salvador Yannuzzi;
Dr. Salvador Yannuzzi y Señora de Yannuzzi y demás familiares;
Distinguidos ponentes;
Apreciados participantes de las IX Jornadas Aníbal Dominici.

Dos ideas de mi Padre me sirven para mis breves palabras de inicio del homenaje a Salvador Yannuzzi Rodríguez en estas IX Jornadas Aníbal Dominici. La primera idea, que los homenajes han de celebrarse en vida del homenajeado para que pueda apreciarlo y no después de fallecido para que sus familiares y quien lo conoció valoren quién fue el homenajeado. Y la segunda idea, que los curriculum vitae dicen como se ha sido, pero no cómo se es. A estas ideas de mi padre, me permito agregar, que los homenajes hacen posible apreciar cómo el homenajeado es por lo que ha sido. Parece un juego de palabras, pero, en verdad, cuando celebramos un homenaje a una personalidad es que valoramos cómo ha sido y para que el homenajeado conozca lo que se piensa cómo es, por lo que en vida ha de recibirlo. Pues bien, para que Salvador Yannuzzi Rodríguez, aprecie lo que de él se piensa, en vida, se le rinde este homenaje, para su satisfacción personal y de su familia y en reconocimiento de cómo se valora lo que ha sido y por lo que es. Mérito este de la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal que dispuso celebrar las IX Jornadas Aníbal Dominici en su homenaje. Me permitiré, al referirme al homenajeado, decirle Salvador, por razón de que por un afecto y de una fraternidad cercana, he sido testigo de su curriculum, desde estudiante, que justifica este homenaje en su honor.

Salvador, es un caraqueño, de una familia de las que se ha nutrido nuestra sociedad. Llena de valores. Propios de la inter culturización de genes heráldicos de Campania, Cosentino y Puglia italianos y de guayaneses venezolanos, hoy de prosapia acrisolada en la Familia venezolana Yannuzzi Rodríguez, de cuyos cuatro hijos, Salvador es el tercero. Y que hoy es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y profesor acreditado de derecho procesal civil y especialmente de su rama de convicción de la certeza jurídica, como lo es el derecho probatorio. Es decir, un reconocido jurista, lo que es todo un mérito, porque según el profesor Warren Cusak, de la Universidad de Oxford, "*es una distinción, un reconocimiento, en cuanto tal, nadie se llama a sí mismo jurista, sino que es la comunidad jurídica la que reconoce a alguien como "jurista*". Lo cual es de mayor mérito, porque al decir del filósofo español Roque Barcia, "*hay muchos abogados; no hay tantos letrados; hay muy pocos jurisconsultos; y es muy raro encontrar un jurista*". El jurista Salvador Yannuzzi Rodríguez, es, pues, un orgullo para su familia y para la abogacía venezolana y un orgullo también para quienes lo conocimos de joven estudiante, y compartimos con él la docencia universitaria y para quienes hoy somos profesores bajo su decanato en la Universidad Católica Andrés Bello y para quienes junto con el somos copartícipes de la distinción de individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Ese joven estudiante, profesor excelente y decano prestigioso, ocupa el Sillón 31 de esta Academia, en el que sucedió al Dr. Emilio Pittier Sucre, destacado procesalista probacionista, y que anteriormente han ocupado juristas de la talla de los doctores Gustavo Manrique Pacanis y Eloy Lares Martínez. Su elección para el Sillón 31 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales lo fue en la sesión ordinaria de 17 de abril de 2018 y su incorporación en la sesión solemne, en el Paraninfo del Palacio de Las Academias, el 5 de febrero de 2019, y su trabajo de incorporación versó sobre «*El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*». Trabajo este verdadero tratado de derecho probatorio porque comprende desde el concepto de prueba, el derecho la prueba, la comunidad de pruebas, el principio de incorporación de la prueba, las pruebas incorporadas por el juez, las pruebas

anticipadas y las pruebas aportadas por terceros. Trabajo, que según el académico Rafael Badell Madriz, en su discurso de contestación a la incorporación a la Academia de Salvador Yannuzzi Rodríguez, "*no solo es de significación especial en materia de derecho procesal civil y mercantil, incluso penal, sino también de importancia fundamental respecto del proceso constitucional y del proceso contencioso administrativo*". Y trabajo también cuyo contenido evidencia la calificación que a Salvador le dio dicha Academia de abogado "*de reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas"*. Condición esta que la Ley de esta Academia exige para la elección de individuo de número. Y ello, porque Salvador, cumple plenamente con las otras condiciones exigidas de haber escrito obras reputadas sobre Ciencias Políticas y Sociales, y haber desempeñado por más de cuatro años en Universidades cátedras sobre tales materias.

Pienso, que el mejor reconocimiento que puede hacerse a un abogado, es el de calificarlo de "jurista", porque, como señalaban los romanos, con ese título se le reconoce además de su dominio del derecho, que en el ejercicio de su profesión es un ejemplo de quien lo practica y posee. Porque como abogado es capaz de responder, actuar, razonar, decidir e instruir. Por estas cualidades, una persona puede ser a la vez un abogado y jurista, pero un jurista no es necesariamente un abogado, ni un abogado necesariamente un jurista. El jurista posee un amplio conocimiento de la ley. El trabajo del jurista es el estudio, el análisis y la disposición de la ley. En cambio, el trabajo del abogado es la defensa jurídica y la asistencia judicial de las personas particulares. Por ello, en palabras del filósofo español Roque Barcia, que mencione anteriormente, "*el abogado debe ser probo, diligente, entusiasta; el letrado, estudioso; el jurisconsulto, prudente; el jurista, erudito*". De Salvador pueden decirse todas esas cualidades.

Su hoja de vida es un testimonio de la condición de Salvador de abogado-jurista. La relación de su actividad profesional así lo demuestra, después de haber obtenido su título de abogado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1975, con los más altos promedios, puesto que ha sido profesor ininterrumpidamente en esta Universidad de las asignaturas de Clínica Jurídica, Juicio Simulado, Derecho Sucesoral, Teoría General de la Prueba, Prácticas de Civil y Mercantil, y se ha

desempeñado como Jefe de la Cátedra de Prácticas del Tercer Nivel y Jefe de la Cátedra de la asignatura Teoría General de la Prueba, hoy de Derecho Probatorio Profundizado. Asimismo, jefe del Departamento de Prácticas de la Facultad de Derecho. Y profesor de Teoría General de la Prueba I y II, tanto en Pregrado como Postgrado; y en Prácticas de III Nivel en el área de Pregrado y ambas asignaturas las imparte tanto en la Universidad Católica Andrés Bello como en la Universidad Central de Venezuela. Igualmente obtuvo una maestría en Historia de Venezuela en la Universidad Católica Andrés Bello, de la cual, desde 2016, es prestigioso Decano de su Facultad de Derecho.

Igualmente, Salvador, es reconocido por su ejercicio permanente de la abogacía como litigante, de los Escritorios Jurídicos Cabrera-Silva, y Terán, Yannuzzi y Asociados; consultor jurídico de diferentes empresas y por su participación como árbitro en los centros de arbitrajes de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Y por su aporte a través de más de 25 artículos e investigaciones, ha contribuido con la doctrina jurídica y se ha destacado como conferencista, entre otras en las Jornadas Aníbal Dominici y en las Jornadas J.M. Domínguez Escobar.

A esta hoja de vida profesional, me atrevo agregar un elemento que, en su actividad como jurista, a mi juicio, es un importante estímulo, como lo ha sido y lo es, que unió su destino al de su señora esposa, Isabel Lafée Dominici, bisnieta de otro gran jurista venezolano, como lo fue el Dr. Aníbal Dominici, ilustre barcelonés, fundador y numerario de la Academia Venezolana de la Lengua y el primer ministro de educación en Venezuela. Y quien fue Rector de la Universidad Central de Venezuela en dos oportunidades y donde ejerció las cátedras de Código Civil y de Código de Comercio desde 1885 a 1897 y ocupó la presidencia de la Corte Superior de Justicia del Distrito Federal. Y fue autor de los célebres "*Comentarios al Código Civil" y al Código de Comercio*, que forman una edición de 5 tomos publicados entre 1896 y 1905. Me permito asegurar, que entiendo que el amor acendrado de Salvador por el derecho es igualmente parte del amor por la bisnieta del Dr. Aníbal Dominici, por lo que, habiéndose destinado las presentes Jornadas que llevan su nombre para rendir un homenaje a Salvador, de este homenaje también participa su esposa, Isabel Lafée Dominici.

Entenderán ustedes, la importancia de los homenajes en vida a quien por su curriculum se le reconoce su valor por lo que es y por lo que ha sido. Como en el caso de Salvador Yannuzzi Rodríguez, a quien por su condición de jurista connotado en estas IX Jornadas Aníbal Dominici se le rinde un reconocimiento al celebrarse en su homenaje. Se ha dicho que la mejor forma de recordar a los grandes escritores, científicos, filósofos, o personas que hayan sido trascendentales en la sociedad, es través del legado de sus ideas y sus pensamientos transmitidos en vida, que pasan de generación en generación gracias a sus libros, artículos y, por supuesto, por su ejemplo. Y si el homenaje se hace en vida, tiene un mayor significado. Porque quien lo recibe aprecia como se valora lo que ha sido y es. Por lo que, con la licencia, de los participantes en este homenaje y en estas IX Jornadas Aníbal Dominici, me permito afirmar que el curriculum de Salvador Yannuzzi Rodríguez se confirma lo que decía Albert Einstein, que, "*Dar el ejemplo no es la principal manera de influir sobre los demás; es la única manera"*. Salvador, tú, has influido en nosotros y por eso te lo retribuimos con un honor que acrecienta tu hoja de vida para tu satisfacción y orgullo de tu familia y para el prestigio de nuestra abogacía.

Barcelona, 27 de noviembre de 2020

UN SALUDO AL DECANO YANNUZZI DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN.*

* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2015-2017).

Páginas: 111-114 ISSN: 0798-1457

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila se complace enormemente en saludar al decano Salvador Yannuzzi con ocasión de la realización de estas Jornadas Aníbal Dominici 2020 en su honor.

El temario seleccionado para estas Jornadas, Derecho Probatorio, ha sido la materia a la cual el decano Yannuzzi ha dedicado -especialmente- su muy extensa trayectoria docente y académica, que abarca varias décadas de constante y valiosa labor educativa principalmente en su alma mater, la Universidad Católica Andrés Bello, en donde miles de estudiantes se han beneficiado de sus amplios conocimientos científicos y de la claridad de sus exposiciones en clase. El hecho de haber dedicado su labor docente principalmente al tema probatorio ha acercado al decano Yannuzzi a ese campo tan especial -y a veces tan esquivo para los estudiantes- que une la teoría con la práctica, y eso también lo ha puesto en evidencia el decano Yannuzzi con su trabajo docente en los cursos de Práctica Jurídica que ha dictado en sus años como profesor de pregrado. Ahora que la educación universitaria busca dar mayor énfasis al desarrollo de las "competencias" del "profesional en formación", las asignaturas que se imparten destacando su parte "práctica" adquieren mayor importancia en el proceso de educación del estudiante de Derecho. La Universidad Católica Andrés Bello ha tenido la fortuna de haber contado con el profesor Yannuzzi durante tanto tiempo en su labor de aulas y ahora como el Decano de su Facultad de Derecho. Por ello, este homenaje que le rinden los diferentes entes académicos del país, guiados por el ánimo imbatible del más conspicuo promotor de la cultura jurídica del Oriente del país, el muy apreciado colega José Getulio Salaverría Lander, es también un homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Pero también la Universidad Monteávila ha contado con la generosa colaboración del decano Yannuzzi. Hemos podido contar con su participación en nuestro Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje (PREAA), en el cual abordó temas de su especialidad, pero en el marco del procedimiento arbitral, y en cuyas clases además aportó su bagaje profesional y su experiencia práctica como destacado abogado litigante y serio árbitro en asuntos mercantiles. Para quienes hemos pasado alguna parte de nuestras vidas en el ambiente universitario y profesional venezolano es motivo de particular complacencia ver que en estas Jornadas se honra a un íntegro profesor universitario, quien con constancia ha dejado su marca en el mundo jurídico nacional. Su labor está a la vista de todos y es reconocida por todos. De ello hay prueba fehaciente.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila se une a este homenaje que se expresará en las palabras que dirigirán los expositores convocados a estas Jornadas, en donde se reúnen destacados profesores y abogados, especialistas en los temas del Derecho Probatorio, quienes de una u otra manera, son tributarios, como también lo es toda la comunidad jurídica nacional, de la destacada labor docente del decano Yannuzzi, y por la cual los universitarios del país estamos muy agradecidos, por su ejemplo y por su dedicación a la formación de los mejores abogados.

EMPRESAS DIGITALES Y PRUEBA DEL VÍNCULO LABORAL.*

PROF. CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA.**

SUMARIO

1. Preámbulo. 2. Relación de trabajo: puntales para determinar su existencia. 2.1. Subordinación o dependencia. 2.2. Primacía de la realidad. 2.3. Catálogo de indicios. 2.4. Presunción de existencia. 2.5. Justicia laboral. 3. Vicisitudes probatorias: presunción e indicios. 4. Plataformas tecnológicas y servicios bajo demanda. 5. Epílogo.

---

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna. Asimismo, las cursivas y corchetes en citas textuales son míos, salvo que se especifique lo contrario.

** Profesor-investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social y Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Profesor en el Curso de Derecho Constitucional Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Bogotá). Profesor invitado en los cursos de especialización en Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela).

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 115-140 ISSN: 0798-1457

prueba. Evidencia que tienen un matiz más de plausibilidad que de inverosimilitud
verdad. Ingeniosa mixtura de lo que es deseable y lo que es aparente

Ambrose Bierce, *Diccionario del Diablo*

1. PREÁMBULO

Las empresas ensambladas en torno a tecnologías de la información y la comunicación suelen provocar hondas hesitaciones en la oportunidad de calificar la naturaleza jurídica de los servicios personales ejecutados en su ámbito.

Evanescen los centros de trabajo y, con ellos, horarios, puestos y supervisión personal. Una densa penumbra parece rodear la prestación del servicio, despojado de las coordenadas arquetípicas que permitían intuir[1] –sin mayor esfuerzo– la existencia de una relación de trabajo.

En tiempos en que cunde una especie de erótica ensoñación en torno a *empresas sin trabajadores* y *trabajadores autónomos sin empresa*, dichas ambigüedades facilitan el deleznable encubrimiento de relaciones de trabajo.

[1] "El concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaba claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demandara esfuerzo clasificatorio alguno. El concepto había sido concebido a partir de un tipo social dominante en cuya presencia el proceso de reconocimiento y calificación del vínculo —de percepción simple, evidente y casi intuitivo— no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva ínsita en la práctica de la utilización del *procedimiento indiciario* al que se recurre cuando, en su tiempo de modo excepcional, la dependencia no se revelaba de modo tan evidente." Adrián Goldin, *Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina*, CEPAL, Santiago, 2020, p. 17.

Jerigonza mediante, se califican –inescrupulosamente– de "socios" o "colaboradores" a quienes aparecen integrados en actividades productivas que otro organiza y dirige, extrañados de las estrategias de mercado, carentes de clientela propia, impedidos de fijar precio a su trabajo, sometidos a controles algorítmicos, sujetos a sanciones y, en ciertos supuestos, obligados a prestar el servicio personalmente, usar uniforme y exhibir símbolos corporativos ajenos.

¡Pamplinas, chapuzas, y fuegos de artificio!

¿Qué tienen en común la empresa arquetípica de la revolución industrial –centralizada, jerarquizada, asfixiante, mecanizada y monótona– con aquella otra desconcentrada, aplanada, vivificante, flexible y creativa que nos brindan –o prometen– las nuevas tecnologías de la información y la comunicación? Obvio, que ambas son empresas y, por tanto, entrañan necesariamente la combinación consciente de factores productivos para alcanzar un determinado resultado estimado valioso por su titular.

Desde la perspectiva del Derecho del trabajo, quien ostente el poder de organización del referido ensamblaje habrá de reputarse –salvo robusta prueba en contrario– empleador de aquellos que en dicho ámbito solo –o preponderantemente– presten servicios personales.

2. RELACIÓN DE TRABAJO: PUNTALES PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos[2] conciben la relación de trabajo –en términos generales– como vínculo trabado entre

[2] (i) Argentina (Ley de Contrato de Trabajo 20.744): art. 22.- Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen; (ii) Bolivia (Decreto Supremo 23570): art. 1.- Constituyen características esenciales de la relación laboral: a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto del empleador; b) La prestación de trabajo por cuenta ajena; y c) La percepción de remuneración o salario en cualquiera de sus formas de manifestación; (iii) Brasil (Consolidación de las Leyes del Trabajo): art. 3.- *Considera-se empregado toda pessoa* física que prestar *serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*; (iv) Chile (Código del Trabajo): art. 7.- Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar

por estos servicios una remuneración determinada; (v) Colombia (Código Sustantivo del Trabajo): art. 22.1.- Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; (vi) Costa Rica (Código de Trabajo): art. 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma; (vii) Cuba (Código de Trabajo): art.9.a.- Trabajador: persona natural […]que labora con subordinación a una persona jurídica* o natural y percibe por ello una remuneración; (viii) Ecuador (Código del Trabajo): art. 8.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre; (ix) El Salvador (Código de Trabajo): art. 17.- Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, es aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario; (x) Guatemala (Código de Trabajo): art. 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma; (xi) Honduras (Código del Trabajo): art. 19.- Contrato Individual de Trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a ejecutar una obra o a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, bajo la continua, dependencia o subordinación de ésta, y mediante una remuneración; (xii) México (Ley Federal del Trabajo): art. 20.- Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario; (xiii) Nicaragua (Código del Trabajo): art. 19.- Relación laboral o de trabajo, cualquiera sea la causa que le de origen, es la prestación de trabajo de una persona natural subordinada a un empleador mediante el pago de una remuneración; (xiv) Panamá (Código de Trabajo): art. 62.- Se entiende por contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, el convenio verbal o escrito mediante el cual una persona se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra a favor de otra, bajo la subordinación o dependencia de ésta. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de dependencia económica; (xv) Paraguay (Código del Trabajo): art. 18.- Contrato de trabajo es el convenio en virtud del cual, un trabajador se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un empleador, bajo la dirección y dependencia de éste, mediante el pago de una remuneración, sea cual fuere la clase de ella; (xvi) Perú (Ley de Productividad y Competitividad Laboral): art. 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; (xvii) Puerto Rico (Ley de Transformación y Flexibilidad Laboral): art. 2.1. El contrato de empleo es un contrato mediante el cual una persona jurídica o natural llamada "patrono" , contrata a una persona natural, llamado "empleado" para que éste preste servicios de naturaleza voluntaria para el beneficio del patrono o de una tercera persona, a cambio de recibir compensación por los servicios prestados, cuando los servicios son prestados por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización y bajo la dirección del directa del patrono; (xviii) República Dominicana (Código de Trabajo): art. 1.- El contrato de trabajo

una persona natural –denominada *trabajador*–, y otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *patrono* o *empleador*, a quien aquélla proporciona su esfuerzo personal, en condiciones de subordinación y/o dependencia, a cambio de una remuneración[3].

En este sentido, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), adoptada por la Organización Internacional del Trabajo el 31 de mayo de 2006[4], ofrece cinco puntales para desentrañar la existencia de una relación de trabajo: (i) clarificación de presupuestos o condiciones denotativas de la relación de trabajo, tales como *subordinación* o *dependencia*[5]; (ii) prevalencia de circunstancias fácticas vinculadas a la ejecución del trabajo y su –consecuente– remuneración; (iii) consideración de un –amplio y enunciativo– cúmulo indiciario; (iv) consagración legal –a partir de uno o varios indicios– de la existencia presunta de dicho vínculo jurídico; y (v) garantía –en sede judicial y administrativa– de la aplicación del referido régimen jurídico[6].

---

es aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta; y (xix) Venezuela (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras): art. 55.- El contrato de trabajo, es aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario.

3 Es lo que cabría denominar *carácter productivo* del trabajo, es decir, "aquel a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para subsistir, siendo indiferente [...] que el fruto directo de su trabajo sea un bien consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros directamente consumibles, un bien que resulte de su trabajo singular o de su trabajo cooperativo". Manuel Alonso Olea, *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 27.

4 Recomendación 198 OIT.

5 *Subordinación jurídica* y *dependencia económica*, como precisa el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: Organización Internacional del Trabajo, *Promoviendo empleo y trabajo decente en un escenario cambiante*, 109ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020, párr. 242, p. 108. En el presente ensayo, ambas voces se utilizarán como sinónimos, es decir, *subordinación* y *dependencia jurídica*; como resulta común en América Latina, con la excepción de Panamá (art. 62, Código de Trabajo: "Se entiende por relación de trabajo […] la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de *dependencia económica*").

6 César Augusto Carballo Mena, "Asalariados o autónomos: trastornos de identidad en el diván de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo", *Revista de Derecho Laboral*, Nº 2020-1, dirigida por Mario Ackerman, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2020, pp. 348-358.

2.1. Subordinación o dependencia

La subordinación[7] o dependencia[8-9], como rasgo denotativo de la relación de trabajo, entraña la sumisión del trabajador al poder de organización, dirección y disciplina que ostenta el titular de la unidad productiva en cuyo seno es prestado el servicio[10].

En este sentido, la Recomendación 198 OIT deviene relevante a partir de su conexión lógica con el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* y los *indicios de existencia de la relación de trabajo*: la subordinación o dependencia, como "condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo" (párr. 12), deben ser aprehendidas "principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes" (párr. 9).

2.2. Primacía de la realidad

"La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los *hechos relativos a la ejecución del*

---

7 Subordinación: arts. 9.a del Código de Trabajo (Cuba), 19 del Código del Trabajo (Nicaragua), 20 de la Ley Federal del Trabajo (México), y 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Perú).

8 Dependencia: arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina), 3 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), 7 del Código del Trabajo (Chile), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), 18 del Código de Trabajo (Guatemala), 1 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

9 Subordinación y/o dependencia: arts. 1.a del Decreto Supremo Nº 23570 (Bolivia), 23 del Código Sustantivo de Trabajo (Colombia), 62 del Código del Trabajo (Panamá), 1º y 17º Código del Trabajo (Paraguay).

10 En la obra de Ludovico Barassi, la subordinación se traduce en la "sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador". Dicho estatus, precisó catorce años después el referido autor, se origina por el hecho de que el acreedor del trabajo concentra la gestión de la actividad productiva, contextualizando así la dependencia o subordinación en el ámbito de una actividad organizada por otro, por cuenta de quien se presta el servicio. Ver, Daniel Rivas, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 24 y 25.

trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes" (Recomendación 198 OIT, párr. 9).

El párrafo transcrito consagra –a propósito de la determinación de la existencia de una relación de trabajo– el principio –de raigambre constitucional en América Latina[11]– de *primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*[12], conforme al cual la determinación de la naturaleza jurídica de una cierta modalidad de servicios personales debe atender –al margen de formalidades o apariencias– a las circunstancias fácticas en que fue ejecutado y retribuido.

2.3. Catálogo de indicios

El párr. 13 de la Recomendación 198 OIT alude a la conveniencia de prever –legislativamente o a través de otras fuentes– un catálogo –enunciativo[13]– de "indicios específicos" de la existencia de una re-

[11] Arts. 53 Constitución de Colombia (1991), 89 Constitución de Venezuela (1999), y 48.II Constitución de Bolivia (2009). Esta última, cabe destacarlo, consagra el principio de primacía de la realidad a propósito –específicamente- de la determinación de la existencia de una relación de trabajo: "Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores […y] de *primacía de la relación laboral*".

[12] Positivizado en Bolivia (arts. 48.II de la Constitución y 4.I.d del Decreto Supremo Nº 28699), Colombia (arts. 53 de la Constitución Política y 23 del Código Sustantivo del Trabajo), Nicaragua (Principio Fundamental VI del Código del Trabajo), Perú (art. 2.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo), República Dominicana (Principio Fundamental IX del Código de Trabajo), y Venezuela (arts. 89.1 de la Constitución, 18.3 y 22 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). Reconocido jurisprudencialmente, por ejemplo, en Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, y Uruguay.

[13] Tal como se desprende de la literalidad de la norma: "Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. *Entre esos indicios podrían figurar los siguientes…*". Siendo enunciativo, dicho catálogo admite otros indicios, tales como la *equivalencia de la remuneración respecto de trabajadores asalariados en ejecución de labores análogas* (jurisprudencia en Suecia, Corea del Sur y Venezuela), "*haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado*" (Código de Seguridad Social, Alemania), *concesión de permisos por ausencia* (jurisprudencia de los Países Bajos), *pago de horas extraordinarias o concesión de un descanso compensatorio por ese concepto* (*Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals,* Irlanda, julio de 2001, actualizado en 2007), *formación conferida al prestador de servicios* (jurisprudencia de Canadá), y *extinción del vínculo jurídico como consecuencia de la muerte del trabajador* (*Code of good practice: who is an employee,* Sudáfrica, 2006).

lación de trabajo", organizados en torno a dos aspectos esenciales del vínculo escrutado, es decir, modo de ejecución de trabajo y –consecuente– retribución:

> "a) El hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; y
> b) El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador".

La pluralidad de indicios de la existencia de la relación de trabajo –más allá de la clásica sujeción del trabajador a instrucciones y control patronales, horario y puesto de trabajo– pone de manifiesto, de un lado, la complejidad que puede entrañar la calificación jurídica de ciertos vínculos objetivamente ambiguos, y del otro, el polimorfismo del trabajo dependiente o subordinado, signado por la específica modalidad de organización empresarial en cuyo ámbito se inserta[14]: "no existe la subordinación: existen las subordinaciones"[15].

Me permito destacar –finalmente– que tratándose de un catálogo de indicios –y no de presupuestos– salta a la vista su carácter contingente,

[14] Así, por ejemplo, la sujeción a horario o puesto de trabajo carece de sentido si se trata de trabajadores domiciliarios o vendedores ambulantes. Lo mismo podría decirse del servicio de transporte de personas o bienes organizado mediante plataformas tecnológicas.

[15] Humberto Romagnoli, "La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo", *Cuadernos de relaciones* laborales, Nº 1. Madrid, Ed. Complutense, 1992, p. 17. Recuperado de: https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/ article /viewFile/CRLA9292110015A/32692.

esto es, que pueden –o no– materializarse en una concreta relación de trabajo, dependiendo –como fue apuntado en el párrafo precedente– de la específica organización empresarial en cuyo esfera se inserte dicho vínculo jurídico. Deviene así roto el *mito de la inmaculada subordinación* –propalado, me temo, más por interés que miopía– según el cual la más mínima mancha sobre el manto sagrado del modelo arquetípico de sumisión, forjado al calor de la revolución industrial y elevado a los altares del emergente Derecho del Trabajo, bastaría para desechar –en desprecio de la primacía de la realidad y, donde rija, de la presunción de laboralidad– la existencia de una relación de trabajo.

Por el contrario, desde una perspectiva binaria, se trata de contrastar –según su gravedad, concordancia y convergencia– el cúmulo de indicios favorable a la subordinación con aquel de signo contrario, es decir, significante de autonomía o independencia.

2.4. Presunción de existencia

El párr. 11.b de la Recomendación 198 OIT destaca que, con el objetivo de "facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo", convendría "consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios".

Dicho mecanismo, común en la legislación laboral latinoamericana[16], suele operar a partir de la prestación personal de servicios[17], recayendo sobre el beneficiario de los mismos –patrono o empleador presunto– la carga de desvirtuar dicha presunción mediante elementos fácticos –primacía de la realidad *ex* párr. 9 de la Recomendación 198

[16] Arts. 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), 8 del Código del Trabajo (Chile), 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 23 del Código de Trabajo (Cuba), 20 del Código de Trabajo (El Salvador), 21 del Código de Trabajo (Guatemala), 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), 66 del Código de Trabajo (Panamá), 19 del Código del Trabajo (Paraguay), 15 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

[17] El Código de Trabajo de Portugal prevé como dato presuntivo de la existencia de una relación de trabajo el hecho de que el servicio prestado en beneficio de otro: a) se ejecute en local perteneciente o determinado por este, b) con equipos o instrumentos de trabajo provisto por el beneficiario, c) dentro del horario impuesto por el beneficiario, d) a cambio del pago periódico de una cantidad cierta, o e) en ejercicio de funcionesde dirección o jefatura en el ámbito de la empresa (Art. 12.1.b).

OIT– que evidencien –por ejemplo– que el servicio fue ejecutado en condiciones de autonomía o independencia, o que resultan incompatibles con la obtención de medios de subsistencia[18].

2.5. Justicia laboral

La materialización del principio de protección del trabajador, piedra angular del Derecho del trabajo, impone al Estado la sanción de normas jurídicas revestidas de orden público y la adopción de medidas idóneas destinadas a garantizar su eficaz aplicación; además de tolerar –o incluso más, impulsar– la libertad sindical como derecho de organización de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses grupales o de categoría.

En este contexto se inserta el sistema de inspección del trabajo que tiene por objeto –entre otras funciones– velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales, y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes[19].

A propósito de la determinación de la existencia de una relación de trabajo –como condición para la aplicación del régimen de tutela del trabajador–, la Recomendación 198 OIT destaca la importancia de implementar políticas dirigidas a "luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas" (párr. 4.b), "eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas" (párr. 17), y "asegurar el cumplimiento

---

[18] Por ejemplo, trabajo comunitario, familiar, o altruista. En este sentido, el art. 29 del Código de Trabajo (Paraguay) excluye del ámbito del contrato de trabajo a "[l]os trabajos de carácter familiar" y a aquellos "que, sin tener carácter familiar, se ejecutan ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos y de buena vecindad". Por su parte, el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela) exceptúa de la presunción de laboralidad "aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral."

[19] Art. 3.1 del Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la inspección del trabajo, 1947.

y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo" (párr. 4.f) [20].

A los fines indicados, "[l]a autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la […] Recomendación [198 OIT], por ejemplo, a través de los *servicios de inspección del trabajo*, en colaboración con la *administración de la seguridad social*[21] y las *autoridades fiscales*[22]" (párr. 15)[23].

En definitiva, los servicios de inspección del trabajo deberán determinar la existencia de una relación de trabajo –como premisa para la aplicación de la legislación protectora– a partir –principalmente– de los hechos relativos al modo de ejecución del trabajo y la remuneración percibida (párr. 9 y 13 de la Recomendación 198 OIT)[24].

---

[20] En sentido análogo, la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal (2015) dispone que a los fines de "facilitar la transición a la economía formal, los Miembros deberían tener en cuenta […] la necesidad de prevenir y sancionar la conducta de evitar o abandonar deliberadamente la economía formal con el fin de evadir el pago de impuestos y el cumplimiento de la legislación social y laboral" (párr. 7.l).

[21] La determinación de la existencia de una relación de trabajo resulta relevante por virtud de las obligaciones patronales de contribuir al financiamiento del sistema de seguridad social y de retener del salario de sus trabajadores las contribuciones que –a idéntico fin– a estos correspondan.

[22] "El trabajador produce renta a través de la comercialización de su esfuerzo personal, y el patrono consume riqueza al adquirir la mano de obra necesaria para la realización de su emprendimiento. De ese modo, el trabajo deviene en hecho relevante para el Derecho Tributario como índice de capacidad contributiva, y en consecuencia como objeto material de obligaciones tributarias." Carlos Weffe, "El test de autonomía (contratista independiente-empleado) del Internal Revenue Service (EE.UU.). Un esbozo de aproximación a los conflictos de calificación en materia tributaria", *Revista Tripalium*, vol. II, núm. 2 - 2020, 2020, pp. 83 y 84. Recuperado de: https://tripaliumsite.files.wordpress.com/2020/05/e-revista-tripalium-nro.-2-2020-2.pdf.

[23] Las funciones de la administración del trabajo en la determinación de la existencia de una relación de trabajo aparecen ratificadas en el párr. 16 de la Recomendación 198 OIT: "Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento".

[24] Por ejemplo, en Resolución Nº 087-2016/Intendencia de Lima Metropolitana de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), se advirtió que "en atención al principio de primacía de la realidad, que exige el conocimiento de la verdad real y que los hechos deben primar sobre las apariencias, este despacho no se puede conformar con la verdad aparente, contenida en los Contratos de Locación de Servicios". Gaceta Jurídica,

Adicionalmente, debe asegurarse a los interlocutores sociales el "acceso efectivo a procedimientos y mecanismos [de naturaleza judicial o arbitral[25]] que sean expeditos, poco onerosos, justos [receptivos a una amplia gama de medios probatorios[26]] y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo (Recomendación 198 OIT, párr. 4.e)[27].

3. VICISITUDES PROBATORIAS: PRESUNCIÓN E INDICIOS

Presumida –*ex lege*– la relación de trabajo, a partir de la acreditación del carácter personal del servicio[28], recaerá sobre el *empleador presunto* la carga de desvirtuar dicho vínculo jurídico mediante la enervación de uno cualquiera de sus restantes presupuestos o rasgos denotativos, es decir, la subordinación o dependencia, y/o su carácter productivo, esto es, la idoneidad para recabar medios de subsistencia[29].

Este último rasgo, marginalmente debatido en instancias administrativas o judiciales, entraña la irrelevancia, bajo la óptica del Derecho del trabajo, de aquellos servicios ejecutados –primordialmente– por razones ajenas a la satisfacción de las necesidades vitales del trabajador,

---

Compendium Laboral, Luis Valderrama y Paul Cavalié C. (coordinadores), Lima, Gaceta Jurídica, 2018, p. 57.

25 Párr. 14 de la Recomendación 198 OIT.

26 Ibidem, párr. 11.a.

27 En sentido análogo, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el art. 8.1 ejusdem, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, mediante recurso sencillo, rápido y efectivo. La trascendencia de la tutela judicial efectiva, a propósito del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, fue puesta de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Spoltore *vs.* Argentina de 9 de junio de 2020.

28 Presunción consagrada en todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, con la excepción del uruguayo. En Venezuela dicha presunción aparece prevista en el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

29 El art. 163 de la Constitución de Weimar (1919) consagró que a "todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo". Asimismo, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas previene que "el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado". Ver: Mario Ackerman, "El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo", *Libro Memoria del I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales*, Última Edición, Caracas, 2005, pp. 258-260.

esto es, justificados por motivos altruistas, religiosos, familiares, vecinales, ideológicos, etc.[30]

Por su parte, la subordinación o dependencia jurídica, inopinable epicentro de conflictividad, coloca sobre los hombros del presunto empleador la carga de probar –si pretende desvirtuar dicho estatus– el carácter autónomo o independiente de los servicios personales. Dicho objetivo –como fue advertido en su oportunidad– no deviene alcanzado con la simple enervación de algún indicio arquetípico de la relación de trabajo. Por el contrario, impone aportar un cúmulo indiciario que, atendiendo a su gravedad, concordancia y convergencia[31], permita al juzgador inferir que el trabajador desarrolló su propia actividad empresarial.

En efecto, desde la óptica binaria del Derecho del trabajo el trabajador subordinado o dependiente es la persona natural que presta servicios bajo el poder de dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa; mientras que el trabajador autónomo –por contraposición– será aquel que ejecute servicios en la forma y con los elementos[32] que estime convenientes[33-34].

---

[30] En este sentido, el art. 29 del Código del Trabajo (Paraguay) excluye de su ámbito personal de validez a los trabajos de carácter familiar ("en los que solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, bajo la protección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajan no sean asalariados"), y a los "servicios amistosos y de buena vecindad" ejecutados ocasionalmente. En términos análogo, el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela) excluye de la presunción de laboralidad a aquellos servicios ejecutados "por razones de orden ético o de interés social" en beneficio de la "sociedad" o de "instituciones sin fines de lucro".

[31] La Corte Suprema de California (EE.UU.), en su icónica sentencia de 23 de marzo de 1989 (S003956), *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*, destacó que los factores que integran el test de laboralidad o control no pueden ser aplicados "mecánicamente" como si fuesen evaluaciones independientes. Por el contrario, dichos factores se encuentran entrelazados y su peso depende a menudo de específicas combinaciones.

[32] Al *contratista* se le considera autónomo –y, por ende, no compromete la responsabilidad patronal del beneficiario– por ejecutar obras o servicios *con sus propios elementos*: por ejemplo, arts. 34.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 5, único aparte del Código de Trabajo (Guatemala), 89 del Código del Trabajo (Panamá), 12 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 49 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela). Por contraposición, el *intermediario* se limita a suministrar trabajadores, evidenciando así que carece de empresa a su cargo y, por tanto, comprometiendo la responsabilidad patronal del beneficiario.

[33] El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (España) define al trabajador autónomo como aquella persona física que realiza de forma habitual,

A los fines de desvirtuar la existencia presunta de una relación de trabajo resultaría ideal acreditar –siguiendo el catálogo que consagra la Recomendación 198 OIT, párr. 13– que el trabajador –lejos de integrar una empresa ajena– ensambla su propia actividad productiva y que, por tanto, es él quien aporta las "herramientas, materiales y maquinarias" necesarios para alcanzar sus fines, afronta los "riesgos financieros", ofrece sus servicios a una pluralidad "abierta e indeterminada"[35] de clientes, y, en dicho contexto, determina –libre de instrucciones y controles provenientes de terceros– los criterios técnicos y económicos que orientan su obrar.

En este contexto se inserta el test ABC que la Corte Suprema de California (EE.UU.) implementó en sustitución –por lo menos en lo que respecta al régimen salarial[36]– del clásico test Borello[37] (sentencia S222-732 de 30 de abril de 2018, *Dynamex Operations West, Inc. v.*

---

personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo.

34 "[N]o consta que el actor fuera un verdadero empresario que –titular de un negocio– ofreciese su actividad empresarial en el mercado y que asumiera el riesgo y ventura de tal hipotética actividad; lo que se desprende, por el contrario, es que la actividad se prestaba exclusivamente para la demandada en la forma y condiciones que esta determinaba." Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 1.

35 Fernando Valdés Dal-Ré, "El estatuto del trabajador autónomo en la legislación española", *Revista de Derecho Laboral*, *La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar,* Nº 2020-1, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2020, p. 376.

36 En *Garcia v. Border Transportation Group, LLC (22 de octubre de 2018), la Corte de Apelaciones de California (4º Distrito) consideró que el test ABC –en los términos previstos en Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County– solo resulta aplicable en lo concerniente a las directivas sobre salario (wage orders) emanadas de la Industrial Welfare Commission. Por tanto, el test de laboralidad –según contempló* la Corte Suprema del Edo. de California *en S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (23 de marzo de 1989)*– sigue resultando aplicable para dirimir las controversias ajenas a dicho régimen, esto es, aquellas derivadas de las previsiones del Código de Trabajo.*

37 Refiere al catálogo desarrollado por la Corte Suprema de California en sentencia de 23 de marzo de 1989 (S003956), *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations.* Dicha sentencia analizó el caso del servicio de cosecha de hortalizas, ejecutado sin control directo del beneficiario, con retribución según el resultado, y contractualmente al margen de una relación de trabajo. En el caso concreto fue reconocida la existencia de una relación de trabajo toda vez que el accionado controlaba íntegramente las operaciones: adquisición de semillas, siembra, provisión y aplicación de fertilizantes, fumigación, oportunidad de cosechar, suministro de empaques, distribución, y fijación del precio de venta. En dicho ámbito, el trabajo manual ejecutado por los demandantes, aunque arduo y metódico, no requería particulares destrezas, hasta el grado de que solo podía ejecutarse correctamente de una única manera,

The Superior Court of Los Angeles County)[38]. Este cambio supuso dejar atrás el análisis de los indicios multifactoriales de existencia de una relación de trabajo para, en su lugar, volcarse exclusivamente sobre los presupuestos o condiciones del trabajo autónomo o independiente.

A tal fin, opera la presunción de un vínculo laboral entre el prestador personal del servicio y quien lo tolera, permite o recibe, recayendo sobre este la carga de desvirtuarla mediante la prueba de tres elementos concurrentes: (a) ausencia –contractual y fáctica– de control y dirección sobre la forma y medios de ejecución del trabajo, en los términos a los que se sometería –en el contexto específico– a trabajadores subordinados; y (b) Independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante[39]; y (c) habitualidad del prestador del servicio en la ejecución independiente de actividades productivas de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante.

El referido criterio jurisprudencial –que ya contaba con precedentes normativos de ámbito estadal[40]– devino plasmado en la Ley AB 5 de 18 de septiembre de 2019[41] que reformó, con vigencia a partir del

razón por la cual la supervisión y disciplina directas resultaban innecesarias. Asimismo, se advierte que los demandantes solo aportaron su trabajo personal, careciendo de oportunidades para influir sobre sus eventuales ganancias o pérdidas económicas.

38 Recuperado de: https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724.

39 Así lo ilustra la sentencia comentada: si en una compañía de ventas al detal se contrata a un plomero para reparar una fuga en un baño ubicado en sus instalaciones o con un electricista externo para instalar una nueva línea eléctrica, tales servicios no forman parte del curso habitual del negocio del contratante y, por tanto, no podrá considerarse que este haya tolerado o permitido que el plomero o el electricista presten servicios como trabajadores; en cambio, si una compañía fabricante de ropa contrata costureras –que trabajan en casa– para confeccionar vestidos a partir de telas y patrones suministrados por dicha compañía y que esta luego vende a sus clientes, o cuando una panadería contrata decoradores de pasteles para trabajar regularmente en el diseño personalizado de sus pasteles, dichos servicios forman parte de la operación habitual del negocio de la contratante y, por tanto, se asume que esta toleró o permitió que tales servicios fuesen prestados como si se tratase de trabajadores (subordinados).

40 Por ejemplo, Maine (1935) y Massachusetts (2004). Anna Deknatel y Laurie Hoff-Downing, "ABC on the books and in the Courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statues", *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change,* vol. 18, p. 65. Recuperado de: https://scholarship.law.upenn. edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc.

41 Assembly Bill Nº 5. Recuperado de: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id= 201920200AB5.

1º de enero de 2020, el Código de Trabajo y el Código del Seguro de Desempleo de California, EE.UU.[42]

Finalmente, cabe referir que, en sentido análogo y como reacción a la evaluación aplicada –desde 1987– por el Servicio de Impuestos Internos de los EE.UU.[43], se ha ensayado la verificación de un único factor a los fines de determinar la naturaleza laboral –o no– de la actividad desplegada por el contribuyente (*step-back test*): ¿puede el beneficiario o contratante ejercer cualquier control más allá de: (i) la determinación de una lista inicial de requerimientos acerca del resultado –producto o servicio– esperado, y (ii) la inspección y aceptación de los productos o servicios?[44] Si la respuesta es afirmativa, se declarará la existencia de una relación de trabajo. En caso contrario, se considerará que el trabajo fue ejecutado en condiciones de autonomía.

4. PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS Y SERVICIOS BAJO DEMANDA

En este caso específico conviene reiterar la evidente integración del trabajador en la organización de una empresa que no les es propia[45]: ajeno a las estrategias de mercado, carente de clientela propia, extraño a

[42] La AB5 excluye del test ABC a una amplia gama de categorías profesionales (por ejemplo, vendedores inmobiliarios, médicos, abogados, dentistas, ingenieros, psicólogos, arquitectos, agentes de viaje, administradores de recursos humanos, diseñadores gráficos, y fotógrafos). En estos casos, la determinación de la existencia de una relación de trabajo se verificará a través del clásico test Borello, junto con aquellos otros criterios de escrutinio expresamente previstos en la Ley.

[43] Este test de control abarca tres ejes sustantivos: (i) control conductual (tipo de instrucciones, grado de instrucciones, sistemas de evaluación, y entrenamiento brindado al prestador de servicios); (ii) control financiero (inversiones significativas, gastos no reembolsables, oportunidad de ganancias o pérdidas, servicios disponibles para el mercado u otros negocios, y método de pago); y (iii) tipo de relación (contrato escrito, beneficios –típicos– de trabajador dependiente, permanencia del vínculo, y servicios prestados en la actividad esencial –*key activity*– del contratante). Ver: https://www.irs.gov/es/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee.

[44] Ver, Karen R. Harned, Georgine M. Kryda y Elizabeth A. Milito, "Creating a Workable Legal Standard for Defining an Independent Contractor", *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 4, No. 1, 2010, p. 113. Recuperado de: https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055& context=jbel.

[45] El indicio "integración del trabajador en la organización de la empresa" mereció –por ejemplo– enjundioso análisis y resultó particularmente esclarecedor en las primeras sentencias

la fijación del precio de la obra o servicio que ejecuta, sometido a controles algorítmicos y medidas disciplinarias, aportador tan solo esfuerzo personal y herramientas básicas de trabajo –cuya importancia deviene marginal si se contrasta con la plataforma digital[46]–, y obligado –en ciertos casos– a prestar el servicio personalmente, usar uniforme y/o exhibir símbolos de la empresa que otro organiza[47].

Se desprende de lo anterior que, además de integrarse en la actividad productiva que otro organiza, el trabajador de plataformas digitales bajo demanda presta servicios en típicas condiciones de subordinación o dependencia jurídica, esto es, bajo la dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa, tal como se desgaja –entre otros indicios– del deber de prestación personal del servicio, uso de uniforme, exhibición de símbolos empresariales ajenos, y –sobre todo– sujeción a controles algorítmicos, evaluación de desempeño, y medidas disciplinarias:

i. En ciertos modelos empresariales, al trabajador le está prohibido ceder, en todo o en parte, a otro u otros, la ejecución del servicio contratado, a menos que el titular de la plataforma digital lo consienta. El referido carácter *intuito personae* del servicio, además de constituir un trascendente indicio de existencia de una relación de trabajo, revela, en el contexto específico y apreciado desde óptima distancia, rasgos relevantes de la empresa en cuyo ámbito se inserta. Por ejemplo, en el caso de Uber dicho atributo responde claramente al objetivo

que, en Uruguay, reconocieron carácter laboral al vínculo trabado entre UBER y el conductor demandante: (i) sentencia Nº 77 de 11 de noviembre de 2019, Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6º Turno; y (ii) sentencia SEF-0012-000089/2020 de 3 de junio de 2020, Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno.

46 "[R]esulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor." Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

47 El trabajador se "ha integrado así a un servicio de transporte creado y enteramente organizado por Uber BV, que existe únicamente gracias a dicha plataforma, un servicio de transporte a través del cual no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte, las cuales son regidas en su totalidad por la empresa Uber BV". Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

de ofrecer un servicio de transporte confiable y seguro a través de la trasmisión al cliente de las señas de identidad tanto del conductor como del vehículo utilizado.

ii. El uso imperativo de cierta indumentaria[48] –manifestación palmaria de pérdida de individuación– y la exhibición de símbolos de empresa ajena develan emblemáticamente el robusto poder directivo del titular de esta y, consecuentemente, el estado de sujeción del trabajador a estándares y directrices confeccionados por otro.

iii. La actividad del trabajador de plataformas digitales –a pesar de prestar servicios al margen de centros de trabajo y supervisión personal directa– se encuentra efectivamente sometida a –rígidos e ininterrumpidos– controles algorítmicos que permiten recabar datos tempo-espaciales relacionados con la conexión a la aplicación tecnológica y el modo de ejecución del servicio[49]; dilatando significativamente el alcance de los tradicionales poderes patronales de dirección y vigilancia[50].

---

48 Ver, por ejemplo: (i) **Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencias de 19 de abril de 2011 ("**nos encontramos con una iniciativa empresarial que en principio se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, como es la orden de uniformidad de los empleados…**".) y 23 de enero de 2001 ("**las condiciones contractuales, que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de condiciones de diverso tipo, entre las que puede figurar la uniformidad en la vestimenta prevista en el desarrollo de la actividad, y que la determinación de esta uniformidad en principio –en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados– es competencia del empleador, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador…**"); y (ii) Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sentencia de 7 de octubre de 2007 ("***es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supuestas sin necesidad de un acuerdo expreso. Siendo ello así, quien aceptó prestar tareas de aquella índole carece de justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requiera el desempeño de sus cometidos profesionales")*.

49 "[L]a plataforma ejerce cierto grado de supervisión y control [sobre el trabajador], determinando con precisión cuándo, cómo y dónde el trabajo debe ser prestado". OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente*…, ob.cit., párr. 317, p. 139.

50 "[L]a empresa, merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el [trabajador…] desempeña." Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019 (considerando trigésimo octavo, *in fine*). "[L]a empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio".

iv. En ciertos casos, la actividad del trabajador está sujeta a encuestas de satisfacción cumplimentadas por la clientela, las cuales son diseñadas, remitidas, recabadas y ponderadas por el titular de la plataforma digital. Esta modalidad de control indirecto[51] o diferido del trabajador configura un indicio –también– robusto de existencia de una relación de trabajo[52], tal como ha sido ampliamente destacado por la jurisprudencia[53].

v. La información obtenida –a través de la plataforma digital y las encuestas de satisfacción– sobre el desempeño del trabajador –períodos de desconexión, rechazo de servicios, rutas de ejecución, trato a la clientela, etc.– suele justificar la adopción de medidas disciplinarias; algunas directas y evidentes como la suspensión –temporal[54] o definitiva[55-56]– de la cuenta asig-

Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

51 "[E]n la economía de plataformas, el control es parcialmente ejercido a través de evaluaciones cumplimentadas por los clientes". Organización Internacional del Trabajo, *Promoviendo empleo y trabajo decente*…, ob.cit., párr. 249, p. 112.

52 "[E]l uso de sistemas de evaluación o mecanismos automáticos de revisión para monitorear y evaluar el desempeño laboral está en contradicción con el supuesto estatus de trabajador autónomo que se adjudica a quienes prestan servicios mediante plataformas tecnológicas." Ibidem, párr. 317, p. 139.

53 "Ambas partes son alentadas a calificar a la otra con *estrellas*, siendo una (1) sinónimo de mala experiencia y cinco (5) equivalente a la mejor experiencia concebible. Un proveedor de servicios de transporte debe mantener un promedio de, por lo menos, 4,6 *estrellas*. Si el promedio se redujese las demandantes suspenderían la aplicación, tanto respecto del proveedor de servicios de transporte como del usuario." Sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc.* y *Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*). En sentido análogo, en sentencia de 13 de febrero de 2017 (*Processo* Nº 0011359-34.2016.5.03.0112), proferida por el Juzgado 33ro del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), (*Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda*.), se destaca, como manifestación de control sobre la ejecución del trabajo, la aplicación de "evaluaciones en forma de notas y de las quejas de los consumidores del servicio". "Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco el sometimiento a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie. En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser excluido".

54 "[D]espués de tres negativas de solicitudes, se envía el mensaje «¿Sigues ahí?», con la carta invitando a los choferes que no desean aceptar viajes a «simplemente» desconectarse […Dicha] invitación debe ser interpretada respecto a lo estipulado en el punto 2.4 del contrato,

nada para conectarse a la plataforma o el ajuste –peyorativo– de la tarifa por trabajo ejecutado ineficientemente[57], y otras indirectas o sutiles como el deterioro de la valoración interna a los fines de la selección de franjas horarias[58].

Aunque luzca categórica la existencia de una relación de trabajo en los términos delatados en los párrafos precedente, conviene –por razones de exhaustividad y ponderación– ofrecer algunos comentarios en torno a los rasgos de autonomía que, aunque escasamente relevantes o, incluso, impertinentes, han servido para negar carácter laboral a los vínculos escrutados:

i. El trabajador no se compromete a prestar servicios en condición de exclusividad: se trata –en el sentido negativo indicado–

según el cual: «Uber también se reserva el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la Aplicación de Conductores o los Servicios de Uber por el Cliente o cualquiera de sus choferes o por cualquier otra razón, a la discreción razonable de Uber», que tienen por efecto el de alentar a los conductores a permanecer conectados con el fin de esperar hacer un viaje y así permanecer constantemente a disposición de Uber BV durante la duración de la conexión, sin poder realmente elegir libremente, como lo haría un conductor independiente, el viaje que les convenga o no". Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

55 Por ejemplo, la aplicación expiraría automáticamente si transcurriesen ciento ochenta días sin que el trabajador preste servicios de transporte: ver sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc.* y *Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*).

56 "Por otra parte, el trabajador carecía de libertad, dentro de su horario, para rechazar pedidos, resultando de la documental aportada que es precisamente, según manifestaciones de la empresa (Roofoods Spain S.L.U., titular de la plataforma Deliveroo), el rechazo de ofertas y falta de disponibilidad reiterados, lo que ha dado lugar a la extinción de la relación entre las partes." Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

57 "En cuanto a las tarifas, […estas] se fijan contractualmente mediante los algoritmos de la plataforma Uber por medio de un mecanismo de predicción, imponiendo al conductor una ruta determinada que no es libre de elegir, ya que el contrato prevé en su artículo 4.3 una posibilidad de ajuste de la tarifa por parte de Uber, en particular si el conductor eligió una «ruta ineficiente»…". Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

58 "[E]l rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, mas sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración –excelencia– disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar." Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, trigésimo noveno fundamento de derecho.

de un indicio endeble puesto que refiere a una previsión contractual –meramente formal– que nada predica acerca de las condiciones fácticas –modo, tiempo y lugar– de ejecución del trabajo o de la dependencia económica deducible de las prestaciones causadas[59]. De otra parte, es de advertir que resulta plausible –y no poco común– que un mismo trabajador preste servicios simultáneamente en el ámbito de dos o más relaciones de trabajo[60], sin que ello desnaturalice los vínculos trabados. En cambio, se tornaría relevante el indicio si la prestación del servicio en condición de exclusividad fuese pactada o se verificase fácticamente[61], toda vez que quedaría así en evidencia el estado de dependencia económica[62] del trabajador y su amplia disponibilidad frente al poder de mando patronal.

ii. En ciertos supuestos el trabajador –según previsión contractual– puede hacerse sustituir por otro u otros, enervándose el carácter *intuito personae* que caracteriza el servicio prestado

[59] Párr. 9, Recomendación 198 OIT: "la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador…".

[60] "[E]l hecho de no haber prestado servicios de forma exclusiva para la accionada, no constituye un elemento relevante a los fines de desvirtuar la presunción de la relación de trabajo". Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 1206 de 12 de agosto de 2014. Recuperado de: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168210-1206%20%20(SALA%20ESPECIAL%20I)%20-12814-2014-12-033.HTML. "Aunque la exclusividad es un elemento frecuente en las relaciones de trabajo no es un elemento definitorio de las mismas, por lo que puede resultar perfectamente posible que un trabajador labore para dos empresas a la vez, más aún cuando por la naturaleza misma de la función […] no está sometido a régimen, jornada, ni asistencia a la sede de la empresa, sino que se ejerce el control de su actividad mediante el control de los resultados de la misma". Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 797 de 16 de diciembre de 2003. Recuperado de: http://historico.tsj.gob.ve/ decisiones/scs/diciembre/RC797-161203-02624.HTM.

[61] Párr. 13.a, Recomendación 198 OIT: entre los "indicios específicos" que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo se incluye "el hecho de que el trabajo […] es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona".

[62] En 2015 y 2017 la Organización Internacional del Trabajo encuestó a "3.500 trabajadores que residen en 75 países del mundo y que trabajan en cinco de las principales plataformas [digitales] dedicadas a la asignación de microtareas", verificándose que "cerca de 32 por ciento de los encuestados afirmaron que el que el trabajo en las plataformas es su fuente primaria de ingresos". Janine Berg *et al*, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT, Ginebra, 2019, pp. v, xvii, y 43.

bajo relación de trabajo. Este constituye también un indicio endeble por su carácter meramente formal, ajeno a los datos fácticos que describen la modalidad de prestación del servicio y la retribución del mismo. Adicionalmente, en el caso de que efectivamente opere, dicha fungibilidad suele ser marginal y, a todo evento, condicionada a la autorización o tolerancia del titular de la plataforma tecnológica[63]; no resultando por tanto idónea para desvirtuar la existencia de una relación de trabajo[64].

iii. El trabajador ostenta el poder de organizar, con amplísima flexibilidad, el tiempo de prestación del servicio, hasta el grado de conectarse y desconectarse de la aplicación a voluntad y rechazar –sin aparente sanción– los requerimientos dirigidos por el titular de la plataforma digital[65]. Al respecto, cabe advertir que dicha flexibilidad resulta intrínseca a la específica modalidad de organización empresarial en cuyo ámbito el trabajo se inserta. La actividad productiva se ensambla a partir de una plataforma digital que hilvana trabajadores, cuya densidad espacial y temporal –para atender adecuadamente los requerimientos del mercado– es perennemente ajustada mediante algoritmos. Así, el núcleo tecnológico de la empresa permite sustituir la clásica y rígida disponibilidad del trabajador individual, sujeto a horario y puesto de trabajo, por una más eficiente *disponibilidad plural y difusa*[66], configurada por una red de potenciales prestadores de servicios, integrados al

[63] "[L]a subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito". Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

[64] Ver, por ejemplo, sentencias 902/2017 y 365/2000 de 16 de noviembre de 2017 y 25 de enero de 2000, respectivamente, proferidas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España).

[65] Por ejemplo: (i) Tribunal Superior del Trabajo, Quinto Turno (Brasil), 5 de febrero de 2020, Recurso TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038; y (ii) Juzgado de lo Social Nº 39 (Madrid), sentencia 284/2018 de 3 de septiembre de 2018, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

[66] En sentido análogo: "el uso de medios tecnológicos para distribuir tareas a una fuerza laboral indeterminada no puede justificar que dichas actividades sean consideradas modalidades de trabajo separadas del resto del mercado laboral." OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente*…, ob.cit., párr. 327, p. 142.

sistema, cuyo número, ubicación y franja horaria devienen ordenados algorítmicamente para asegurar los objetivos trazados. En este contexto, donde la individuación del prestador de servicios es sustituida por un colectivo –delimitado, homogéneo y no deliberante– de potenciales trabajadores, queda de manifiesto la impertinencia de los indicios referentes a horario, puesto de trabajo y exclusividad, y la irrelevancia del derecho a libre desconexión[67] o al rechazo de requerimientos de servicio[68].

iv. El hecho de que el trabajador aporte el vehículo y el teléfono celular, como herramientas o instrumentos de trabajo[69-70-71], y deba además soportar los gastos y riesgos asociados a su

[67] En general, los contratos prevén que la prolongada desconexión del trabajador acarrea su exclusión del sistema puesto que –cabe inferir– ello incrementaría las probabilidades de ineficacia del modelo empresarial de disponibilidad plural y difusa de sus trabajadores.

[68] La frecuencia de tales rechazos podría afectar la calificación del trabajador y, por tanto, reducir las probabilidades de escogencia preferente de futuros requerimientos de servicio, sancionando así conductas que atentan contra la eficacia del modelo empresarial de disponibilidad plural y difusa de sus trabajadores.

[69] Resulta inconveniente revestir de significancia el hecho de que el trabajador aporte los "útiles de su propio oficio." *Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals,* Irlanda, julio de 2001, actualizado en 2007. Ningún servicio personal habría de excluirse del ámbito de la relación de trabajo por el solo hecho de que sean utilizados "los implementos o la maquinaria del trabajador." Ley de Contratos de Trabajo, Nº 55, 2001, Finlandia (ver, Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación Nº 198*, Dialogue, Documento Nº 18, OIT, Ginebra, 2008, p. 44). Se trata, por el contrario, de ponderar inversiones profesionales significativas por parte del prestador de servicios, en los términos empleados por el test UNIZO de Bélgica (Arturo Bronstein, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*, OIT-Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 59-60), o herramientas y maquinarias de alto valor, según ha *sostenido* la jurisprudencia del Japón (Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo…,* ob.cit., p. 45).

[70] El art. 1.1. del Convenio 177 OIT sobre el trabajo a domicilio (1996) dispone que la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona realiza en su domicilio –o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador–, a cambio de una remuneración, y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, "independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello…".

[71] "[R]esulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor." Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

mantenimiento y funcionamiento, reviste una importancia marginal si se contrasta con los elementos provistos por el titular de la empresa[72], entre los cuales destaca –como núcleo empresarial– la plataforma tecnológica[73].

En síntesis, resulta imperativo contextualizar el trabajo cuya naturaleza jurídica se pretende escrutar, delimitando la actividad empresarial en cuya esfera se desenvuelve, para –luego y sin obviar, si fuese el caso, la presunción de existencia del vínculo laboral– aprehender y ponderar –según su gravedad, concordancia y convergencia– los indicios que, en el supuesto específico, se estimen pertinentes y relevantes.

5. EPÍLOGO

En la hipótesis del trabajo mediante plataformas digitales, en los términos expuestos en el presente ensayo, no cabe duda de que se trata de arquetípicos vínculos de subordinación, apenas matizados por el influjo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación[74].

---

[72] "[E]n algunos casos, como en el trabajo a domicilio, los trabajadores normalmente utilizan sus propios materiales. Esto también ocurre en el trabajo mediante plataformas digitales, donde los trabajadores proveen sus bicicletas o computadores. Por ejemplo, en los servicios de entrega prestados mediante aplicaciones digitales, la bicicleta o motocicleta utilizada por mandadero no constituye la esencia del negocio, y es en cambio un servicio provisto a través del algoritmo que administra y evalúa el trabajo ejecutado". OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente*…, ob.cit, párr. 246, p. 111.

[73] A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, con ocasión del escrutinio de la naturaleza jurídica del vínculo entre GLOVOAPP23, S.L. y los recaderos que prestan servicios en el ámbito de la empresa organizada por dicha sociedad, sostuvo lo siguiente: "En cuanto a la ajenidad en los medios, su presencia en este caso resulta inobjetable. Basta con comparar, de un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no".

[74] En este sentido, por ejemplo, la modalidad empresarial de Glovo no dista demasiado de la tradicional organización de servicios de mensajería o recados: "sobre cuestión muy similar

La facultad del trabajador de organizar con amplísima flexibilidad el tiempo y lugar de ejecución de sus servicios no puede considerarse, en sí misma, enervante de la existencia de una relación de trabajo. La justa ponderación de este elemento exige su previa contextualización en la esfera de la actividad empresarial en cuyo ámbito se ensambla. La arquitectura empresarial forja la arquitectura de la subordinación del trabajo que en su seno se desenvuelve.

Procede entonces dejar de concebir a la subordinación como conjunción de los rasgos arquetípicos del trabajo fabril, y –por contra– aprehenderla a través de la comprensión del poder organizativo –y su impronta sobre el trabajo– que toda empresa –cualquiera sea su estructura u objeto– entraña.

---

a la que ahora se somete a nuestra atención enjuiciadora, si bien el modo de comunicación entonces existente entre el mensajero y la empresa no se materializaba a través de una plataforma digital a la que conectarse, sino valiéndose de los medios que a la sazón había, tuvo ocasión de pronunciarse tiempo ha la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su emblemática sentencia de 26 de febrero de 1.986 […]Se trata, pues, de supuesto que se asemeja en buena medida al que ahora nos ocupa, salvo, insistimos, en lo que toca al medio de comunicación entre la empresa y el repartidor, que en el presente caso se vale para ello de una plataforma digital y la aplicación informática que se anuda a ella propiedad de la demandada, elementos que, como se verá, resultan de suma trascendencia". Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, fundamento de derecho vigésimo quinto.

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

DR. RAFAEL BADELL MADRID.*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La prueba como derecho constitucional. 3. Principios probatorios. 4. Procedimiento probatorio según la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. 5. Objeto de la Prueba. 6. Carga de la prueba. 7. Valoración de la prueba. 8. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 141-181 ISSN: 0798-1457

1. INTRODUCCIÓN

Me da mucho gusto participar en estas IX Jornadas Aníbal Dominici en homenaje y reconocimiento al Profesor Salvador Yannuzzi Rodríguez. Como he dicho en otras ocasiones, para dar cuenta de la calidad del profesor Yannuzzi no me hacen falta referencias de terceros. Hace casi 40 años fue nuestro profesor en la Universidad Católica Andrés Bello. Me consta que Salvador Yannuzzi es un profesor serio, responsable, riguroso, formal, puntual, de conocimiento profundo y palabra fácil de entender. Como persona, gracias a la amistad que hemos cultivado desde aquel momento, sé también que Yannuzzi actúa con nobleza, mesura, moderación y sabiduría.

De manera que el profesor Salvador Yannuzzi es muy digno de ser reconocido en estas Jornadas de enorme calidad académica que tienen como epónimo al Dr. Aníbal Dominici, un venezolano excepcional, un jurisconsulto de dimensión extraordinaria, hombre de letras, político y periodista.

Dentro de este evento el tema que se ha seleccionado, que cuadra perfectamente con el homenajeado, es el de la prueba. Me corresponde a mi desarrollar el tema en el Derecho Procesal Constitucional. Empiezo por decir que la noción de prueba dentro de la jurisdicción constitucional comprende todos aquellos principios, normas, formalidades, argumentos, motivos, medios o instrumentos que están dirigidos a verificar, dentro de los distintos medios de impugnación constitucional, el cumplimiento o no de la Constitución, con el fin último de garantizar su vigencia.

Tradicionalmente se consideraba que los procesos constitucionales podían ser decididos a través del simple cotejo o comparación formal y abstracto de una norma legal con la Constitución. Incluso se pensaba

que la inconstitucionalidad y la prueba eran asuntos antagónicos. Mientras la inconstitucionalidad alude a asuntos de derecho (*quaestio iuris*) la prueba atañe a asuntos de hecho (*quaestio facti*). Se consideraban que los procesos de examen de la constitucionalidad eran de mero derecho y, por tanto, se prescindía de la actividad probatoria. Eso trajo como consecuencia que el juez constitucional no se sintiera vinculado con el tema de las pruebas.

Hoy en día el Derecho Procesal Constitucional ha producido un cambio fundamental en este tema relativo a la prueba. El derecho a alegar y probar; el acceso al expediente; el respeto a los principios que rigen la actividad probatoria; la regulación sobre los medios de prueba, su promoción y control por el adversario a través de la oposición, contradicción e impugnación; la licitud y pertinencia de la prueba; la oportunidad para probar; los poderes del juez durante todo el proceso, y en especial, en el lapso de prueba, las reglas de valoración de las pruebas por parte del juez y el deber del juez de pronunciarse sobre las pruebas que se hayan producido mediante una decisión motivada, forman parte del derecho constitucional a la defensa, al debido proceso y se haya estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva.

Para que la decisión del juez constitucional sea válida, es necesario que esté fundamentada en alegaciones y pruebas, de lo contario sería pura arbitrariedad judicial. La decisión debe estar basada en la convicción que produzcan los medios de prueba sobre los trámites que antecedieron al acto sometido al juicio constitucional, así como los hechos necesarios para adoptar la decisión. Es por ello que la solución de los asuntos atribuidos al control de la constitucionalidad se encuentra precedida de una fase probatoria.

Ante la variedad de medios de impugnación que se han desarrollado –control concentrado, control difuso, amparo constitucional, control de convencionalidad, omisión legislativa, interpretación, revisión de sentencia– la necesidad de la prueba es evidente. La solución de estos juicios de control de la constitucionalidad tiene que estar precedida de una fase probatoria, que será de mayor o menor intensidad, según el medio de impugnación constitucional y de que se trate y el vicio que se denuncia.

Para comprobar si determinadas normas, actos, actuaciones, omisiones y sentencias son o no constitucionales, se requiere de elementos que trascienden de lo jurídico y que solo pueden constatarse en el proceso a través de la actividad probatoria.

En respeto del debido proceso, es imprescindible que la decisión del juez constitucional esté fundamentada en las alegaciones y pruebas aportadas al proceso; luego la sentencia solo puede ser el producto de la convicción que produzcan esas pruebas en el razonamiento del juez.

Existe un derecho probatorio constitucional. Las normas y principios que rigen la actividad probatoria en los procesos constitucionales están contenidos en la Constitución[1], en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[2] (LOTSJ) y, de forma supletoria, en el Código de Procedimiento Civil[3] (CPC). Comoquiera que la prueba forma parte del debido proceso las disposiciones constitucionales sobre pruebas se encuentran, precisamente, dentro del derecho al debido proceso, regulado en el artículo 49 constitucional, cuyo encabezado dispone "*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas…*". Se establece la prueba como un derecho constitucional.

El debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución comprende la garantía de protección y seguridad jurídica en todas las actuaciones judiciales y administrativas, así como el derecho a la defensa y la asistencia jurídica. En el debido proceso están dispuestos una serie de principios, incluyendo todo lo referido a la prueba. El cumplimiento de todos esos principios garantiza que la actuación judicial no es arbitraria. De forma que el control de constitucionalidad no escapa del necesario cumplimiento de esta garantía.

Todas las decisiones que sean producto de un proceso judicial, incluyendo los procesos constitucionales, deben estar fundamentadas en la aportación oportuna, y con el cumplimiento de las formalidades necesarias y preestablecidas, de los medios que conduzcan a la convicción

---

1 Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

2 Publicada en la Gaceta Oficial número 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpresa en la Gaceta Oficial número 39.483 del 09de agosto de 2010 y posteriormente en la Gaceta Oficial número 39.522 del 1 de octubre de 2010.

3 Gaceta Oficial número 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

de certeza de los hechos que dan nacimiento, extinción o modificación al derecho reclamado o a la imposición de la pena[4].

De otra parte, a falta de una ley especial que regule la jurisdicción constitucional, el Capítulo II del título XI sobre las Disposiciones Transitorias de la LOTSJ, en los artículos 128 al 145, regula los procesos ante la Sala Constitucional (SC). Algunas de esas normas, como es el caso de los artículos 130 y 131 de la LOTSJ, se refieren a la actividad probatoria que puede ocurrir en el trámite de las medidas cautelares.

Como sabemos el juez constitucional cuenta con facultades probatorias que le permiten tener una actuación activa en el proceso. Por ello puede ordenar y practicar pruebas de oficio, no solo para producir la sentencia definitiva, sino también para dictar las medidas cautelares que fuere menester. Obviamente en esta fase las partes pueden oponerse y controlar las pruebas.

Otros supuestos son los regulados en los artículos 139 y 140 de la LOTSJ que establecen los lapsos para promover y evacuar pruebas u oponerse a ellas y el del artículo 142 que se refiere al control de la prueba por parte del juez. Sin embargo, estas regulaciones de la LOTSJ sobre el tema probatorio son insuficientes, por lo que conforme al artículo 98 de la LOTSJ, hay necesidad de aplicar de forma supletoria las regulaciones del CPC sobre medios de pruebas y su valoración.

Entendemos que en los procesos constitucionales no se resuelven únicamente cuestiones de derecho a través de la confrontación de normas, ni problemas estrictamente teóricos. En muchos casos la inconstitucionalidad depende de asuntos de hecho que comprobar o verificar. De modo que en los procesos constitucionales es esencial y determinante la actividad probatoria[5]. El juez constitucional requiere valorar los hechos alegados y probados en el proceso constitucional, con el objeto de dotar de legitimidad la decisión que dicte, a modo de hacer efectiva la protección de la supremacía constitucional[6].

---

4 Ana Giacomette Ferrer, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014. p.142

5 José G. Hernández Galindo, "Importancia de la prueba en los procesos constitucionales", presentación del libro de Ana Giacomette Ferrer, *Las pruebas en el proceso de control constitucional*, primera edición, Señal Editora, Bogotá D.C., 2007.

6 Diego López Medina, "Presentación a la Edición Colombiana", en Ana Giacomette Ferrer, Ob. cit.

El juez constitucional tiene atribuidas facultades probatorias que le permiten actuar de forma activa en el proceso, eso le permite ordenar y practicar pruebas de oficio, tanto para dictar la sentencia definitiva, como para pronunciarse sobre las medidas cautelares que fueren solicitadas o aun de oficio.

De otra parte, para comprobar si determinadas normas o actos son o no constitucionales, se requiere comprobar aspectos de hecho que trascienden de lo jurídico y que solo pueden comprobarse a través de la actividad probatoria. De modo que lo que debe contrastarse con la Constitución son las consecuencias que produce la aplicación de la norma y para ello es necesario valerse de la prueba.

Ahora bien, también hemos señalado que los procesos constitucionales son muy especiales, tanto que parte de la doctrina los denomina "proceso atípico"[7]. En esos procesos atípicos la prueba tiene particularidades también. De allí que las consideraciones respecto del tema de la prueba son distintas según el medio de impugnación de que se trate.

2. LA PRUEBA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Dentro del Derecho Procesal Constitucional la prueba, en su acepción amplia y todo lo que la expresión abarca, tiene una relevancia especial. Es manifestación del derecho a la defensa y del debido proceso y se haya estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva. De allí que haya sido reconocido como derecho constitucional en convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, normas supranacionales y con jerarquía normativa mayor a la constitucional (tal es el caso de Argentina, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana y Venezuela).

Estas normas supranacionales han reconocido a toda persona el derecho constitucional a promover libremente todos los medios probatorios necesarios para esclarecer la verdad, siempre y cuando estos no sean ni manifiestamente ilegales, ni impertinentes, es decir, los que sin estar prohibidos por el ordenamiento jurídico, no demuestren los hechos que realmente están controvertidos en el proceso.

---

[7] Según Peyrano, citado por Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p.160.

Con respecto a este derecho a probar, el Profesor Gozaíni señala "*Acompañando la prueba en su misión de verificar y esclarecer para llegar a la verdad, existe un derecho constitucional de la prueba. por su carácter esencial, fundante del derecho al debido proceso (toda vez que es parte vital del derecho de defensa), eleva sus premisas sobre las solemnidades del procedimiento para consagrar un "derecho a la prueba (...) ", "El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa, y, como tal, un "resguardo del debido proceso adjetivo (...) Si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración"*[8].

Este derecho constitucional a la prueba tiene que ser interpretado de forma extensiva y abarca en primer lugar el derecho a alegar y luego el derecho a probar lo alegado; el derecho a tener acceso al expediente; el derecho a promover los medio de prueba legamente admitidos y que sean pertinente a lo que se precisa demostrar; el derecho a controlar la prueba a través de la oposición, contradicción e impugnación; la exigencia de que la prueba debe ser legal; el derecho a que haya oportunidad para probar, el respeto a todos los principios que informan las pruebas y el derecho a que el juez esté vinculado a decidir según lo alegado y probado atendiendo y respetando las reglas de valoración de las pruebas.

El derecho constitucional a la prueba reúne no solo el interés del Estado para lograr la certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables, sino que además involucra especialmente el interés de las partes "*para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada*"[9].

---

[8] Osvaldo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial de Belgrano Tomo I, Buenos Aires, 1999, p.171. cit. en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. pp.177-178

[9] Osvaldo Gozaíni A., *La prueba en los procesos constitucionales, en Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

Las disposiciones constitucionales sobre pruebas se encuentran dentro del derecho al debido proceso. En concreto, el artículo 49 de la Constitución dispone que "*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas…*".

De esta forma, el principio de libertad de medios probatorios ha obtenido el reconocimiento constitucional de forma expresa a partir de la Constitución de 1999, donde, mediante el numeral primero del artículo 49, se dispone que toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. El mismo artículo exceptúa todas aquellas pruebas obtenidas inconstitucional o ilegalmente, vale decir, aquellas obtenidas en contravención al derecho, en virtud de lo cual no deben producir ningún efecto, y por lo que deberá pronunciarse expresamente al respecto el órgano jurisdiccional en las fases de proposición, de producción o en la oportunidad de resolver sobre el mérito de la controversia, al analizar lo relacionado con la valoración de la prueba[10].

Tales preceptos contenidos en la Constitución estructuran lo que se ha denominado "*un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y por supuesto al intérprete*"[11]. De forma que el derecho a la prueba ya no es un mero acto del proceso sino que es parte fundamental del derecho a la defensa, lo cual a su vez es un derecho constitucional.

El profesor Yannuzzi explica la amplitud del derecho a la prueba desde las siguientes perspectivas:

- El derecho a que se admita toda prueba regularmente promovida por alguna de las partes, el juez o por iniciativa de terceros, cuando sea permitido por el ordenamiento.
- El derecho a que el medio probatorio sea practicado (so pena de denegación tácita del derecho).

---

[10] Ibidem, p. 2.

[11] Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos de control constitucional, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), Temis, Bogotá, 2009, p. 176.

- El derecho a que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el juez en el momento en el que tenga lugar la sentencia[12].

Son esas las mínimas garantías que deben gozar tanto el litigante como los terceros que ejerzan su derecho a la prueba para que este sea eficaz y, además, para que cumpla con el derecho a la defensa, con el cual está estrecha e indisolublemente conectado.

3. PRINCIPIOS PROBATORIOS

Existen un conjunto de principios fundamentales que orientan la actividad probatoria en los procesos ordinarios. Esos principios probatorios son también aplicables, con algunas adaptaciones y precisiones, a los procesos constitucionales. Vamos a referirnos a esos principios en este orden: principio de la legalidad de la formas procesales, principio inquisitivo, principio de la libertad probatoria, principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez, principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba, principio de la comunidad de la prueba, principio de lealtad probatoria, principio de contradicción de la prueba, principio de igualdad de oportunidades para la prueba, principio de pertinencia de la prueba, principio de la facilidad de la prueba, el principio de relevo de prueba de hechos negativos y principio de alteridad de la prueba.

3.1. Principio de la legalidad de las formas procesales

Este principio de la legalidad de las formas procesales se aplica no solo al aspecto probatorio del proceso constitucional, sino a todo el proceso y de acuerdo con él, los actos procesales se realizarán de conformidad con la forma prevista en la ley. La expresión ley alude a las normas constitucionales referidas a las pruebas y a la ley especial que regule la materia, en este caso la LOTSJ y a las normas supletorias como son las

[12] Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

del CPC. Conforme al principio de la legalidad de las formas procesales las partes no pueden convenir libremente en los requisitos de forma, tiempo, rituales y formalidades a los que se hayan vinculados los actos del proceso, desde que estos se encuentran predeterminados por la ley y así han de cumplirse.

Así también, de acuerdo con este principio, debe el juez constitucional apegarse a las normas procesales y probatorias establecidas en la ley, lo que implica no desviar o prescindir de ninguna actuación previamente ordenada para los procesos constitucionales, incluyendo las fases probatorias.

Un ejemplo de la violación a este principio probatorio es la sentencia número 907 de fecha 28 de octubre de 2016, por medio de la SC, decidió sobre una ¨acción innominada de constitucionalidad¨ (no prevista entre las atribuciones de la SC ni en la Constitución ni en la LOTSJ) *¨de las normas previstas en los artículos 41 y 227 del Texto Fundamental, con ocasión de las actuaciones desplegadas por algunos ciudadanos, dirigidas a señalar falazmente el supuesto incumplimiento, por parte del Presidente de la República, del requisito constitucional referido a ser venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad; sobre la base de tergiversaciones hermenéuticas de las referidas normas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también de los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; todo ello en perjuicio de la estabilidad democrática de la República, de la paz de la Nación y de los valores que, en general, sustentan el orden público constitucional¨*, interpuesta por el entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros.

En efecto, en esta ocasión la SC dispuso que "la esencia de lo planteado" constituía una "*cuestión de mero derecho que atañe al orden constitucional*" y que, "*en acatamiento de los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, la presente causa no requiere sustanciación*". De esta forma, la SC declaró:

> *"QUE EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, NICOLÁS MADURO MOROS, ES, EN EFECTO, CIUDADANO VENEZOLANO POR NACIMIENTO QUE NO POSEE OTRA NACIONALIDAD, tal como*

ha sido ampliamente acreditado a través de documentos oficiales e incontrovertibles expedidos por las máximas autoridades del registro civil venezolano (Consejo Nacional Electoral y Servicio Administrativo de Identificación), en los cuales se acredita con absoluta certeza que el prenombrado Jefe del Estado Venezolano, nació en la Ciudad de Caracas, para entonces, Departamento Libertador del Distrito Federal, Parroquia la Candelaria, el 23 de noviembre de 1962; y que, en fin, ha cumplido y cumple con los requisitos señalados en los artículos 41 y 227 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para ejercer el cargo de Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela; quedando a salvo las acciones que correspondan en ejercicio de los derechos, deberes, principios y normas previstas en el ordenamiento jurídico, para hacer valer la responsabilidad constitucional, penal, civil y administrativa por los temerarios hechos señalados en la presente sentencia, junto a las declaratorias correspondientes".

La SC al declarar la causa de "mero derecho", prescindir de cualquier íter procesal, y decidir únicamente respecto de las meras copias certificadas del acta de nacimiento del ciudadano Nicolás Maduro Moros, remitida por el Consejo Nacional Electoral (CNE) y de la "tarjeta alfabética" que reposa en el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), documentos públicos a los cuales denominó como "incontrovertibles", sin ningún tipo de procedimiento probatorio ni contradictorio, violó el principio de la legalidad de las formas procesales.

3.2. Principio Inquisitivo

El principio inquisitivo convierte al juez en director del proceso judicial, para dejar de ser un simple operador jurídico. Este principio inquisitivo tiene gran importancia por cuanto permite al juez desplegar "*sus conocimientos y experiencias jurídicas, sus capacidades, su cultura general, en otras palabras, es aquí donde trasciende la "silueta" del juez director del proceso como operador decisivo del mismo*"[13].

[13] Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*, ob. cit. p. 190

En el proceso constitucional el principio inquisitivo está representado en el hecho de que el juez desempeña un papel activo y fundamental en la búsqueda de la prueba, convirtiéndose en investigador de la verdad y conductor del proceso. Tales facultades se encontraban establecidas en el artículo 21, párrafo décimo tercero, de la LOTSJ del año 2004 que preveía:

> *"El Tribunal Supremo de Justicia, en cualquier estado de la causa,* ***podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes****. Sólo serán admisibles las pruebas contempladas en el artículo 19 de la presente Ley".*

El artículo 32 de la LOTSJ establece que para el caso del control concentrado de la constitucionalidad no privará el principio dispositivo pudiendo el juez suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público. Luego el artículo 34 de la LOTSJ establece que cuando se declare de conformidad a derecho la desaplicación por control difuso previamente decidido por cualquier tribunal de la República, la SC puede ordenar el inicio del procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad.

Además la misma LOTSJ en el artículo 142 atribuye al juez constitucional la facultad de ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.

El principio inquisitivo en el ordenamiento jurídico venezolano implica que el juez no debe mantenerse inactivo ante sobre los hechos objeto del proceso y que, como director del proceso, de conformidad con el artículo 14 del CPC, está llamado a esclarecer las dudas en busca de la verdad, ello, claro está, en los límites de su oficio, según lo dispone el artículo 12 del CPC.

Especialmente, por tratarse de un conflicto de interés público, en los procesos constitucionales el juez no puede permanecer inactivo ni limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aportan, si hay su juicio hubiere todavía elementos o hechos dudosos u oscuros. Para garantizar la eficacia de la Constitución y de la administración de

justicia el juez debe estar dotado de poderes de investigación para llegar a la verdad de los hechos alegados.

El juez constitucional ejerce un papel decisivo en la actividad probatoria, correspondiéndole, por ejemplo decidir si debe obtener de las cámaras o asambleas, del gobierno o de los órganos ejecutivos, o de la administración, la remisión de los expedientes, informes y documentos referentes al acto o disposición, o "*Decidir si es necesario la práctica de pruebas, así como sobre la forma y tiempo de su realización* (…)"[14].

Manifestación de este principio inquisitivo es la facultad del juez constitucional de, en cualquier estado y grado del proceso, acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinente. En ese sentido el artículo 130 de la LOTSJ establece: "*La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto*".

3.3. Principio de libertad probatoria

La aplicación del principio de libertad probatoria es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, en concordancia con el artículo 395 del CPC[15]. De acuerdo con el principio de libertad probatoria las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, de forma que pueden hacer uso de todos los medios probatorios, no sólo de los previstos en el CPC y el Código Civil[16] (CC), sino de todos aquellos regulados en otras leyes o que, aun sin estar regulados, no estén expresamente prohibidos por estas. Resulta entonces incompatible con la Constitución cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes o el juez, con excepción de aquellos legalmente pro-

[14] Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980. p.173.

[15] Artículo 395. Son medios de prueba admisibles en juicio 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.

[16] Gaceta Oficial número 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

hibidos, los obtenidos de forma ilegal o que resultan impertinentes para la demostración de sus pretensiones. Otras excepciones a este principio deben ser establecidas expresamente por la ley. [17]

Al no establecerse limitación alguna, el juez constitucional tiene la posibilidad de utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho, esto es, "*todo elemento que sirva, de una y otra manera, para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato determinado*"[18]. En efecto, para que la prueba pueda cumplir el fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar a las partes y al juez la libertad de obtener todas las pruebas que sean pertinentes.

En este sentido el artículo 398 del CPC, referido al principio de la libertad de admisión de las pruebas, señala que el juez providenciará los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes[19]. Con similar redacción, la LOTSJ en su artículo 140 dispone que en el lapso de pruebas, el Juzgado Sustanciador admitirá las pruebas que sean legales y procedentes y desechará las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Al respecto, la Sala Políticoadministrativa (SPA) en sentencia número 1676 de fecha 6 de octubre de 2004, indicó que "*la regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente al hacimiento de la prueba, salvo que esté expresamente prohibido por la ley, al resultar evidente que el derecho a probar lo pretendido en juicio, o a desechar lo señalado por la parte contraria, responde precisamente a la concepción general del derecho a la defensa, cuya consagración actualmente se encuentra contenida en el artículo 49 de la Constitución*

[17] Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Janeth Machado contra Alcaldía del Municipio Santa Bárbara del Estado Monagas, sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, con ponencia del Magistrado Alejandro Soto Villasmil; Caso Ambiorix Polanco Pérez contra la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sentencia de fecha 25 de marzo de 2008, con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero.

[18] Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit. p.174.

[19] Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Juan Humberto Cemborain Blanco contra CADIVI, sentencia de fecha 06 de marzo de 2012.

de la República Bolivariana de Venezuela, y que en materia probatoria se concretiza en dos principios que le son inherentes: el de la contradicción y el de control de la prueba. (Ver, CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO, Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, p. 19)".

Con respecto a la finalidad del principio de libertad de los medios probatorios, la SC mediante sentencia número 3332 de fecha 4 de noviembre de 2005 señaló que:

> *"(...) el legislador procesal cuando estableció (véase el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil) que las partes pueden hacerse valer de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, que consideren conducente para la demostración de sus pretensiones, lo hizo con el propósito de que el debate probatorio fuese lo más amplio posible, haciendo permisible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez y la consecución de una decisión basada en la verdad real y no sólo formal; procurándose, además, de este modo de una justicia más eficaz".*

En sentencia número1879 de fecha 21 de noviembre de 2007, la misma SC analizó el tema de la admisibilidad de la prueba, estableciendo lo siguiente:

> *"... la Sala considera oportuno reiterar una vez más, su criterio en cuanto al régimen legal aplicable para la admisión de las pruebas en el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en lo relativo al principio de libertad de los medios probatorios, así como de su admisión, en el sentido de que resulta incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones".*

De la misma forma, de acuerdo a lo establecido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia número 531 del 26 de abril de 2010 (caso Juan Vicente Rangel Henríquez), sobre la base del referido principio de libertad de los medios de prueba, se colige que una vez analizada la prueba promovida, el juez habrá de declarar

la legalidad y pertinencia de la misma y, en consecuencia, habrá de admitirla; pues: i) sólo cuando se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, que no constituya el medio eficiente a los fines de la demostración que se pretende en el proceso –que devendría en todo caso en una forma de impertinencia de la prueba–; o, ii) cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal, no idónea o impertinente, y por tanto inadmisible.

Es claro entonces que la regla es la admisión de las pruebas y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad o manifiesta impertinencia. Por ello y para garantizar el derecho constitucional a la prueba, es indispensable que la inadmisión de la prueba deba estar lo suficientemente motivada y razonada, además de apoyada en premisas fácticas reales.

3.4. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

Conforme al principio de la necesidad de la prueba, los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes o por el juez, sin que este último pueda remplazarlas con su conocimiento privado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 del CPC, en concordancia con el numeral 5 del artículo 243 *eiusdem* que establece que toda sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.

En efecto, este principio exige que los hechos sobre los cuales se fundamente la decisión judicial "*estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, (...), sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio*"[20].

[20] Hernando Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. De Zavalía – Editor, Buenos Aires, 1981. p. 115.

El principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez está cercanamente relacionado con el principio contradictorio de la prueba, según el cual se exige que la prueba se rinda con conocimiento de las partes a fin de que exista la oportunidad de hacer valer derechos en la ejecución de la probanza[21].

El conocimiento privado del juez es aquello que él sabe y conoce pero que no está en el expediente. El principio es que al juez le está vedado usar su conocimiento privado para resolver el caso. Es verdad que el juez puede ordenar medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente su conocimiento privado. Este es el único modo de llevar al expediente lo que él sabe o conoce. El juez siempre deberá estar vinculado para decidir al principio fundamental del proceso establecido en el artículo 12 del CPC, conforme al cual "*debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados*".

Devis Echandía señala que el juez puede hacer uso del conocimiento privado que tenga sobre los hechos relacionados con el proceso que sustancia a fin de ordenar de oficio la producción de pruebas dirigidas a acreditarlos. "*Una cosa es que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria, y otra que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente*".[22]

Que el juez base su decisión en su conocimiento privado, prescindiendo de las pruebas aportadas en el proceso es sin duda una violación del principio fundamental del derecho probatorio, así como al principio de imparcialidad, la posibilidad de contradicción de la prueba y de la igualdad de oportunidades y el derecho de las partes en el debate probatorio[23].

De esta forma, "*El juez constitucional, cuando se trata de resolver fundado en situaciones de hecho, salvo que se trate de un "hecho notorio" que por ello no es objeto de prueba (artículo 506 del Código*

[21] Oscar Pierre Tapia, *La prueba en el proceso venezolano*, 4ta edición, Barcelona, 1980. p.47.
[22] Hernando Devis Echandía, Ob. cit.
[23] Anna Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, ob. cit. p.211.

de Procedimiento Civil), no puede decidir sin pruebas. Actuar y decidir de manera diferente, no es otra cosa que una arbitrariedad judicial"[24].

3.5. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

De acuerdo con el principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba, el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador para llegar a una conclusión sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes en juicio, tal como lo establece el artículo 395 CPC.

Lo anterior fue señalado por la SC en sentencia número 3332, de fecha 4 de noviembre de 2005, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, al establecer que:

> *"Siendo que el fin principal del proceso es la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución, la función jurisdiccional del Estado en satisfacción del interés público) y la justa composición del litigio a petición del actor requieren para la consecución de tal fin, del contacto con la realidad del caso en concreto y eso se logra a través de las pruebas aportadas por los justiciables.*
> *En tal sentido, el Juez para conocer las características y circunstancias del caso en concreto, así como de la correcta aplicación de la norma, requiere del contacto con la realidad, que sólo se obtiene mediante la prueba, siendo éste el único camino a recorrer para que el Juez pueda conocer los hechos que le permitirán adoptar la decisión legal justa aplicable al caso en concreto, para la resolución del mismo".*

El principio de legalidad de la prueba se caracteriza por ser el rector dado que de él se desprende la obligación de los jueces de admitir los medios de prueba establecidos en las leyes, y, además, todos aquellos medios probatorios no prohibidos expresamente por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones.

[24] Allan Brewer-Carías, "Prólogo a la Presente Edición 2013 (Edición Venezolana)", en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 49.

De esta forma, en el proceso constitucional, son numerosos los medios de prueba para llevar los hechos a los autos, haciendo la salvedad de que si se tratare de medios utilizados que tienen una regulación específica, tanto en lo que respecta a su producción como a su apreciación, dichas normas deben ser observadas para no afectar su validez, o de lo contrario devendría la prueba en ilegal (por ejemplo, por la omisión de formas legales de promoción). Si se tratare de medios no regulados de forma expresa en su utilización y apreciación no tendrían otros límites que la aplicación de las reglas de la sana crítica y el respeto a los derechos constitucionales[25].

Conviene hacer referencia a la forma como se obtiene la prueba, pues aun cuando se trate de pruebas reguladas por la ley, puede ocurrir que, en el caso concreto, sea contrario a derecho por la forma como el promovente la obtuvo. Para ejemplos de pruebas obtenidas ilícitamente, téngase en cuenta el caso de una confesión obtenida mediante torturas, coacción física, moral o psíquica (en violación del artículo 49, numeral 5 de la Constitución).

Con la anterior se quiere significar que el principio de legalidad de la prueba no se limita a comprobar la existencia, validez y eficacia legal probatoria, sino que se extiende hasta la exigencia de la licitud de la obtención o creación del medio de prueba. De esta forma se prohíbe, o, en palabras de Jesús Eduardo Cabrera, es ilícita y no puede ser premiada por el derecho una conducta indigna para la obtención de una prueba que desconozca o transgreda derechos de otras personas, en particular, de su contraparte[26].

En este sentido, "*quien para obtener un conocimiento o para lograr un medio de prueba, desconoce los derechos personales de su contraparte que la protegen en relación con la prueba que se promoverá en su contra, pierde el derecho de promover el medio, producto de su actitud ilícita, al menos en el proceso donde la víctima es parte, si ella reclama la ilicitud en su contra*"[27].

---

[25] Ibidem p. 341-342.
[26] Ibidem p.14-15.
[27] Ibidem p. 17.

Así pues, cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, el juez puede declarar su ilegalidad.

3.6. Principio de la comunidad de la prueba

Conforme al principio de la comunidad de la prueba las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, es decir, que el acervo probatorio que alguna de las partes lleven al proceso no es para su beneficio exclusivo, por lo que el juez debe apreciarla por lo que de ella se deduce o demuestra y no por su origen.

Todas las pruebas aportadas por las partes al proceso dejan de estar bajo disposición de la parte que la haya producido y pasan a servir a todos los sujetos del proceso (la otra parte y el juez). Así pues, no se pretenderá que el medio probatorio beneficie solo a la parte que lo aporta, sino que "*una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla*"[28].

En efecto, "*Según el principio de adquisición procesal, la actividad de las partes no determina la conducta del juez en la formación de su convicción acerca del mérito de las pruebas, las cuales se consideran adquiridas para el proceso y no para cada una de las partes individualmente consideradas*"[29].

El principio de comunidad de la prueba significa que el cúmulo de pruebas del proceso forma una unidad, independientemente de quien las haya aportado a juicio, y como tal debe ser examinada y apreciada por el juez quien deberá cotejarlas entre sí, determinando su concordancia o discordancia a fin de que su convencimiento surja de la verdad que se deriva de las pruebas en su conjunto, según lo disponen los artículos 508 y 509 del CPC.

---

[28] Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano,* ob. cit.

[29] Tribunal Supremo de Justicia. Doctrina de la Sala de Casación Civil 2000-2001. Colección Doctrina Judicial, número1. Caracas, 2002. Compiladora: Adriana Padilla Alfonzo, p. 285, cit. en Salvador Yannuzzi Rodríguez, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano,* ob. cit.

Este principio propugna que una vez aportado por las partes al proceso un medio probatorio, éste va a conformar un todo unívoco con las demás probanzas del expediente que constituye la materia probatoria sobre la que se basará la decisión final.

La prueba pasa entonces a pertenecer al proceso y el juez debe analizar y juzgar todas las pruebas producidas, sin importar para ello cuál fue la parte que la trajo al proceso.

Fraga Pittaluga explica que de este principio se desprenden tres consecuencias fundamentales, a saber:

a. Aun cuando el promovente pretenda beneficiarse de la prueba llevada por éste al proceso, esta aspiración puede resultar frustrada cuando el medio producido lejos de favorecerlo lo perjudica fortaleciendo la posición de su contraparte.
b. Una vez practicada la prueba, las partes quedan imposibilitadas de renunciar o desistir de la misma, desde que las pruebas incorporadas al proceso ya no les pertenecen.
c. Cuando se acumulan varios procesos, la prueba practicada en cualquiera de ellos vale para todos –principio de la prueba trasladada–, porque si el juez adquiere convicción respecto de un hecho común a todas las causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a ellas, a pesar de que se resuelvan en una sola sentencia[30].

3.7. Principio de lealtad probatoria

El principio de lealtad probatoria conmina a las partes a no usar las pruebas para ocultar o deformar la realidad o para inducir al juez a engaño. Se relaciona con el principio de la buena fe, conforme al cual las partes están obligadas a actuar con probidad, ajustando sus actuaciones a dichas reglas. Se deduce de lo previsto en el artículo 170, numeral 3 del CPC, según el cual:

> *"Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y prioridad. En tal virtud, deberán: (...)*

[30] Luis Fraga Pittaluga, "Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo" en *Revista de Derecho Administrativo,* número 3, mayo-agosto 1998. Editorial Sherwood, Caracas, 1998. P. 79.

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan".

3.8. Principio de contradicción de la prueba

El principio de contradicción de la prueba rechaza la prueba secreta o ilícita practicada sin el control de las partes o de una de ellas, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso[31]. El principio de contradicción de la prueba está consagrado en el artículo 397 del CPC que establece que la parte contra quien se opone una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y controlar su evacuación. En efecto, conforme a este principio se le debe brindar a la parte contra la que se opone una prueba la oportunidad de controlar su evacuación y contradecirla con otro medio probatorio[32].

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), el principio de contradicción de la prueba es uno de "los más elementales principios probatorios", que exige que "*las pruebas sean promovidas y practicadas dentro del juicio, ello con la finalidad de que la parte contraria a la promovente pueda ejercer su legítimo derecho a contradecir y controlar su promoción y evacuación*"[33].

3.9. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

El principio de igualdad de oportunidades para la prueba está previsto en los artículos 15, 388 y 401 del CPC, supone que las partes deben disponer de idénticas oportunidades para promover y hacer que se evacúen sus pruebas, así como para contradecir las promovidas por su contraparte.

---

[31] Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit. p.123.

[32] Artículo 397. Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos. Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

[33] Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia número 334 del 06 de abril del 2016, caso "CVG Venalum vs. Bertha Cansino".

La doctrina afirma que el principio de la igualdad de las partes –morigerado en la justicia constitucional donde el legitimado pasivo, es decir el órgano que dictó la ley o acto recurrido, puede tener una fuerza distinta a la de los particulares y contar con privilegios y prerrogativas– busca evitar cualquier tipo de discriminación, por lo que se ha admitido que en aplicación de este principio de igualdad de trato en la aplicación de la ley, los pronunciamientos que se deriven de pleitos con semejantes o equivalentes situaciones, y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales, no puedan apartarse o ser distintos uno de los otros, salvo que, se vulnere el derecho a la igualdad de manera justificada.

3.10. Principio de pertinencia de la prueba

La pertinencia de la prueba exige que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio de prueba que se pretende usar y el hecho que se precisa demostrar. La *pertinencia*, en criterio de la doctrina –Cabrera– debe ser entendida como "*la congruencia que debe existir entre el objeto fáctico de la prueba promovida y los hechos alegados y controvertidos*"[34]. De tal forma que una prueba será impertinente cuando no guarde relación con los hechos controvertidos.

En efecto, con fundamento en este principio son inadmisibles las pruebas que no sirvan para acreditar los hechos controvertidos en el proceso. Este principio está recogido en el artículo 398 del CPC que dispone "*el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes*".

Como señala el citado artículo 398 del CPC, es necesario que esa impertinencia sea manifiesta para poder acarrear la inadmisión de la prueba. Esto tiene por finalidad permitir la prueba de los hechos indiciarios los cuales, si bien no tienen una vinculación directa con los hechos litigiosos, una vez incorporados a los autos sí pueden mostrar dicha vinculación[35].

---

[34] Jesús E. Cabrera Romero, *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, Tomo I, Editorial Jurídica Alva. Caracas 1989. P. 330.

[35] Ibidem.

La conducencia tiene que ver con la aptitud del medio para establecer el hecho que se trata de probar o, como indica Devis Echandía, "*la conducencia se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar"*. De esta forma, la prueba será inconducente cuando el medio es ineficaz para demostrar el hecho que se desea probar, como por ejemplo utilizar el testimonio para demostrar la composición química de una sustancia cuando el medio adecuado para ello sería la experticia[36].

Tanto el principio de idoneidad como el de pertinencia de la prueba, son útiles limitaciones al principio de la libertad de medios probatorios, vinculada a principios procesales de economía y celeridad procesal[37]. Esta limitación a la libertad de medios de prueba figura como una de las potestades inquisitivas del juez constitucional en el artículo 140 de la LOTSJ, por la que el tribunal deberá ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos que aparezcan claramente como no controvertidos entre las partes.

Al respecto, la SPA del TSJ, en sentencia número 1879 de fecha 21 de noviembre de 2007, señaló los criterios que debe tomar en cuenta el juzgador al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas, que son la legalidad y la pertinencia, y en ese sentido estableció que:

> *"Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia…"*

---

36 Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Ediciones Paredes, Caracas, 2013.

37 Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso "INVERSIONES HOTELERAS 7070, C.A".

Ahora bien, consideramos que este principio de pertinencia de la prueba aplica no solo a la actividad probatoria llevada a cabo por las partes, sino que también informa a las actuaciones de evacuación de pruebas que ordene el juez constitucional en los procesos constitucionales.

En efecto, la potestad por medio de la cual el juez puede ordenar de oficio la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, debe ser ejercida en conformidad con los principios que rigen el sistema probatorio, por lo cual si el juez ordenare alguna prueba esta debe ser pertinente, congruente y necesaria al proceso.

3.11. Principio de la facilidad de la prueba

Si bien conforme al principio de la carga de la prueba cada una de las partes está obligada a probar sus alegatos, de manera que "quien alega debe probar", es lo cierto que esta regla puede verse relajada por el principio de la facilidad que comporta la carga para una de las partes de suministrar la prueba que está en su poder –aun cuando dicha prueba no la favoreciera– porque le resulta más fácil traerla al proceso que a su contraparte.

En el proceso de control constitucional se ha debatido la posibilidad de –dada las especiales condiciones de la materia controvertida– modificar o relajar dicha regla, puesto que el fin último del proceso es la protección de la Constitución.

Lo anterior supone admitir una mayor aceptación del principio antes enunciado sobre la facilidad de la prueba, también llamado principio de solidaridad, según el cual la carga de la prueba debe recaer sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba[38].

Inclusive, el propio juez constitucional tiene la potestad –y el deber– de decretar y practicar pruebas de oficio cuando falten elementos que lo lleven a la certeza, de modo que en la gestión probatoria puede hacer uso de la oficiosidad, puesto que como ya se indicó, *lo que se pretende es la guarda e integridad de la Constitución*[39].

---

[38] Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. 186.

[39] Ibidem. Pp. 186 y ss.

3.12. Principio de relevo de prueba de hechos negativos

En épocas pasadas se afirmaba que la prueba de los hechos negativos no era procedente, desde que no puede probarse lo que se niega. De forma que se concluía que cuando se alegaban hechos negativos se invertía la carga de la prueba, debiendo probar quien quería desmentir el hecho negativo. Por la naturaleza de las cosas es nula la prueba del que niega un hecho (*Per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*).

Sin embargo, los hechos negativos si pueden y deben probarse. El hecho negativo supone o implica siempre un hecho afirmativo que es su antítesis o que está implícito en la negación. Es cierto que los hechos negativos no son objeto de prueba directa, pero si pueden deducirse a través de la prueba de la afirmación que está implícita en la negación.

Cuando se alega que no se estuvo presente en la sesión de la Cámara Legislativa cuando se aprobó la ley, puede sin embargo demostrarse ese hecho negativo probando que se estuvo en la universidad dando una conferencia, el mismo día a la hora que se reunió la Cámara Legislativa para aprobar la ley. Como señala Fraga Pittaluga, citando a Devis Echandía *"es importante no confundir este principio con la circunstancia de que se niegue un hecho. (...) la negación o afirmación puede ser simple modalidad de redacción porque es lo mismo negar la existencia de un hecho que afirmar su inexistencia; en consecuencia, no es lógico distribuir la carga de la prueba atendiendo sólo a la formulación negativa o afirmativa de los hechos. Además, tan posible es probar que existe el hecho afirmado como el contrario que está implícito en su negación. De manera que sólo las negaciones indefinidas, como no haber nunca ejecutado un hecho, son las de imposible prueba. Así, será la naturaleza del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba y en todo caso eso tampoco será determinante porque puede suceder que una de las partes esté en capacidad de probar los hechos afirmados o negados por ambas"*[40].

La dificultad que provoca la prueba de estos hechos negativos trae como consecuencia que se atenúe la rigurosidad de las reglas que gobiernan la carga de la prueba –*onus probandi*– pero de ningún modo po-

[40] Luis Fraga Pittaluga, Ob. Cit. P. 74.

demos decir de manera definitiva que invocar un hecho negativo releva de prueba a quien lo alega.

Podría ser aplicable en estos casos el principio antes enunciado sobre la facilidad de la prueba, según el cual la carga de la prueba debe recaer sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba.

3.13. Principio de alteridad de la prueba

Conforme al principio de alteridad de la prueba las partes no pueden crearse pruebas en su propio beneficio. Nadie puede producir una prueba limitando la posibilidad de que el adversario o contrincante ejerza el debido control y contradicción de la prueba, ni puede tampoco omitirse las formalidades y la oportunidad para la promoción y evacuación de las pruebas, ni obviarse el cumplimiento de todo el régimen jurídico que gobierna los distintos medios de pruebas.

4. PROCEDIMIENTO PROBATORIO SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Como hemos señalado previamente, lamentamos que las regulaciones de la LOTSJ sobre la prueba en los procesos constitucionales sean poco claras e insuficientes para regular correctamente todo el tema probatorio en esta jurisdicción constitucional.

4.1. Promoción de las pruebas (artículo 139)

En primer lugar vamos a referirnos a la promoción de las pruebas. La LOTSJ no regula un lapso de promoción de pruebas de manera clara y ordenada. El artículo 139 de la LOTSJ establece que después del pronunciamiento del tribunal sobre la admisión de la participación de los terceros en el proceso se abrirá el lapso de 10 días para consignar los escritos de promoción de pruebas, así como para evacuar las pruebas documentales. Dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes.

4.2. Oposición a la admisión de las pruebas (artículo 139)

Culminado el lapso para la promoción de pruebas, comenzará a transcurrir otro de tres días de despacho en el cual las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas que consideren manifiestamente ilegales o impertinentes. Consideramos que la expresión pruebas manifiestamente ilegales que utiliza el legislador en el artículo 139 de la LOTSJ, alude a la prueba ilegal propiamente dicha y, también, incluye la prueba ilícita.

Para que las pruebas entren correctamente al proceso, es necesario que sean legítimas, legales, conducentes, definidas, y pertinentes. La prueba legal es la que se ha creado y propuesto de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley. Las pruebas ilegales son las que no cumplen adecuadamente con los requisitos de existencia, validez y eficacia que se establece la ley. La prueba puede ser manifiestamente ilegal cuando el medio probatorio promovido está expresamente prohibido por la ley o hay expresa prohibición para su uso en un caso concreto. Otra cosa distinta a la ilegalidad de la prueba es la prueba ilícita que es la que viola derechos constitucionales o legales de alguna de las partes por haber sido construida o adquirida en contra de la ley.

El artículo 139 de la LOTSJ también establece que las partes podrán oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que consideren impertinentes. La pertinencia de la prueba se refiere a su objeto, es decir a la necesidad de que lo que se busca probar guarde relación directa con la pretensión, con las argumentaciones de las partes y con el tema que se decide.

La pertinencia de la prueba es la congruencia que necesariamente debe existir entre el objeto fáctico de la prueba promovida y los hechos alegados y controvertidos. El promovente, cuando anuncia la prueba debe indicar los hechos que pretende probar, ello sirve para comparar lo que se pretende probar con los alegados y controvertidos y, en consecuencia, determinar la pertinencia de la prueba. La prueba sería entonces impertinente si el medio promovido no se corresponde con el hecho litigioso.

4.3. Admisión de pruebas (artículo 140)

Dentro de los cinco días de despacho luego del vencimiento del lapso antes mencionado, el Juzgado de Sustanciación providenciará los escritos de prueba de forma que admitirá aquellos que sean legales y procedentes, desechando entonces los que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Asimismo, el Tribunal ordenará en el mismo auto, que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos que aparezcan claramente como no controvertidos entre las partes. En esa oportunidad se fijará la audiencia pública y se remitirá el expediente a la Sala.

Si llegare a suceder que ninguno de los intervinientes promoviere pruebas distintas a las documentales, la causa entrará en estado de sentencia y el Juzgado de Sustanciación remitirá el expediente a la Sala, para que decida en un plazo de veinte días de despacho, sin embargo, de acuerdo con el principio inquisitivo y el propio artículo 140, queda a salvo la facultad de la SC de fijar audiencia si lo estima pertinente.

4.4. Evacuación de pruebas (artículo 142)

En la oportunidad de la audiencia pública, la Sala debe exponer en qué términos quedó trabada la controversia, así como ordenar, si fuere el caso, la evacuación de las pruebas en la misma audiencia o en otra oportunidad, de la misma manera deberá resolver cualquier incidencia en relación con el control y contradicción de la prueba.

La audiencia fijada continuará en la oportunidad que determine el tribunal y así cuantas veces sea necesario para agotar completamente el debate.

Una vez que el tribunal oiga a los intervinientes, este podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros, poniéndose de relieve nuevamente la facultad del juez constitucional de practicar pruebas de oficio, ejerciendo su condición de director del proceso, "*comportándose como actor social ayudando a esclarecer los hechos, y no cruzarse de brazos, cuando hagan falta elementos que lo lleven a la certeza*"[41].

[41] Ibidem.

5. OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba –*thema probandum*– es la respuesta a la pregunta qué se prueba en el proceso constitucional. Son los hechos que de manera concreta deben demostrarse, es decir, los hechos que generan los vicios de inconstitucionalidad. Es la determinación del hecho a probar. El hecho que justamente condiciona la procedencia de la inconstitucionalidad.

El objeto de la prueba será distinto dependiendo del medio de control constitucional de que se trate. Por lo que se refiere al control de constitucionalidad concentrado o abstracto, cuando la pretensión de nulidad se dirige contra un acto meramente normativo, el debate planteado será, en ocasiones, solo de mero derecho, razón por la cual se podría prescindir de la actividad probatoria, desde que el juez constitucional decidirá con el cotejo entre la norma demandada y la Constitución.

En efecto, en los procesos de control abstracto de constitucionalidad, es necesario distinguir entre los vicios materiales y lo vicios formales o de procedimiento. La inconstitucionalidad material se refiere al contenido de la ley y su conformidad o no con el texto constitucional. En estos casos "*... se hace un juicio a un acto jurídico para la salvaguarda e integridad de la Constitución*", lo que se busca es determinar si es o no constitucional la norma demandada, por lo tanto, el tema de la prueba está constituido por los hechos generadores de los vicios de inconstitucionalidad.

En estos casos el examen que realiza el juez constitucional, se dirige a cotejar el contenido a norma demandada y la Constitución con el fin de determinar si existe alguna contrariedad o conflicto de fondo, por lo que la doctrina mayoritaria admite que se trata de un examen de puro derecho que no precisa procedimiento probatorio alguno.

En este sentido González Pérez señala que la prueba en el proceso constitucional "*no tendrá sentido en aquellos procesos que tengan por objeto verificar la inconstitucionalidad de una norma –pues bastará la confrontación de dos disposiciones–; pero sí tendrá sentido cuando exista disconformidad acerca de los hechos en los procesos de amparo*"[42].

[42] Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit. p. 173.

Sin embargo, hay autores que opinan distinto. López Medina señala que "*la acción de inconstitucionalidad cada vez más se vuelve un proceso de control 'concreto' donde empiezan a volverse discernibles las partes, sus intereses y la reconstrucción probatoria de un mundo extrajurídico que pesa tanto como el derecho formal mismo en la determinación de la anulabilidad de la ley por razones constitucionales*"[43].

López Medina indica que las consecuencias que genera la norma son las que en realidad deben contrastarse con la Constitución para determinar si dichas normas son o no constitucionales, es decir, se requiere de "*elementos empíricos que trascienden de lo jurídico y que solo pueden hacerse visibles a través de la actividad probatoria*"[44]. López Medina se refiere a las normas con impacto económico que, al no ser abstractamente inconstitucionales, dependerían en su nulidad o validez de la afectación de derechos constitucionales, "*ya no en su diseño normativo, sino en las consecuencias económicas, sociales y políticas concretas que de ellas se desprendan*"[45].

En efecto, para el caso de normas que no sean abstractamente inconstitucionales, su nulidad o validez dependerá de la comprobación de la afectación de normas constitucionales no en su diseño normativo, sino en las consecuencias económicas, sociales y políticas que su aplicación produce. En estos casos el objeto de la prueba será, precisamente, demostrar sin duda alguna la afectación.

De otra parte, puede ocurrir que se trate de un vicio de forma o de procedimiento, y no en el contenido de la norma. Se puede incurrir en este vicio de forma o de procedimiento durante el procedimiento de formación de la ley u otros actos dictados en ejecución directa de la Constitución. En estos casos el *thema probandum* es, precisamente, la determinación de los vicios del procedimiento.

En efecto, en los procesos de inconstitucionalidad por vicios formales, el fin es determinar el cumplimiento de cada una de las etapas que conforman el procedimiento, de rango constitucional, de formación

---

[43] Diego López Medina, "Presentación a la Edición Colombiana", en Ana Giacomette Ferrer, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Edición Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014. P. 70.

[44] Diego López Medina, "Presentación a la Edición Colombiana", en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. P. 70.

[45] Ibidem.

de la ley, puesto que "*las decisiones legislativas no pueden producirse de cualquier forma, sino que deben respetar unos procedimientos previamente establecidos*"[46]. Estos vicios formales a su vez pueden constituirse en el trámite de formación de la ley o a través de hechos que fueron relevantes para tomar la decisión[47].

Como sabemos es solo a través de la ley, como expresión de la voluntad popular y como única fuente de derecho con virtualidad democrática, que pueden regularse los derechos civiles, sociales económicos y políticos, así como la organización y funcionamiento de los órganos del Estado. El cumplimiento del procedimiento para la elaboración de las leyes –garantía procedimental– asegura la validez democrática de la ley, permite el más amplio consenso y la participación, perfecciona el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia. A la vez supone la prohibición o rechazo total de la imposición de procedimientos mediante disposiciones de carácter sub legal como lo sería un acto administrativo o una sentencia.

El procedimiento especial para la elaboración o formación de leyes está establecido en la Constitución en la Sección cuarta: De la formación de las Leyes, del Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Del Título V de la Organización del Poder Público Nacional, y comprende los artículos 202 al 218, que determinan las formalidades que debe

---

46 Luis C. Sáchica, Cit. en Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 124.

47 Al respecto de este particular, en el derecho colombiano: "En materia de trámites, el profesor Rey Cantor menciona a manera de hipótesis de vicios en el procedimiento de expedición de la ley; "(…) *que entre el primero y el segundo debate no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se adopte por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente. En tratándose de proyectos de actos legislativos, que no se presente informe de ponencia en la comisión encargada de tramitarlo en primer debate; debatir la segunda vuelta iniciativas no presentadas en la primera; que en la segunda vuelta no se apruebe el proyecto con el voto de la mayoría de los miembros de las comisiones o de las plenarias de las cámaras. En el caso de los decretos con fuerza de ley, que el Gobierno Nacional no esté conformado por el Presidente de la República y los correspondientes ministros y/o directores de departamentos administrativos*" (Rey Cantor Ernesto, Ob. Cit. p.78). En lo tocante a los hechos generadores, el constitucionalista Luis Carlos Sáchica, indica "La Corte puede ordenar que se demuestren o comprueben las situaciones de tensión o conflicto que dan lugar a implantar los estados de excepción, esto es, el estallido o la invasión que provocó la guerra, el desorden público o lo que generó la conmoción interior, la situación imprevista que suscitó una emergencia social o económica" (Cit. en Rey Cantor Ernesto, Ob. Cit. p.73)", Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 184.

cumplir el órgano legislativo para que las regulaciones legales estén investidas de legitimidad constitucional y democrática, entre las cuales podemos mencionar: la iniciativa de ley (artículo 204); la discusión de los proyectos de ley, sus artículos, procedencia y conveniencia, a través de dos discusiones (artículos 207 al 211); el estudio e informe de la Comisión parlamentaria directamente relacionada con la materia objeto de la ley (artículo 208 y 209); las consultas de carácter público realizadas a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, así como las consultas a los estados, en las materias relativas a los mismos (artículo 211); la aprobación y sanción de la ley por la mayoría de votos en la plenaria de la Asamblea Nacional (artículo 209) y la posterior promulgación por el Presidente de la República (artículo 214).

De forma que la ley debe ser dictada por la Asamblea Nacional conforme con las garantías del procedimiento parlamentario antes establecidas. En caso de vicios de este procedimiento, el objeto de la prueba será el defecto en el cumplimiento del procedimiento legislativo de formación de leyes.

De otra parte, en los procesos de amparo o tutela constitucional, que tienen como finalidad la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados de violación, el tema de la prueba debe constituirse en los *hechos que tengan relación con la acción u omisión que ponga en peligro el derecho fundamental del accionante (*ya sea porque se generó el daño o porque se produjo la amenaza*)*[48].

La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa por su parte es una modalidad del control de la constitucionalidad por medio de la cual se demanda la inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo que, por un tiempo prolongado e indefinido o en violación al lapso establecido en la Constitución, ha permanecido inactivo, de forma total o parcial, en el cumplimiento de su obligación constitucional de dictar leyes que regulen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo de manera que dichos preceptos o uno de ellos, es ineficaz, en virtud de la omisión total o de la legislación incompleta o defectuosa, con lo cual se produce la violación de la Constitución.

En la omisión legislativa el objeto de la prueba sería entonces el incumplimiento por parte del órgano legislativo de la obligación

[48] Ana Giacomette Ferrer, Ob. Cit. p. 202.

constitucional concreta y específica de dictar determinada ley durante un tiempo razonable o exceso del tiempo que se haya fijado constitucionalmente, es decir la inacción legislativa lo que obviamente es un hecho. También hay omisión legislativa cuando se prueba que se ha dictado una regulación de forma incompleta o parcial, que produce consecuencias contrarias a la Constitución y violatorias de los derechos y garantías individuales. Pero además, en el recurso de omisión legislativa sería objeto de prueba, el incumplimiento por parte del órgano legislativo, de la obligación de dictar otros actos sin forma de ley, tales como la designación de los titulares de los órganos de rango constitucional como los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los rectores del CNE, el Fiscal General de la República, entre otros.

6. CARGA DE LA PRUEBA

El tema de la carga de la prueba, *onus probandi*, se refiere a la determinación de la parte en el proceso que tiene la obligación concreta de probar el hecho dudoso o la parte sobre la cual recae las consecuencias negativas de la inactividad probatoria.

Sabemos que la falta de prueba perjudica a quien teniendo la carga de probar no lo hizo. Determinar quién tiene la carga de la prueba es fundamental dentro del proceso, pues por muchos motivos la falta de pruebas no perjudica de la misma manera a las partes. En relación a las pruebas, y esto no es violación al principio de igualdad dentro del proceso, las partes no tienen la misma posición en juicio y la falta de prueba no los perjudica en la misma medida. El principal afectado por la falta, deficiencia, impertinencia o ausencia de pruebas es aquel que teniendo la obligación de probar no lo hizo. "*Por todo esto, para el proceso resulta de suma importancia determinar sobre quien recaen los efectos negativos de la inactividad probatoria, y a esto atiende el llamado principio de la distribución de la carga de la prueba, calificado por un autor como 'la espina dorsal del proceso*'".[49]

[49] R. Pina Vara, *Tratado de las Pruebas Civiles*. Ob. cit., p. 83. Citado por Román J. Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. t. I, Colección Manuales de Derecho, Ediciones Fundación Projusticia, Caracas, 2000, p. 244.

El principio general y clásico es que la parte que alega debe demostrar sus afirmaciones. Quien afirma hechos que configure sus pretensión debe demostrarlos, de allí que el actor debe demostrar sus afirmaciones (*onus probando incumbit actori*). Si el demandado los contradice alegando hechos nuevos debe entonces probarlos. (*Reus in excepcione fit actor*). El artículo 506 del CPC, que sabemos es de aplicación supletoria en los procesos constitucionales, establece este principio tradicional y clásico conforme al cual las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. También prevé la norma que los hechos notorios no se prueban.

Ahora bien, hemos dicho anteriormente que es muy lamentable la ausencia de una ley especial que regule la jurisdicción constitucional y que con la adecuada precisión normativa ajuste estos conceptos tradicionales, estáticos y clásicos a una jurisdicción que debe regirse por principios distintos y especiales. La regulación transitoria de la LOTSJ es insuficiente y la del CPC que se aplica supletoriamente en ocasiones, además de insuficiente, es inadecuada o de inconveniente aplicación a esta materia constitucional, de manera que el tema de la carga de la prueba pone de manifiesto la notoria precariedad de la regulación.

El asunto es importante no solo frente a la responsabilidad de las partes, sino también cuanto a la orientación que debe tener el juez respecto de cómo debe sentenciar. En efecto, la carga de la prueba impacta también a la forma cómo el juez debe sentenciar pues en principio, conforme a la noción clásica y tradicional, debería fallar en contra de la parte que ha incumplido con la carga de probar los hechos objeto de litigio, pues el juez debe basar su decisión en las pruebas aportadas. Pero también el juez debe respetar las presunciones y principios que se aplican en cada caso.

La mayor precisión normativa dentro de la justicia constitucional obliga a tener en cuenta no solo el sistema de distribución de la carga de la prueba tradicional y estático a que nos hemos referido, sino también otro principio: "*onus probandi dinámico",* por oposición al "*onus probandi estático"*, conforme al cual el juez puede, atendiendo a las particularidades del caso, distribuir la carga de la prueba, teniendo en cuenta los desequilibrios entre las partes. "*Cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa*

de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba."[50]

Como indica Diaz-Restrepo, este principio "*onus probandi dinámico",* significa una evolución enorme respecto de las normas inflexibles, con origen en el derecho romano, conforme a las cuales la carga de la prueba la tiene el demandante o el demandado si opone excepciones. El origen legal de este principio lo encontramos en el artículo 167.2 del Código General del Proceso de Colombia del año 2012:

> *"Artículo 167: Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.*
> *La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*
> *Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para*

[50] Juan Carlos Díaz-Restrepo, "La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional". En *Entramado,* volumen 12, Número 1, 2016 (enero-junio), Universidad Libre, Cali, 2016. P. 210.

aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual someterá a las reglas de contradicción previstas en este código (...)".

De otra parte, como lo hemos dicho ya varias veces, el tema de la decisión del juez en la justicia constitucional es muy delicado, pues su función es pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley que está investida de la misma dignidad democrática que tiene el Parlamento, máximo representante de la voluntad popular, de forma que contrariarla, sin más, sin pruebas determinantes y sin límites puede considerarse la fractura del principio democrático.

En la justicia constitucional lo primero que se espera del juez es su actitud de confianza hacia el legislador democrático. De allí el *indubio pro legislatore* y el principio de deferencia hacia el legislador. De forma que para anular la ley debe haber violación comprobada de la Constitución y, además, la imposibilidad de preservarla con una interpretación que se adecue a su texto. La interpretación de la ley conforme a la Constitución, como se le ha denominado por la doctrina, consiste efectivamente en que en caso de dudas respecto de las interpretaciones posibles de la ley, el juez constitucional debe escoger la interpretación que sea compatible con la Constitución y desechar las interpretaciones incompatibles con la misma.

En efecto, la ley está provista de una presunción de legitimidad constitucional desde que es producto de la voluntad popular, por lo que sólo es posible declarar su inconstitucionalidad si no hay una clara e inequívoca confrontación con la norma superior y si ello no ha quedado demostrado en el proceso. El juez constitucional debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador democrático y, en consecuencia de ello, debe presumir que este actuó motivado por los valores constitucionales y respetar la presunción de legitimad de la ley.

En caso de que la ley admita diversas interpretaciones, el juez debe escoger aquella que es acorde con la Constitución, pues hay que presumir que el legislador quiso respetar los límites constitucionales. Solo cuando ha quedado fehacientemente demostrado durante el proceso que el legislador dictó una ley incompatible con la Constitución, puede el juez constitucional anularla. De forma que es indispensable que la decisión del juez esté fundamentada en las pruebas que llevan a la

convicción de una violación clara, directa de la Constitución y además insalvable a través de la interpretación.

7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Conforme a los dispuesto en el artículo 507 del CPC a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica, es decir –como diría Couture– aplicando las reglas del correcto entendimiento humano. Es la apreciación razonada y lógica de la prueba sometida a debate. En efecto, como mecanismo de valoración de la prueba, la sana crítica permite al juzgador establecer su "*convencimiento a través de la certeza inferida de la masa de pruebas, de acuerdo a su libre criterio, regulado tan solo por la sana razón, las formas procesales, el objeto y tema de la prueba y exigiéndoles la motivación de sus providencias*"[51].

En el ordenamiento jurídico venezolano, el principio de la valoración de la prueba según la sana crítica se aplica salvo que exista una regla legal expresa, como es el caso de las reglas de apreciación judicial establecidas en el CC, de los instrumentos públicos, que merecen fe pública y hacen plena prueba, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.

De otra parte, los instrumentos privados reconocidos o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace plena prueba, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones; así como de la confesión y de la prueba de juramento decisorio (artículos 1360, 1361, 1370, 1374, 1401 y 1418 del CC).

Por último, con respecto a la apreciación de la prueba de testigos, debe el juez adminicularlas a las otras pruebas, desechar las declaraciones contradictorias y las del testigo inhábil, también, analizar todas las

[51] Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, ob. cit., p. 197.

pruebas que se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no sean idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, de conformidad con los artículos 508 y 510 CPC[52].

En conclusión, el juez constitucional tiene un importante margen de libertad y discrecionalidad para atribuirle a una prueba un determinado valor probatorio, pero debe sin embargo valorar o apreciar los distintos medios de prueba conforme a reglas establecidas en la ley para no incurrir en arbitrariedades[53].

8. BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan, "Prólogo a la Presente Edición 2013 (Edición Venezolana)*",* en GIACOMETTE FERRER, Ana, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014.

CABRERA ROMERO, Jesús E., *Contradicción y control de la prueba legal y libre*, Tomo I, Editorial Jurídica Alva. Caracas 1989.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. De Zavalía – Editor, Buenos Aires, 1981.

DÍAZ-RESTREPO, Juan C., "La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional". En *Entramado,* volumen 12, Número 1, 2016 (enero-junio), Universidad Libre, Cali, 2016.

DUQUE CORREDOR, Román J., *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario.* t. I, Colección Manuales de Derecho, Ediciones Fundación Projusticia, Caracas, 2000.

[52] De allí la obligación del juez de pronunciarse sobre la valoración que ha dado a las pruebas promovidas por las partes en el curso de un juicio o un procedimiento, puesto que son determinantes para la decisión que haya de adoptarse en la resolución de una determinada controversia o impugnación. De lo contrario, la doctrina ha asentado que, se presenta el supuesto del silencio de pruebas que ocurre en dos casos, a saber: i) cuando el órgano competente omite en forma absoluta toda consideración sobre un elemento probatorio existente en los autos, es decir, cuando lo silencia totalmente; y, ii) cuando no obstante que la prueba es señalada, el órgano que le corresponde decidir deja constancia de que está en el expediente, sin embargo no la analiza. (V. sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia número 94 de fecha. 30 de junio de 2008, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/junio/94-30608-2008-07-000013.HTML).

[53] Eduardo Jorge Prats, "Prólogo a la edición dominicana", en Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, ob. cit., P. 80.

FRAGA PITTALUGA, Luis, "Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo" en *Revista de Derecho Administrativo,* número 3, mayo-agosto 1998. Editorial Sherwood, Caracas, 1998.

GIACOMETTE FERRER, Ana, *La prueba en los procesos de control constitucional, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), Temis, Bogotá, 2009.

_____ *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980.

GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial de Belgrano Tomo I, Buenos Aires, 1999.

_____ *La prueba en los procesos constitucionales, en Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

HERNÁNDEZ GALINDO, José G. "Importancia de la prueba en los procesos constitucionales", en GIACOMETTE FERRER, Ana, *Las pruebas en el proceso de control constitucional*, primera edición, Señal Editora, Bogotá D.C., 2007.

LÓPEZ MEDINA, Diego, "Presentación a la Edición Colombiana", en GIACOMETTE FERRER, Ana, *Las pruebas en el proceso de control constitucional*, primera edición, Señal Editora, Bogotá D.C., 2007.

PIERRE TAPIA, Oscar, *La prueba en el proceso venezolano*, 4ta edición, Barcelona, 1980.

PRATS, Eduardo J., "Prólogo a la edición dominicana", en GIACOMETTE FERRER, Ana, *La prueba en los procesos de control constitucional, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (Coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), Temis, Bogotá, 2009.

RENGEL ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Ediciones Paredes, Caracas, 2013.

YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador, *El principio de incorporación de la prueba en el procedimiento civil venezolano*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

JORNADA INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE CARACAS SOBRE ARBITRAJE. HOMENAJE A LOS 127 AÑOS DE LA CÁMARA DE CARACAS. 18 DE NOVIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE BIENVENIDA A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 185-189 ISSN: 0798-1457

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es motivo de complacencia auspiciar esta video conferencia sobre ***arbitraje*** en celebración del 127 aniversario de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas.

Desde la publicación de la Ley de Arbitraje y la Constitución del 1999 el arbitraje desarrolló en Venezuela una comunidad de expertos que se han empeñado en modernizar la institucionalidad del arbitraje a niveles que nada tiene que envidiar al de otros países.

Corren tiempos en que la jurisdicción y el proceso en Venezuela han perdido su eficacia como medio de resolución de conflictos entre particulares y entre estos y el Estado. Han sido suplantados por la desconfianza y la progresiva politización de la justicia y también por la judicialización de la política.

Hoy los mecanismos alternativos de solución de controversias (la conciliación, la mediación y el arbitraje) cobran una especial relevancia, al punto que, el arbitraje, más que una simple alternativa real y confiable para la solución de disputas, se ha convertido en la opción preferente para potenciar los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, como expresión del derecho al acceso a la justicia. El realismo y el casuismo en la atención de la controversia, la celeridad y la flexibilidad del procedimiento, la confidencialidad y transparencia institucional son virtudes prácticas del arbitraje para maximizar ese acceso a la justicia alternativa. Pero hay más: Tengamos en cuenta que en Venezuela la Constitución vigente robustece la eficacia del arbitraje al incluirlo como parte del sistema de justicia y ordena promover su uso junto a la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo para la solución de conflictos. Así lo confirman los artículos 253 y 258 constitucionales.

La realidad venezolana exige una constante revisión y una actualización del arbitraje. Los principales Centros de Arbitraje y sus reglamentos se han adaptado a las tendencias mundiales sobre procedimientos arbitrales, a las necesidades de los usuarios, al desarrollo de nuevas tecnologías y la situación del país, incluidas las recientes vicisitudes de la pandemia del Covid-19. Siempre se requiere la atención de circunstancias nuevas para garantizar su óptimo funcionamiento y generar confianza a sus usuarios. Todo ello contribuye a crear las condiciones idóneas para convertir a Venezuela en un foro internacional de resolución de controversias arbitrales.

La Corporación tiene como misión institucional promover el progreso de las Ciencias Políticas y Sociales en general, y del derecho en particular. Para la Corporación el arbitraje es una línea de acción teórica y práctica, cuya transversalidad e inherencia con múltiples asuntos de la realidad actual, se comprueba en la relevancia de los temas seleccionados para esta video conferencia de la mano de autorizados ponentes extranjeros y nacionales.

Hoy tenemos el honor de la compañía de los profesores españoles Don Bernardo Cremades, Don Antonio Sánchez Pedraños, Don José María Alonso y Don Ricardo Oliva, árbitros de connotada trayectoria y prestigio internacional.

Tratarán temas sobre el (i) arbitraje internacional y la pandemia del Covid 19, (ii) progresos recientes y dudas en el deber de revelación de los árbitros, (iii) los sesgos cognitivos en el arbitraje y (iv) la inteligencia artificial en la administración de justicia y el arbitraje.

De igual manera, nos honra la participación de los académicos Gabriel Ruan Santos y Enrique Urdaneta Fontiveros y el abogado Eloy Anzola. Todos profesionales del arbitraje con distinguidas ejecutorias en la materia. Ellos expondrán sobre (i) las cláusulas de arbitraje escalonadas, (ii) el acuerdo de arbitraje y (iii) el arbitraje tributario.

La difusión del conocimiento y la promoción de las bondades institucionales del arbitraje, son esenciales para concretar y expandir su efectiva vigencia.

No encuentro una mejor forma de celebrar el 127 aniversario de la Cámara de Caracas que reforzando la institucionalidad y la efectividad del arbitraje comercial en Venezuela y en particular apoyando la misión

de su Centro de Arbitraje. Vaya nuestra más efusiva enhorabuena al Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Caracas.

Para finalizar nuestro más sincero agradecimiento a nuestros panelistas, en especial a los expositores extranjeros por su compañía. Por engalanar este evento con su invalorable aporte.

En nombre de las Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Muchísimas gracias a todos .

Ft. Lauderdale, 18 de junio de 2020

PALABRAS DE APERTURA A CARGO DEL DR. LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ, PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARACAS.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 191-196 ISSN: 0798-1457

Señor Doctor Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás miembros de la Junta Directiva.
Señores Individuos de Número de esa Docta Corporación.
Señores ponentes nacionales e internacionales.
Señores miembros del Comité Ejecutivo y Junta Directiva de la Cámara de Caracas.
Señora Directora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.
Señores Árbitros.
Señoras y Señores.

El 22 de noviembre de 1893, un grupo importante de lo que se conocía en aquel entonces el alto comercio, procedió a la constitución de la Cámara de Comercio de Caracas, a partir del 2004 la Cámara de Comercio Industria y los Servicios de Caracas, la Cámara de Caracas, con una definida conciencia de su importancia institucional y de su significación histórica, tal como lo señala la historiadora María Elena González Deluca en su obra «Los Comerciantes de Caracas».

Somos una institución cuyo ciclo vital ha transcurrido en el devenir de casi una década del siglo XIX, todo el siglo XX y un quinto del presente. Hemos estado presente en las diferentes etapas de transformación y mutación de una sociedad agrícola a una moderna y urbana, con sus fases de prosperidad y crisis; el paso de una sociedad de creencias compartidas sobre bases autoritaria, con un interregno de apertura democrática institucional (1945-1948), para luego nuevamente pasar a una etapa de evidente rasgo autoritario, que en el transcurso de un par de lustros volvió a reestablecerse los cimientos de una sociedad de base consensual, que durante 40 años permitió el reconocimiento del aporte de nuestra institución a la sociedad, específicamente, atribuirle con mayor firmeza la legítima representación de los intereses del em-

presariado y la naturaleza de ser escenario natural para la participación en los asuntos públicos.

Entre muchas realizaciones, que arroja un balance positivo de trece décadas de existencia, resaltan dos que con orgullo resaltamos, por la importancia que representan para el desarrollo económico del país y el apoyo en la estructuración de un régimen estatal, que responde a los principios básicos y más caros de la conformación del Estado de Derecho: la creación de la Bolsa de Valores de Caracas el 21 de enero de 1947 (73 años) y el Centro de Arbitraje en el año de 1990.

Dos descendientes legítimos que representan institucionalidad, crecimiento sostenido y compromiso abierto y honesto con el país.

Hoy nos encontramos regocijados y honrados de poder celebrar este aniversario plural conjuntamente con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales pues compartimos una concepción de institución de compromiso cívico, democrático y republicano, que ha permanecido a lo largo de todos estos años y que han definido la existencia centenaria de ambas instituciones.

Esta Docta Corporación, sin duda alguna, es la conciencia rectora jurídica del país, la más calificada veedora del Estado Constitucional y el más excelso recinto productor de propuestas, recomendaciones y formulación de observaciones en torno a sus todos corolarios.

Nadie mejor que la centenaria y reconocida institución para mancomunar esfuerzos organizativos y definir un temario, a ser desarrollados por una muestra significativa no limitante de expertos nacionales e internacionales, a quienes agradecemos su concurso, para relevar la importancia de los medios alternativos de resolución de conflictos como expresión inequívoca de la existencia de un Estado de Derecho y la eficacia de la tutela de los derechos subjetivos públicos reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional y en los tratados internacionales celebrados, aún aquellos no suscritos por Venezuela.

Celebramos profundamente y agradecemos el aval de la Academia para acompañarnos en este evento pues estamos orgullosos de los resultados de nuestro Centro de Arbitraje en estos 30 años.

Hemos hecho el esfuerzo, con resultados palpables, de actualizar nuestra normativa endógena general y parcial, en todos los materiales que le es dable. Nos adentramos en la vía telemática para hacer frente a

las exigencias de la nueva normalidad y para garantizar la tutela judicial de derechos a través de los medios alternativos de resolución de conflictos y la seguridad jurídica, como objetivo terminal.

Durante estos años hemos configurado un equipo profesional interno de primera línea, con la formación adecuada y la integración con las instituciones nacionales e internacionales, mediante el cual se desarrolla el arbitraje la mediación y la conciliación.

La seriedad y calidad con que se sustanciamos los procedimientos de naturaleza diversas, se tramitan sus incidencias y se atienden los requerimientos de las partes, constituye un atractivo para las empresas en la búsqueda de solución oportuna y adecuada a las controversias que enfrentan, amén de dar respuesta con altos estándares de aceptación universal, gracias a la idoneidad y alta preparación de sus árbitros.

El objetivo de la Cámara de Caracas es mejorar y profundizar cada día más la búsqueda de la excelencia de su Centro de Arbitraje, tareas que asumimos como inacabable y que impone un deber esencial en la creencia que es la mejor forma de conducir a la eficacia plena del Estado de Derecho y el asentamiento de los pilares necesarios para el proceso de atracción de inversiones, la cual siempre debe tener como elemento motriz, la seguridad jurídica.

Su andamiaje constitutivo ha estado en función de la forma en que se adopta la organización y se le da pleno dinamismo a su actuación en el entorno sobre el cual ejerce influencia, en sus propuestas ante formulaciones de políticas públicas, que eventualmente pueden ser contrarias a sus objetivos existenciales, así como la influencia determinante que despliegan sus dirigentes, con nicho de actuación en su Comité Ejecutivo y en la Junta Directiva, en la sociedad.

Nuestro objetivo, que nos da un elemento más de coincidencia y motivo de resaltar el rol institucional de la Academia en democracia, es garantizar que este derecho fundamental sea observado, respetado y cuente con un ámbito institucional *ad hoc* para su ejercicio.

Por ello, reiteramos nuestra agradecimiento a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su directiva así como los ponentes nacionales e internacionales, su disposición a contribuir con los objetivos trazados mencionados, coadyuvar en evidenciar exponencialmente el compromiso irrenunciable de hacer de los medios alternativos de

resolución de conflictos la vía inmediata, expedita y constitucional para hacer frente a la preocupante crisis del Poder Judicial, que hace ilusorio el acceso a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, los exhortamos a que nos sigan acompañando a la realización anual de estas jornadas internacionales de arbitraje, expresión del compromiso institucional y proactivo de buscar la eficacia de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en un ámbito de transparencia, seriedad, objetividad y especialización.

Señoras, Señores.

CONSIDERACIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS.*

PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS.**

SUMARIO

I. Concepto y principios generales. II. Algunos interrogantes. III. Cláusulas arbitrales escalonadas facultativas y obligatorias. A. Clases de cláusulas escalonadas obligatorias IV. ¿Es ejecutable el pacto de negociar con anterioridad al inicio del arbitraje? V. Contenido de la obligación genérica de negociar como paso previo al arbitraje. VI. Efectos del incumplimiento de la etapa previa. A. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales. 1. Obligación sustantiva sin trascendencia procesal. 2. Requisito de admisibilidad de la demanda. 3. Requisito de procedibilidad. 4. Nuestra posición. B. ¿*Quid iuris* cuando se sujeta la obligación de arbitrar a la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos? C. El incumplimiento de los escalones previos no afecta la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral. D. La inejecución de los escalones previos debe ser invocada por el interesado. VII. Cláusulas arbitrales escalonadas y medidas preventivas. VIII. Imposibilidad de cumplimiento de la etapa previa. IX. Algunas recomendaciones.

---

* Versión escrita de la exposición del profesor Enrique Urdaneta Fontiveros el 18 de noviembre de 2020 en la Jornada Internacional de la Cámara de Comercio de Caracas sobre Arbitraje.

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

Con frecuencia las partes incluyen en sus contratos una cláusula de solución de disputas en la que se establece una negociación, una mediación o algún otro mecanismo de resolución de conflictos como paso previo al arbitraje. Tales cláusulas se conocen como cláusulas arbitrales "escalonadas", cláusulas de resolución de conflictos de varios niveles o cláusulas en cascada.[1] El carácter escalonado hace referencia a la circunstancia de que las partes convienen en escalar la resolución de la disputa a la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo establecido en el escalón anterior.[2]

Las cláusulas arbitrales escalonadas son pues estipulaciones mediante las cuales las partes acuerdan acudir a un mecanismo alterno de resolución de conflictos como paso previo al inicio de un procedimiento arbitral. Ese paso o escalón previo suele ser una negociación directa entre las partes, una mediación o una combinación de estos mecanismos. Aunque usualmente las partes contemplan una sola fase prearbitral, nada impide que contemplen un número mayor o una combinación de varias fases o etapas.

---

1 En inglés estas cláusulas son denominadas *multi-step dispute resolution clauses* aunque reciben también otros nombres como *multi-tiered dispute resolution clauses, dispute escalation clauses, multi-step alternative dispute resolution clauses, cascade clauses, ADR first clauses o integrated dispute resolution* clauses. Al respecto, véase: Carolina Macho Gómez, "Los ADR 'alternative dispute resolution' en el comercio internacional", en *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Octubre, 2013. Vol. 5, N° 2, p. 427. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

2 Ana Fernández Pérez, "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", en *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Marzo, 2017, Vol. 9, N° 1, p. 106. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615, consultado en fecha 21 de noviembre de 2020.

La *negociación* es un mecanismo no adversarial que consiste en un procedimiento voluntario, usualmente informal, al que los contratantes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable sin la intervención de un tercero neutral. Las ventajas de la negociación son ampliamente conocidas: carácter voluntario, económico, usualmente informal con muy poco riesgo para el contratante que no esté conforme de cómo se lleva a cabo.

La *mediación*, en sentido amplio, es un sistema de negociación asistida en la cual un tercero neutral facilita las negociaciones entre las partes. Su función consiste en ayudar a las partes en su intento por lograr un acuerdo.

Aunque con frecuencia se establecen diferencias entre mediación y conciliación, en esta exposición utilizaré indistintamente estos términos para referirme a un procedimiento en el cual una tercera persona sin tener facultades ni atribuciones decisorias de ninguna especie colabora en la negociación que las partes llevan a cabo ayudándolas a resolver el conflicto. En tal sentido, seguimos la orientación de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) de 2018 sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación,[3] cuyo artículo 1.3 entiende por mediación "todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el mediador") que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas".[4]

---

[3] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

[4] *Ídem*. Esta Ley Modelo modificó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 que utilizaba el término conciliación en el entendimiento de que los términos "conciliación" y "mediación" eran intercambiables. Al modificar la Ley Modelo, la Comisión decidió utilizar en cambio el término "mediación", procurando adaptarse al uso que se hace de él en la práctica, y en la expectativa de que ese cambio facilitara la promoción de la Ley Modelo y aumentara su relevancia. Este cambio en la terminología no tiene consecuencias de fondo ni conceptuales.

Asimismo, el artículo 1(3) del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)[5] utiliza los términos conciliación y mediación como intercambiables.

Aunque en el comercio internacional la negociación directa o asistida es el mecanismo alternativo comúnmente empleado por las partes como paso o escalón previo al arbitraje (o al litigio), ello no significa que no se utilicen otros métodos alternativos de resolución de controversias que gozan de características propias que los hacen más adecuados para resolver determinadas disputas. Entre ellos cabe mencionar la evaluación neutral (*neutral evaluation*), la determinación de los hechos (*fact finding*), la adjudicación (*adjudication*), el peritaje (*expert determination*), los juntas de revisión de controversias (*dispute review boards*) y el mini-proceso (*mini-trial*).[6]

En cualquier caso, en los métodos antes mencionados son las propias partes las que establecen la solución para la controversia, ya sea de manera particular o utilizando un medio alternativo de solución de conflictos. Son, por tanto, *métodos* denominados *autocompositivos* mediante los cuales las partes de manera voluntaria solucionan el conflicto. Cuando interviene un tercero, su actuación se limita a facilitar el diálogo entre las partes sin adoptar decisiones vinculantes para ellas.

En cambio, el arbitraje es un *método heterocompositivo* de solución de controversias porque (al igual que en el litigio) es un tercero (árbitro o juez) el que va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (laudo). La solución es, por tanto, impuesta a las partes por un tercero mediante una decisión obligatoria y vinculante.

Ahora bien, en la práctica, los contratantes combinan, generalmente mediante cláusulas escalonadas de resolución de conflictos, ambos métodos procurando primero resolver sus diferencias de manera voluntaria y amistosa; y luego, para el caso de que no se logre de esta forma

---

5 Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje del 2020. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCEDCA-2020.-Versión-14-01-2020-Con-Código-de-ética-Nuevo.pdf, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

6 Para un examen detallado estos métodos alternativos de solución de disputas, véase: Carolina Macho Gómez, ob. cit., *passim.*

poner fin a la controversia, contemplan su resolución mediante otros procedimientos que no dependen de la voluntad de las partes. Cuando las partes pactan una cláusula arbitral escalonada, el arbitraje se concibe generalmente como una herramienta subsidiaria, utilizable cuando no se logra solucionar el conflicto mediante los escalones anteriores. Se deja pues el arbitraje como procedimiento de último recurso para resolver los problemas futuros, previendo que no siempre será posible poner fin a la controversia mediante una negociación directa o asistida.

El objetivo de las cláusulas escalonadas de arbitraje es siempre el mismo: resolver de la manera más amistosa posible, en forma breve y menos costosa, la controversia entre las partes preservando la relación comercial entre ellas, lo que es particularmente útil sobre todo cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva o contratos complejos de larga duración como, por ejemplo, los contratos de construcción.

En la contratación comercial internacional es cada vez más frecuente le utilización de estos esquemas escalonados de resolución de controversias. Algunos casos famosos donde se discutió la aplicación de cláusulas arbitrales judiciales escalonadas incluyen la construcción del Eurotúnel y la construcción del aeropuerto de Hong Kong. El proyecto del Eurotúnel contempló un procedimiento de dos niveles en caso de controversia: en el primer nivel intervendría un panel de tres expertos independientes que adoptaría una decisión por escrito dentro de los 90 días y, si alguna de las partes no estaba de acuerdo con la decisión de los expertos, se podía comenzar un procedimiento de arbitraje. En el proyecto del aeropuerto de Hong Kong se fijó un procedimiento de solución alternativo de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación por medio de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días y, por último, el arbitraje. También se incluyeron cláusulas escalonadas de arbitraje para resolver conflictos futuros en los proyectos para la construcción del canal de Panamá y la construcción de la carretera central de Boston.[7]

[7] Ernesto Talamás, "Las cláusulas escalonadas en el arbitraje", en *El Mundo del Abogado*, Centro de Estudios Avanzados de las Américas, México, 2015. Disponible en: https://issuu.com/elmundodelabogado_/docs/193_2015_mayo/5, consultado en fecha 05 de diciembre de 2020.

Como la mayoría de los ordenamientos carecen de una legislación especial que regule la materia, se admite que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden, al menos en principio, establecer las cláusulas escalonadas que deseen y optar por el método de solución de disputas que estimen más conveniente, siempre y cuando con ello no infrinjan disposiciones en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.[8] Por supuesto, el acuerdo de recurrir a un método alterno de solución de controversias no será permisible cuando contemple un obstáculo insuperable a las partes para iniciar el procedimiento arbitral.

Numerosos centros internacionales de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) contemplan en sus reglamentos mecanismos alternos de resolución de controversias previos al arbitraje y establecen reglas para facilitar el arreglo rápido y amistoso de la controversia. Así, los Reglamentos de Arbitraje y de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional prevén que las partes pueden someter sus controversias a arbitraje o mediación, o a ambos, para lo cual dichos Reglamentos establecen cláusulas escalonadas modelo.[9] Del mismo modo la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) han establecido cláusulas escalonadas modelo para la solución de disputas.[10] El Reglamento del

---

8 Cabe hacer notar, sin embargo, que en algunos países como, por ejemplo, en Colombia las cláusulas escalonadas que establecen la necesidad de cumplir con pasos previos para dar inicio a un procedimiento judicial o arbitral carecen de validez y eficacia por considerarse que impiden el acceso a la justicia, lo que ha sido severamente criticado por la doctrina. Al respecto, véase: Luis María Brito Nieto, "El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia", en *Revista de Derecho*, Vol. XXXII, N° 2, Valdivia, 2019. Disponible en: https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/1149, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

9 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de marzo de 2017. Disponible en: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf, consultado en fecha 9 de noviembre de 2020; Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de enero de 2014. Disponible en: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf, consultado en fecha 9 de noviembre de 2020.

10 Las cláusulas modelos de la AAA y de la CIRD se encuentran disponibles en: https://www.adr.org/Clauses; https://www.icdr.org/clauses, consultados en fecha 14 de diciembre de 2020.

Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) también trae una cláusula mediación-arbitraje modelo.[11] En Venezuela, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) también ofrece una cláusula med-arb modelo.[12]

II. ALGUNOS INTERROGANTES

Cuando existe una cláusula escalonada de arbitraje se plantean, entre otros, los siguientes interrogantes: ¿Es obligatorio o no agotar los escalones previos antes de iniciar el procedimiento arbitral? ¿Qué efectos produce el incumplimiento de la fase de negociación o mediación? ¿Si se da comienzo al arbitraje sin cumplir con la fase previa, tienen jurisdicción los árbitros para conocer de la controversia? ¿Tiene el Tribunal Arbitral que declararse incompetente *ratione temporis,* o debe rechazar la demanda por inadmisible, o suspender el procedimiento arbitral para permitir a las partes subsanar o remediar el incumplimiento de las etapas o fases previas? ¿Es subsanable ese incumplimiento? ¿Es ejecutable forzosamente el pacto de negociar con anterioridad al inicio del arbitraje? ¿Se puede condenar a la parte incumplidora a pagar daños y perjuicios? ¿Cómo se determinan en tal caso los daños y perjuicios? ¿Puede admitirse la nulidad del laudo arbitral por no haberse cumplido con los escalones previos?

Estas son cuestiones que, en definitiva, van a depender de la ley de la sede del arbitraje o de *lex loci arbitri*. De ahí que sea importante conocer dicha ley y cómo los tribunales locales han enfocado estos temas sobre todo cuando los mismos no se encuentran claramente resueltos en la respectiva legislación o en el reglamento sobre arbitraje aplicable.

En el transcurso de esta exposición me referiré, en forma sumaria, a estas cuestiones.

---

[11] La cláusula modelo del CAMCA se encuentra disponible en: https://www.intracen.org/Clausulas-Centro-de-Arbitraje-Comercial-y-de-Mediacion-para-las-Americas-CAMCA/, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

[12] La cláusula modelo del CEDCA se encuentra disponible en: https://cedca.org.ve/clausula-arbitral-modelo/, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

III. CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS FACULTATIVAS Y OBLIGATORIAS

Las partes pueden convenir que la fase autocompositiva de carácter previo sea meramente facultativa o hacerla obligatoria. La primera posibilidad, es decir, tratar los escalones previos como simplemente facultativos, aparte de que puede convertir la cláusula arbitral en una cláusula patológica, en realidad, carece muchas veces de sentido y eficacia ya que no es necesario que las partes convengan anticipadamente en que podrán tratar de lograr una solución negociada del conflicto antes de dar inicio al procedimiento arbitral. Aunque no se haya convenido de antemano, es obvio que siempre va a ser posible que ellas no den comienzo o que suspendan el arbitraje mientras consideran y discuten las posibilidades de llegar a un arreglo el cual, por supuesto, si se logra detiene el arbitraje. De manera que las partes pueden negociar o someter a mediación sus controversias en cualquier momento, aun en el caso de que no exista una cláusula que contemple las negociaciones o la mediación como medio de solución de disputas. De hecho, es común que las partes en conflicto encuentren que la negociación o mediación es particularmente efectiva cuando es previa a una audiencia arbitral.

A Clases de cláusulas escalonadas obligatorias

Las cláusulas arbitrales escalonadas pactadas como obligatorias pueden ser muy variadas. Desde aquellas tan sencillas mediante las cuales las partes se obligan a utilizar sus mejores esfuerzos para tratar de resolver amigablemente la controversia antes de recurrir al arbitraje, hasta las que contemplan procedimientos detallados con plazos precisos, pasos previos al procedimiento arbitral, el señalamiento de los ejecutivos o funcionarios de cada una de las partes que deberán conducir las negociaciones, un sistema de notificaciones de los intercambios entre las partes, etc.

De acuerdo con los principios generales, las obligaciones deben cumplirse de acuerdo con sus propios términos (*pacta sunt servanda*). Entonces se plantea el problema de si las partes están obligadas a respetar el convenio de emplear sus mejores esfuerzos en las negociaciones

para llegar a un acuerdo. Más aun ¿están obligadas a concurrir a una instancia de negociación cuando ninguna de ellas tiene particular interés en llegar a un acuerdo?

Ciertamente una de las cuestiones más álgidas que plantean las cláusulas escalonadas es cómo definir con precisión las obligaciones de las partes, lo cual permitirá determinar la fuerza obligatoria y la ejecutabilidad de los escalones previos al arbitraje, así como las consecuencias de su incumplimiento.

La doctrina moderna identifica cuatro clases de cláusulas arbitrales escalonadas en función de las obligaciones que vinculan a las partes: 1) cláusulas que no crean obligaciones; 2) cláusulas que crean obligaciones limitadas; 3) cláusulas que crean obligaciones por un periodo de tiempo; y 4) cláusulas que crean verdaderas obligaciones.[13]

Las cláusulas que no crean obligaciones son aquellas mediante las cuales las partes se comprometen a considerar la posibilidad de recurrir en cualquier momento a un método de resolución de disputas distinto al arbitraje o al litigio como, por ejemplo, cuando se indica que "las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro proceso, intentar resolver cualquier diferencia que derive de este contrato mediante negociaciones o a través de una mediación". Se trata de una simple declaración de buenas intenciones que no impone, en realidad, ninguna conducta exigible más allá de considerar la posibilidad de un mecanismo alterno. No existen aquí supuestos de incumplimiento que determinen sanción alguna.

Las cláusulas que crean obligaciones limitadas son aquellas que contemplan como única obligación la propuesta y discusión de algún mecanismo alterno de solución de controversias previo al arbitraje pero sin que exista obligación de agotarlo como, por ejemplo, cuando se establece que en caso de surgir alguna diferencia, las partes se compro-

[13] Charles Jarrosson, "Legal issues raised by ADR", en *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I,* eds. Jean-Claude Goldsmith/Arnold Ingen-Housz, Kluwer International Law, 2006, pp. 157 y siguientes; René Irra de la Cruz y Leticia Ibarra Chávez, "Cláusulas escalonadas: ¿qué tan obligatorio es el pacto de mediación previa?", en *ICC México Pauta. Métodos Alternativos de Solución de Controversias*, No. 75, agosto 2015. Disponible en: https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf, consultado en fecha 12 de noviembre de 2020.

meten a discutir y considerar, en primer lugar, antes de iniciar el arbitraje, el recurso a los mecanismos alternos de solución de controversias contemplados en el reglamento de un determinado Centro de Arbitraje. Esta cláusula solo impone a las partes la obligación de proponer a su contraparte la utilización de un mecanismo previo al arbitraje y considerar si ello es conveniente o no para solucionar la disputa. Pero más nada. Este requisito puede cumplirse con una simple notificación a la otra parte. En caso de que no se obtenga respuesta, quedaría cumplida la obligación previa y facultadas las partes para recurrir al arbitraje. Se considera que esta obligación es tan limitada que ni siquiera impide el inicio del procedimiento arbitral.

Las cláusulas que crean obligaciones por un período de tiempo son aquellas que obligan a las partes a no iniciar un procedimiento arbitral antes de que transcurra un cierto período de tiempo previamente convenido como, por ejemplo, cuando las partes se comprometen a someter sus diferencias al procedimiento de mediación conforme al Reglamento de un determinado Centro de Arbitraje; y, a falta de solución según dicho reglamento dentro de los 60 días siguientes a la presentación de la solicitud de mediación, o al vencimiento de cualquier otro plazo convenido, las partes quedan liberadas de la obligación de mediación y legitimadas para iniciar el procedimiento arbitral. En razón de estas cláusulas las partes únicamente quedan obligadas a no dar inicio al arbitraje antes de que transcurra el plazo convenido para que se dé por cumplida la etapa previa, en este caso la mediación.

Las cláusulas que crean verdaderas obligaciones son aquellas que imponen el deber de agotar el mecanismo previo de solución de controversias, el cual no se cumple por el simple transcurso del tiempo o la inactividad de la otra parte.[14] En estos casos hay la necesidad de cumplir el procedimiento o la etapa previa antes de iniciar el arbitraje sin que sea suficiente esperar que transcurra el plazo establecido para considerar agotado el paso previo. Son comunes en algunos

[14] Cabe hacer notar que cuando se indica que estas cláusulas imponen verdaderas obligaciones a las partes, ello no significa que de los otros tipos de cláusula no surjan obligaciones verdaderas o exigibles, sino que nos referimos a que la obligación de agotar el mecanismo previo, en este caso, no se cumple por el simple transcurso del tiempo o la inactividad de la otra parte, tal y como se indica en el texto.

contratos de infraestructura y construcción que por su propia naturaleza requieren de mecanismos de solución de controversias con anterioridad al inicio de un juicio o arbitraje.

En estas cláusulas se prevé generalmente todo un sistema de solución de disputas como condición precedente a la iniciación del arbitraje. En estos casos, la condición para que una parte acceda a cada uno de los pasos del mecanismo escalonado es que haya cumplido siempre con el previo escalón previsto en el contrato según lo convenido. Las partes están pues impedidas de interponer la demanda arbitral antes de agotar las instancias previas de resolución de conflictos, siguiendo el procedimiento acordado. Por ejemplo, cuando las partes contemplan que en caso de surgir la controversia, deben reunirse los directores del proyecto durante por lo menos 15 días; si no logran una solución en ese periodo, se deben reunir altos ejecutivos de cada parte dentro de un plazo de 15 días y tienen 30 días para lograr una decisión una vez que se hubieren reunido. Si no logran resolver el conflicto en ese plazo, deberá recurrirse a la mediación conforme a las reglas de un determinado centro de arbitraje; y si todos los escalones previos fracasan, deberá someterse la controversia a arbitraje. O también cuando en un contrato de infraestructura se prevé que en caso de producirse un determinado evento, el interesado debe someter su solicitud a un ingeniero quien, de no lograr un acuerdo entre las partes, emitirá una determinación negando o aceptando la solicitud. Si alguna de las partes no estuviera de acuerdo con esta determinación, podrá someter su reclamo a un comité técnico que emitirá una decisión la cual, en caso de desacuerdo, podrá someterse a arribaje. En estos casos para que se acceda a cada uno de los pasos subsiguientes del mecanismo escalonado se requiere haber cumplido siempre con el paso previo establecido en el contrato.

IV. ¿ES EJECUTABLE EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD AL INICIO DEL ARBITRAJE?

El problema que plantea el carácter obligatorio de una cláusula escalonada es que nadie puede ser obligado a acordar. No existe posibilidad alguna de forzar un acuerdo. Las negociaciones son, por definición, voluntarias. Requieren la cooperación y el consentimiento de las partes.

Carecen de sentido cuando los contratantes no tienen la intención de llegar a un arreglo.[15]

En el *Derecho inglés*, esta fue la posición tradicionalmente mantenida por los tribunales que declararon que los *agreements to agree* y los *agreements to negotiate* no eran obligatorios ni ejecutables. En el caso *Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd* decidido en 1998 la Alta Corte de Justicia (*Queen's Bench Division*) declaró que un procedimiento de negociaciones previo al juicio no es ejecutable, porque se trata de un simple acuerdo para negociar que los tribunales no pueden controlar ni hacer cumplir debido a que las negociaciones no son legalmente vinculantes.[16] Por consiguiente, si las partes se han limitado a contemplar en el primer escalón la necesidad de entablar negociaciones iniciales de buena fe para intentar solucionar la controversia, se considera que esta noción es lo suficientemente amplia como para dotar a los contratantes de un apreciable grado de flexibilidad para estructurar sus negociaciones, en el desarrollo de las cuales cualquiera de las partes tiene derecho a retirarse en cualquier momento y por cualquier motivo.[17]

---

[15] Roque J. Caivano, "Las cláusulas 'escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)", en *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), dirigido por Carlos Alberto Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, p. 73.

[16] *Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd*, High Court (Queen's Bench Division), 1 All ER (Comm) 303 (1998). Disponible en: http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdrLawRep/HALIFAX.pdf, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020. Ver, igualmente, *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.*, (Queen's Bench Division -Commercial Court-), 2 Lloyd's Rep 127 (1991). Disponible en: https://www.trans-lex.org/303000/_/paul-smith-ltd-v-h-s-lrep-127/, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020; *Courtney and Fairbairn Ltd. v. Tolani Brothers (Hotels) Ltd.,* Court of Appeal of England and Wales, 1 WLR 297 (1975). Disponible en: http://www.nadr.co.uk/articles/published/MediationLawReports/COURTNEYvTOLAINI1975.pdf, consultado en fecha 16 de diciembre de 2020.

[17] Como lo puso de relieve la *House of Lords*, mediante sentencia del 23 de enero de 1992, "cuando se está en presencia de un mero acuerdo para negociar la solución de la controversia, durante el curso de las negociaciones cualquiera de las partes puede retirarse de dichas negociaciones en cualquier momento y por cualquier causa. Por consiguiente, un acuerdo de negociar puro y simple no tiene contenido obligatorio". *Walford v. Miles*, House of Lords, 2 AC 128 (1992). Disponible en: https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:0ad63435-bcb7-490f-ab7b-154d9acc497f/Walford%20v.%20Miles.pdf, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

Sin embargo, a partir del año 2002 la jurisprudencia británica cambió de dirección y consideró que las cláusulas arbitrales escalonadas que establecen un procedimiento que permita distinguir entre los distintos escalones, fijando la duración de cada uno de los pasos previos y los trámites a seguirse en cada uno de ellos, sí son cláusulas perfectamente válidas y vinculantes. No se trata en estos casos, decidieron los tribunales británicos, de una simple promesa de negociar o de un acuerdo para acordar sino de una cláusula que define un método específico susceptible de ser ejecutado y que puede hacerse cumplir mediante la suspensión del procedimiento arbitral o judicial iniciado en contravención a la cláusula escalonada.[18] Tal como lo declaró la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, en el caso *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd,* este tipo de acuerdos es ejecutable y obligatorio cuando las obligaciones de las partes han quedado definidas, de manera previa y con suficiente claridad y precisión.[19]

Sin embargo, en el Derecho inglés, si los términos de un contrato son indeterminados o incompletos, estos no serán vinculantes. Por lo cual, si se conviene en algo tan poco preciso o indeterminado como, por ejemplo, "la obligación de negociar de buena fe" sin más, el acuerdo seguirá siendo inejecutable de acuerdo con el Derecho inglés. Tal estipulación es demasiado incierta para tener efectos obligatorios. Para evitar inconvenientes, la cláusula escalonada debe pues suministrar un elevado grado de certeza de modo que las partes no puedan escapar a su aplicación alegando falta de claridad. Tal y como lo dejó establecido la sentencia de la *High Court* del 3 de julio del 2002:

> el criterio que debe aplicarse es determinar si las obligaciones impuestas son lo suficientemente claras y están dotadas de tal grado de certeza al punto que pueda dársele efecto legal. El test es si la cláusula prescribe sin necesidad de un acuerdo posterior: a) un

[18] *Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd*, High Court (Queen's Bench Division -Commercial Court-), EWHC 2059 (2002). Disponible en: https://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020.

[19] *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.,* Supreme Court of New South Wales, 28 NSWLR 194 (1992). Disponible en: http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Hooper-Bailie-Associated-Ltd-v-Natcon-Group-Pty-Ltd-1992-28-NSWLR-194.pdf, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020.

> compromiso suficientemente serio e inequívoco de iniciar un procedimiento; b) del cual puedan discernirse los pasos que cada parte debe seguir para poner el procedimiento en ejecución y que esté c) definido en forma suficientemente clara como para permitir al tribunal determinar objetivamente (i) cuál es el mínimo de participación requerido de las partes de la controversia en dicho procedimiento y (ii) cuándo o cómo el procedimiento se habrá cumplido o podrá darse por terminado, sin contravención.[20]

En el *Derecho norteamericano,* los tribunales han optado por un examen casuístico al momento de pronunciarse acerca de la validez de las cláusulas escalonadas, dándole gran relevancia a los términos empleados por las partes en la redacción de la cláusula. Así el uso de la palabra "deberán" (*shall*) en lugar de la palabra "podrán" (*may*) influye claramente en el carácter obligatorio del procedimiento.[21] Asimismo, cuando el pacto de negociar ha sido caracterizado por las partes como una condición suspensiva (*condition precedent*) de las posteriores fases para la resolución del conflicto, los tribunales tienden a sostener la ejecución forzosa del pacto.[22] Por consiguiente, cuando la mediación se ha convenido como una condición previa para iniciar un procedimiento de arbitraje, los árbitros no tienen autoridad para sustanciar el procedimiento hasta que la mediación se lleve a cabo.

Además, los tribunales norteamericanos se han inclinado por reconocer plenos efectos legales a las cláusulas de negociación y mediación cuando la obligación de negociación venga acompañada de una serie de parámetros objetivos que permitan determinar si los pasos o escalones previos al arbitraje se han cumplido o no, en cuyo caso será

---

[20] *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v. Grant Thornton International Ltd & ORS, High Court (Chancery Division), EWHC, 3198 (Ch) (2012), 60*. Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76960d03e7f57eac3f3, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

[21] *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc*., United States Court of Appeals, First Circuit, 317 F.3d 41 (1st Cir) (2003). Disponible en: https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020.

[22] *White v. Kampner*, Supreme Court of Connecticut, 641, A.2nd, 1385 (Conn) (1994). Disponible en: https://casetext.com/case/white-v-kampner-1, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020; *Weekley Homes Inc. v. Jennings*, Court of Appeals of Texas, San Antonio, 936 SW 2nd 16 (Tex. App.) (1996). Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/us/59148271add7b04934495fb2, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020.

posible ordenar su ejecución forzosa.[23] Así, la jurisprudencia admite que las cláusulas escalonadas dotadas de un grado de certeza suficiente (*definiteness)* sobre el procedimiento a seguir en los escalones previos al arbitraje son perfectamente válidas y ejecutables. Por ejemplo, los tribunales han reconocido y ejecutado cláusulas arbitrales donde la negociación o la mediación ha estado bien definida y sujeta a determinados estándares objetivos como, por ejemplo, la duración limitada de la negociación o mediación, un número específico de sesiones de negociación, el señalamiento de los cargos de los participantes que intervendrán en la negociación o mediación, la circunstancia de que la mediación se conducirá de acuerdo con las reglas específicas de una determinada institución o centro de arbitraje, etc.[24]

En cambio, los acuerdos con términos abiertos o imprecisos no son ni pueden ser ejecutados por su carácter vago e indeterminado. Tal y como lo declaró la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Candid Productions, Inc. v. International Skating Union and Beat Hasler*:

> un acuerdo para negociar de buena fe es inejecutable ya que es aún más vago que un acuerdo para acordar; un acuerdo para negociar de buena fe es amorfo y nebuloso, puesto que implica tantos factores que, por ser ellos mismos indeterminados e inciertos, solo puede descifrarse mediante conjeturas y suposiciones.[25]

---

[23] *Mocca Lounge, Inc. v. Misak,* Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, 94 A.D.2d 761, (N.Y. App. Div.) (1983). Disponible en: https://casetext.com/case/mocca-lounge-inc-v-misak, consultado en fecha 15 de diciembre de 2020.

[24] *Fluor Enterprises, Inc. v. Solutia Inc.,* U.S. District Court for the Southern District of Texas,147 F. Supp. 2d 648 (S.D. Tex) (2001). Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/147/648/2409242/, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020; *White v. Kampner*, Supreme Court of Connecticut, 641, A.2nd, 1385 (Conn) (1994). Disponible en: https://casetext.com/case/white-v-kampner-1, consultado en fecha 14 de noviembre de 2020; *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc*., United States Court of Appeals, First Circuit, 317 F.3d 41 (1st Cir) (2003). Disponible en: https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html, consultado en fecha 15 de diciembre de 2020; *AMF Inc. v. Brunswick Corp*., U.S. District Court for the Eastern District of New York, 621 F Supp 456 (E.D.N.Y.) (1985). Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/621/456/1368447/, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

[25] *Candid Productions, Inc. v. International Skating Union and Beat Hasler*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 530 F. Supp. 1330 (S.D.N.Y.) (1982). Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/530/1330/1369594/, consultado en fecha 16 de noviembre de 2020.

Del mismo modo, cuando se dice que las partes emplearán sus *mejores esfuerzos* en las negociaciones para lograr un acuerdo que resuelva la disputa, a los fines de la ejecución de lo convenido, se requiere precisar una serie de lineamientos claros en función de los cuales pueda medirse el mejor esfuerzo efectivamente desarrollado por cada una de las partes para llegar a un entendimiento.[26]

Un desarrollo importante de la jurisprudencia norteamericana, en relación con las cláusulas escalonadas, tiene que ver con la prohibición de las *tácticas dilatorias.* Los tribunales norteamericanos se han negado a declarar la obligatoriedad de los pasos previos cuando es evidente o cuando puede razonablemente inferirse que el cumplimiento de esos escalones previos busca única y exclusivamente demorar injustificadamente el arbitraje o el litigio.[27] Desde luego el problema que se plantea en estos casos es determinar cuándo puede razonablemente concluirse que una de las partes (generalmente el demandado) invoca el incumplimiento de los pasos previos para dilatar el procedimiento arbitral o impedir su prosecución. La jurisprudencia norteamericana ha sido oscilante al momento de evaluar cuándo se está en presencia de una táctica dilatoria por parte de quien pretende el cumplimiento de las etapas previas del arbitraje. En el caso *Southland Corp. v. Keating*, la Corte Suprema estimó que la pretensión tardía del demandado de ejecutar el pacto de negociar cuando éste se había negado antes injustificadamente a negociar a pesar de las solicitudes del demandante, solo respondía al interés espurio de aquél de retrasar la resolución del conflicto.[28] En otros casos, los tribunales han declarado que el hecho de que una de las partes alegue que el procedimiento contenido en los primeros escalones es fútil, porque resulta evidente que la negociación será infructuosa,

---

[26] *Mocca Lounge, Inc. v. Misak,* Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, 94 A.D.2d 761, (N.Y. App. Div.) (1983). Disponible en: https://casetext.com/case/mocca-lounge-inc-v-misak, consultado en fecha 16 de noviembre de 2020.

[27] *Cumberland York Distributors v. Coors Brewing Company,* U.S. District Court for the District of Maine, Docket No. 01-244-P-H (D. Me.) (2002). Disponible en: https://casetext.com/case/cumberland-york-distributors-v-coors-brewing-company, consultado en fecha 1 de diciembre de 2020.

[28] *Southland Corp. v. Keating*, United States Supreme Court, 465 U.S. 1 (1984). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/1/, consultado en fecha 1 de diciembre de 2020.

no hace que los mismos no sean de obligatorio cumplimiento, puesto que siempre es posible llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para las partes. Por lo cual, no le es dado al juzgador determinar tal futilidad *a priori*.[29]

En cambio, los tribunales ingleses han sido más precisos al momento de valorar la futilidad de someter a las partes a la obligación de cumplir con los escalones previos. Así, en el caso *Halsey v. Milton Keynes General N.H.S* decidido en 2004, se establecieron algunos lineamientos que deben guiar el criterio del juez para determinar si en el caso concreto vale la pena o no obligar a las partes a someterse a los escalones previos al arbitraje o al litigio. Tales lineamientos son: la naturaleza de la disputa, los méritos del caso, la medida en que otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de que los costos de los métodos alternos de solución de controversias serían desproporcionadamente altos, el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos métodos alternos hubiera sido perjudicial y el hecho de que dichos métodos no tengan una posibilidad razonable de éxito.[30]

En *Canadá*, la jurisprudencia se inclina por hacer cumplir la fase previa de negociación y mediación de una cláusula escalonada para procurar una solución amistosa de la controversia. Así, en el caso *Canadá Minister of Transport v. Marineserve MG. Inc*.,[31] las partes habían convenido en una cláusula arbitral escalonada que contemplaba tres pasos previos: (i) negociaciones de buena fe entre ejecutivos de alto nivel de cada parte con atribuciones para la toma de decisiones; (ii) la mediación, si dentro de diez días de la reunión de las partes no habían podido solucionar el conflicto; y (iii) por último, el arbitraje, si el procedimiento de mediación había fracasado. Una de las partes inició un procedimiento judicial y el demandado consideró que no se había

[29] *U.S. v. Bankers Ins. Co*., United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 245 F. 3d 315 (2001). Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/us/59147d0eadd7b04934438fc2, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020.

[30] *Halsey v. Milton Keynes General N.H.S. Trust*, England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 4 All ER 920 (2004). Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71c60d03e7f57ea7a4f, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020.

[31] *Canadá (Minister of Transport) v. Marineserve.MG. Inc*., Nova Scotia Supreme Court, N.S.J. No. 256, (2002), 30.

agotado el primero de los escalones. El tribunal estimó que las partes debían seguir el camino que ellas habían elegido ("*follow the path of their own choosing*") y que, por consiguiente, la cláusula escalonada debía cumplirse en su totalidad, incluyendo la fase de negociación.

En *Australia*, la jurisprudencia en un primer momento se inclinó por una interpretación favorable al cumplimiento de los escalones previos aun cuando la redacción de la cláusula no era suficientemente clara. Así, en el caso *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.* se decidió que el acuerdo para mediar debía imponerse y que el procedimiento de arbitraje debía suspenderse mientras la fase previa de mediación no concluyera.[32] Sin embargo en el caso *Aiton Australia Tpy Ltd. v. Transfield Pty Ltd.* decidido en 1999, el tribunal afirmó que se requerían dos elementos para considerar obligatorio el cumplimiento de la cláusula de mediación previa: (i) debe contener la mención expresa de que la mediación es una condición previa al litigio o arbitraje y ii) debe ser lo suficientemente clara. En el caso concreto, el tribunal consideró que la falta de certeza de la cláusula de mediación impedía su cumplimiento forzoso.[33]

En *Francia*, es posible ordenar el cumplimiento de los escalones previos al arbitraje o al litigio solo cuando las partes hayan contemplado la intervención de terceros o las condiciones bajo las cuales habrán de cumplirse o implementarse las negociaciones. La Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa ha sostenido que cuando la cláusula escalonada no establece las condiciones bajo las cuales será implementada, no puede dejar de admitirse la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil francés.[34]

---

[32] *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.,* Supreme Court of New South Wales, 28 NSWLR 194 (1992). Disponible en: http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Hooper-Bailie-Associated-Ltd-v-Natcon-Group-Pty-Ltd-1992-28-NSWLR-194.pdf, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020

[33] *Aiton Australia Tpty Ltd. v. Transfield Pty Ltd.*, New South Wales Supreme Court, NSWSC 996 (1999). Disponible en: http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Aiton-Australia-Pty-Ltd-v-Transfield-Pty-Ltd-1999-153-FLR-236.pdf, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

[34] Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Pourvoi No. 12-27-004, Arrêt 19-04-2014, Bulletin 2014, IV, n° 76. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028894893/, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

Adicionalmente, se ha considerado que en los casos en los cuales se pruebe que una de las partes ha realizado todos los esfuerzos posibles para intentar resolver la controversia por medio de lo dispuesto en la fase prearbitral, aun cuando fracase en ello, podrá iniciarse válidamente el arbitraje.[35] En tales casos hay que concluir que la mediación contemplada en la cláusula escalonada no se ha llevado a cabo por razones que no resultan imputables al demandante.

En *España*, el Real Decreto-ley 5/2012 de Mediación Civil y Mercantil consagra en su artículo 6.2 la validez y eficacia del pacto escrito que exprese el compromiso de someter a mediación la controversia antes de acudir a la vía judicial o arbitral. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.3 *ejusdem*, iniciada la mediación las partes no están obligadas a seguir el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.[36] De manera que si las partes convinieron en tratar de solucionar sus diferencias mediante una mediación de manera previa al inicio del arbitraje, la instancia de mediación debe cumplirse, pero una vez iniciado el procedimiento de mediación ninguna de las partes estará obligada a permanecer o a mantenerse en este procedimiento.

V. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN GENÉRICA DE NEGOCIAR COMO PASO PREVIO AL ARBITRAJE

Las negociaciones, como se dijo, son un procedimiento generalmente informal, no estructurado al que las partes acuden para lograr un acuerdo mutuamente aceptable, sin intervención de terceros. Impli-

[35] Extracto del Laudo final de fecha 27 de enero de 1997 en el caso CCI N° 8462, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003), pp. 82-83. Disponible en https://library.iccwbo.org/content/dr/AWARDS/AW_0447.htm?l1=Bulletins&l2=ICC-+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.14%2fNo.1+-+Eng&AUTH=0608779e-ab54-49dd-bf9f-98082ff6f41a&Timeframe=VzCWygDOcxdbJ6lbE3XE4NCIM/7kPWADs0eFVxxAiiByatI9dug==&txtSearchText=null&rdSb=null&dtFrom=null&dtTo=null, consultado en fecha 6 de diciembre de 2020; Extracto del Laudo final de fecha 22 de junio de 1999 en el caso CCI N° 9977, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", *Ibíd*. pp. 84-85.

[36] El Real Decreto-ley 5/2012, del 6 de julio, de mediación civil y mercantil se encuentra disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112, consultado en fecha 1 de diciembre de 2020.

can un esfuerzo mutuo de las partes para de resolver amistosamente la disputa. Las partes deben buscar seria y eficazmente un arreglo y las negociaciones tienen que realizarse de buena fe. Tal y como lo decidió el Tribunal Comercial de la Alta Corte de Inglaterra y de Gales:

> La obligación de resolver una disputa a través de un debate amistoso comprende un estándar identificable de discusiones justas, honestas y genuinas que apunten a resolver la disputa.[37]

La cláusula de negociación, como también indicamos con anterioridad, puede adoptar formas variadas. Desde cláusulas que se limitan a señalar que las partes se comprometen a negociar de buena fe o a desarrollar sus mejores esfuerzos para lograr un arreglo, cuya obligatoriedad es muy endeble, hasta otras mucho más complejas que contemplan extremos tales como el plazo máximo para las negociaciones transcurrido el cual podrá acudirse al arbitraje, el nombre de las personas que participarán en la negociación, el número de reuniones que habrán de celebrarse y el procedimiento mediante el cual se conducirán tales negociaciones (*supra,* N° III.A.)

La aplicación del principio de buena fe al proceso de negociación para la solución amigable de una disputa implica, al menos en principio, una serie de conductas particulares que deben ser observadas por ambas partes durante este período lo que, según las circunstancias, puede incluir la formulación de propuestas serias, razonables y coherentes con la información necesaria para un claro entendimiento por la parte contraria. El deber de cooperación derivado de las exigencias de la buena fe presupone que las partes deben llevar a cabo las negociaciones conducentes a solucionar la disputa con flexibilidad y tomando en consideración no solo sus intereses sino los de su contraparte, evitando por tanto las dilaciones injustificadas.

La circunstancia de que una las partes no tenga interés en lograr un arreglo no es motivo suficiente para dar por cumplida la fase

[37] *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd.,* High Court (Queen's Bench Division -Commercial Court-), EWHC 2104 (Comm) (2014). Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75360d03e7f57eab53e, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

prearbitral de la cláusula escalonada. Si las partes han convenido en una cláusula escalonada que contemple una fase previa de negociaciones obligatorias, la eficacia vinculante de esta cláusula tiene que ser reconocida. Negarle fuerza obligatoria al pacto de negociar seria desconocer el principio de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y es de obligatorio cumplimiento para ellas. Como lo han puesto de relieve los tribunales ingleses, el respeto a la palabra empeñada y el deber de ejecutar de buena fe lo pactado lleva a concluir que si las partes acordaron que debían tratar de llegar a un acuerdo para solucionar la controversia a través de negociaciones directas o asistidas, una de ellas no puede luego evadir ese primer escalón.[38] Estos mismos principios son aplicables en nuestro ordenamiento (arg.: *ex* artículos 1159 y 1160 del Código Civil).

En materia arbitral se afirma que el principio de realizar las negociaciones de buena fe supone "el mantenimiento de las negociaciones por un periodo adecuado a las circunstancias, la consideración de los intereses de la contraparte y la búsqueda persistente de un acuerdo razonable".[39] Por supuesto, ello no obliga a las partes a dejar de lado su interés para lograr un acuerdo.

Cabe hacer notar, sin embargo, que para alcanzar un acuerdo que solucione la disputa, cuando una de las partes ha alegado que su contraparte no ha negociado de buena fe, los tribunales arbitrales se han mostrado renuentes a valorar si se cumplió o no con el requisito de la

---

[38] *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, House of Lords, Adj.L.R. 01/21 (1993). Disponible en: http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020.

[39] *Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil)*, Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, Laudo de fecha 24 de mayo de 1982. Disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-american-independent-oil-company-v-the-government-of-the-state-of-kuwait-final-award-wednesday-24th-march-1982, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020. El Tribunal Arbitral citó en su fallo la decisión de la Corte Internacional de Justicia en los casos *North Sea Continental Shelf:* "…(las partes) están sujetas a la obligación de *comportarse* de manera que las negociaciones sean serias, lo que no ocurre cuando cualquiera de ellas insiste en su propio planteamiento sin contemplar modificación alguna en él". *North Sea Continental Shelf Cases*, Corte Internacional de Justicia, 8 I.C.J. Reports (1969), pp. 47-48. Disponible en: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020.

buena fe, pues lo único que verifican es si formalmente las negociaciones han tenido lugar.[40]

Desde luego, la obligación de negociar no implica que las partes estén obligadas a llegar a un arreglo sino que estén dispuestas a intentarlo. Las partes no se encuentran obligadas a acordarse, pero sí a intentar un acuerdo amigable a cuyo efecto tienen que participar en el procedimiento de negociaciones convenido dentro del cual podrá o no lograrse el acuerdo para solucionar la disputa y evitar un pleito. Tal y como lo decidió la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur en su decisión en el caso *Hooper Bailie Associated Ltd v. Natcon Group Pty Ltd*, lo que se ordena ejecutar no es una obligación de cooperar y acordar, sino "la participación en un proceso convenido de antemano por las partes dentro del cual la cooperación y el acuerdo pueden surgir".[41]

En fin, la obligación de negociar es una *obligación de medios* y no de resultado, por lo que nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo y, antes de concluir si las negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas.[42]

En lo concerniente a la determinación de si hubo negociaciones y al establecimiento de los hechos y circunstancias que acrediten el cumplimiento de esta etapa, la doctrina arbitral considera que se debe adoptar una posición flexible en el sentido de que la existencia de correspondencia entre las partes, el cruce de correos o el hecho de que ellas hayan tenido reuniones, son elementos indicativos de que hubo negociaciones y hay que suponer que dichas negociaciones tuvieron por objeto procurar un arreglo que pudiera evitar el pleito.[43]

---

[40] En tal sentido, véase: Extracto del Laudo interlocutorio de fecha 28 de junio de 1996 en el caso CCI No. 7422, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit*., pp. 78-79.

[41] *Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd.,* Supreme Court of New South Wales, 28 NSWLR 194 (1992). Disponible en: http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Hooper-Bailie-Associated-Ltd-v-Natcon-Group-Pty-Ltd-1992-28-NSWLR-194.pdf, consultado en fecha 10 de diciembre de 2020.

[42] *Murphy Exploration and Production Company International* v. *República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 5 de diciembre de 2010, 135. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0547.pdf, consultado en fecha 14 de diciembre de 2020.

[43] Roque J. Caivano, ob. cit., p. 81.

En todo caso, conviene que la solicitud de negociación se envíe por escrito o por correo electrónico mediante el cual se comunique la existencia del objeto de la disputa, así como la reclamación que en su caso se formula, solicitando una reunión para dar inicio a la negociación. La solicitud deberá presentarse en un plazo razonable desde que haya surgido la diferencia o la disputa, conforme a las exigencias de la buena fe.

Desde luego, si las partes han convenido en una mediación, su cumplimiento es más fácil de demostrar puesto que existirá un tercero neutral que podrá certificar las gestiones de mediación y la circunstancia de que no se logró un acuerdo.

Si las partes no han contemplado una previsión que defina el plazo de las negociaciones o cuándo se considerará que el intento para lograr un arreglo fracasó, la determinación de si la negociación ha concluido o ha fracasado y del momento a partir del cual puede, por ende, ponerse en marcha el procedimiento arbitral puede en ocasiones ser problemática y dependerá, en definitiva, de las circunstancias particulares del caso sometido a la consideración y decisión del Tribunal Arbitral. De ahí que convenga evitar dudas sobre la duración de la fase negocial y fijar un límite temporal que permita dar por concluida la negociación, o una definición objetiva de su eventual fracaso, para evitar actitudes obstruccionistas de la parte que realmente no desea negociar.[44]

VI. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ETAPA PREVIA

En el Derecho comparado no existe una posición uniforme sobre las consecuencias que se producen cuando una de las partes pone en marcha el procedimiento arbitral sin haber participado en la negociación o en la mediación, o sin que éstas hayan concluido. Las

[44] Para evitar este tipo de abusos, es recomendable que el pacto de negociar contemple un mecanismo de "expiración automática" que permita a las partes liberarse de cualquier compromiso derivado de la obligación de negociación como paso previo al arbitraje. En este sentido, véase: Aníbal Sabater, "Tendencias recientes en la imposición del cumplimiento forzoso de las cláusulas de mediación y arbitraje", en *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N° 9, Universidad Monteávila, Caracas, p. 67.

legislaciones no suelen establecer soluciones claras en caso de incumplimiento de la etapa previa y son variadas las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia sobre este tema.

A. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales

Las más importantes posiciones de la doctrina y la jurisprudencia respecto de los efectos de la inobservacia de los escalones previos al arbitraje son las siguientes: (1) el cumplimiento de la etapa previa es una cuestión de naturaleza sustantiva sin trascendencia procesal; (2) es un requisito de admisibilidad de la demanda; y (3) es un requisito de procedibilidad.

Pasamos a referirnos a cada una de ellas.

1. Obligación sustantiva sin trascendencia procesal

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la obligación de negociar es una obligación sustantiva cuyo incumplimiento carece de trascendencia procesal. Así lo sostuvo el Tribunal de Casación de Zúrich mediante sentencia del 15 de marzo de 1999.[45] En el mismo sentido, en los Estados Unidos de América, el Tribunal Federal de Apelaciones del Octavo Circuito en el caso *International Association of Bridge Structural Ornamental and Reinforcing Ironworkers Shopman Local 493 v. EFCO Corporation and Construction Products Inc,* decidió que "el incumplimiento de los requerimientos y los prerrequisitos procedimentales establecidos en un acuerdo de arbitraje no impide el comienzo del arbitraje, sino que es una cuestión sustantiva a ser examinada por los árbitros".[46] Según esta posición, el incumplimiento de la fase negocial no impide la iniciación del procedimiento arbitral o judicial. Solo da lugar a los daños y perjuicios como cualquier otro

[45] Tribunal de Casación de Zúrich (*Kassationgerichte*), Sentencia de fecha 15 de marzo de 1999, citada en *ASA Bulletin*, Vol. 20, No. 2, Association Suisse de L'Arbitrage, 2002, pp. 373-376. Disponible en: https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn24586?title=ASA%20Bulletin, consultado en fecha 13 de diciembre de 2020.

[46] *International Association of Bridge Structural Ornamental and Reinforcing Ironworkers Shopman Local 493 v. EFCO Corporation and Construction Products Inc.*, United States Court of Appeals, Eight Circuit, 359 F. 3d 954, (8th Cir) (2004). Disponible en: https://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1241837.html, consultado en fecha 13 de diciembre de 2020.

incumplimiento contractual, pero no afecta para nada la admisibilidad de la demanda.[47]

A esta posición se le hacen dos críticas fundamentales: en primer lugar, se afirma que el pacto de negociar forma parte del esquema de resolución de conflictos convenido por las partes y, por consiguiente, alguna trascendencia procesal tiene que tener. En segundo lugar, se le critica a esta posición que los daños y perjuicios no son en estos casos una solución adecuada puesto que el daño sufrido consistirá en la pérdida de la posibilidad de evitar un arbitraje que es, en realidad, un daño muy difícil de apreciar porque nadie sabe ni puede saber a ciencia cierta si las negociaciones habrían sido exitosas y, en caso de serlo, cuál habría sido el resultado de las mismas.[48]

2. Requisito de admisibilidad de la demanda

Según otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia, el incumplimiento de la obligación de negociar es una cuestión de naturaleza procesal que conduce a la inadmisibilidad de la demanda. El Tribunal no le da entrada a la demanda de arbitraje o declara terminado el procedimiento y ordena el archivo del expediente, es decir, rechaza la acción por haberse intentado prematuramente, al no haberse cumplido la fase previa de negociación o de mediación convenida por las partes. Esta es la posición adoptada por la Corte de Casación francesa mediante

[47] Se afirma, en tal sentido, que los requisitos de admisibilidad de la acción son una cuestión de Derecho público destinada a garantizar el buen desarrollo de los litigios; por el contrario, los acuerdos de negociación previa o mediación son acuerdos privados que tienen que ser tratados como cualquier otro contrato privado. De ahí que su incumplimiento debe regirse por las reglas generales que regulan el incumplimiento de cualquier otra obligación sustantiva. Es la posición que sostiene F. Walther, citado por Ana Fernández Pérez, ob. cit. p. 199. Es la posición que mantienen igualmente algunos autores como W. Fridoline y H. Eiholzer, citados por Rafael Bernal Gutiérrez y otros, en "Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia", en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones,* Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN), Vol. 5, N° 1, IproLex, 2012, pp. 169-203. Disponible en: https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1207005-n?q=Las%20cl%C3%A1usulas%20escalonadas%20o%20multinivel, consultado en fecha 11 de noviembre de 2020.

[48] Al respecto, véase: Álvaro López de Argumedo Piñeiro, "El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje (*multi-step dispute resolution clause*)", en *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*, coordinadas por Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2012, pp. 116-117.

sentencia del 12 de diciembre 2014 en la cual el Alto Tribunal decidió que el incumplimiento de una cláusula de mediación previa obligatoria conlleva la inadmisibilidad de la demanda.[49] Por lo cual, el demandante tendrá que intentar una nueva demanda después de haber cumplido el requisito de mediación previa lo que, se afirma, "tiene el mérito de conferir una plena eficacia a las cláusulas de mediación previa respetando tanto su letra como su espíritu es decir, obligar a las partes a cumplir con la obligatoriedad que ellas mismas han pactado".[50]

Es igualmente la posición sostenida por el Tribunal Supremo Federal alemán mediante sentencia del 18 de noviembre de 1988 en la cual el Alto Tribunal consideró que una cláusula en virtud de la cual las partes acordaron resolver las controversias que surgieran de un contrato, por medio de negociaciones previas antes de iniciar un procedimiento judicial, era válida en el Derecho alemán. Por lo cual, el tribunal decidió que cualquier reclamación de una de las partes contra la otra ante los tribunales sería inadmisible hasta tanto no se agotase la fase de las negociaciones previas.[51] Esta tesis se fundamenta en la validez del *pactum de non petendo* en el Derecho alemán y en la suspensión de la prescripción de la acción mientras existan negociaciones en curso entre el acreedor y el deudor sobre la pretensión o sus fundamentos, conforme a lo dispuesto en la § 203 del Código Civil alemán (B.G.B).[52]

En la misma dirección, la jurisprudencia arbitral internacional en algunas ocasiones ha decidido que la demanda arbitral es inadmisible si las partes han pactado una etapa previa de negociaciones que no han cumplido. Así, en un caso planteado ante un Tribunal Arbitral las partes

---

[49] Cour de Cassation, Chambre Mixte, Pourvoi No. 13-19-684, Arrêt 12-12-2014, Bulletin 2014, n° 3. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029905382/, consultado en fecha 9 de diciembre de 2020.

[50] Anne-Carole Cremades, "¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?", en *Spain Arbitration Review*/*Revista del Club Español de Arbitraje,* No. 26, Walters Kluwer, España 2016. p. 59. Disponible en: https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-sar-26-105-n?q=Anne-Carole%20Cremades, consultado en fecha 5 de noviembre de 2020.

[51] Tribunal Supremo Federal alemán, sentencia del 18 de noviembre de 1998, citada por Alexander Jolles "Consequences of multi-tiered Arbitration Clauses; Issues of Enforcement", en *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispoute Management,* Vol. 72, No. 4, CIArb/Wolters Kluwer, 2006, pp. 331-332.

[52] Alexander Jolles, Ídem.

habían contemplado un procedimiento de resolución de disputas que comprendía tres etapas: primero una negociación amistosa, después el sometimiento de la cuestión a la decisión de un ingeniero y, por último, el arbitraje. Cuando surgió la disputa, las partes iniciaron negociaciones. Concluidas estas sin éxito, acudieron directamente al arbitraje, sin someter previamente la controversia al ingeniero. La demandada opuso como defensa el incumplimiento de la cláusula de solución de controversias, lo que fue acogido por el Tribunal Arbitral que ordenó el archivo del expediente en los siguientes términos:

> el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el demandante no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 de las condiciones generales de los contratos; por consiguiente, la solicitud de arbitraje referente al contrato celebrado en 1981 que no se encuentra ciertamente impedida para el futuro, es actualmente prematura. Debe por tanto, el demandante formalmente solicitar del demandado la designación de un ingeniero al cual someter la presente controversia antes de acudir ante este Tribunal.[53]

En otro caso, el Tribunal Arbitral consideró igualmente que la demanda arbitral sería inadmisible por prematura si las partes han incumplido una instancia previa al arbitraje que habían convenido seguir en el contrato que ellas celebraron.[54]

De acuerdo con esta posición, en caso de que las partes inicien un procedimiento arbitral sin agotar la fase previa de negociaciones contractualmente prevista, habría que cumplir con la obligación de negociar y si las negociaciones fracasan iniciar *un nuevo arbitraje.*

3. Requisito de procedibilidad

Un sector más moderno de la doctrina y de la jurisprudencia arbitral internacional, por su parte, caracteriza el pacto de negociar como

[53] Extracto del Laudo parcial de fecha 29 de enero de 1990 en el caso CCI No. 6276, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit*., pp. 76-78.

[54] Extracto del Laudo preliminar de fecha 7 de junio de 1999 en el caso CCI No. 9984, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit*., pp. 85-87.

un requisito de procedibilidad que condiciona el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la controversia.[55] De ahí que cuando una de las partes recurre al arbitraje sin haber iniciado o agotado la fase previa de negociación o mediación, el Tribunal Arbitral debe suspender, hasta que se cumpla con la etapa previa, el procedimiento arbitral, es decir, el Tribunal Arbitral remite a las partes a las negociaciones y, si el intento de lograr un acuerdo fracasa, se reinicia el procedimiento arbitral el cual no había terminado sino que solo se encontraba suspendido.

Algunos tribunales arbitrales internacionales han seguido esta orientación.[56] Es además la posición recientemente adoptada por el Tribunal Federal suizo en una reciente sentencia del 16 de marzo de 2016 relativa a una controversia entre dos empresas que habían pactado una cláusula arbitral que contemplaba dos fases para la resolución de la controversia: una conciliación según el Reglamento ADR de la CCI; y fracasada ésta, un arbitraje de acuerdo con el Reglamento UNCITRAL. Al surgir la controversia, una de las partes solicitó la conciliación ante la CCI y después de algunas conferencias telefónicas, la otra parte consideró que la misma había fracasado e introdujo una solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral admitió la demanda rechazando la defensa de incompetencia por falta de jurisdicción por cuanto consideró que el

---

55 Al respecto, véase: Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., pp. 115-116.

56 Al respecto, véase: Extracto del Laudo parcial de fecha 29 de enero de 1990 en el caso CCI No. 6276, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit*., pp. 76-78; Extracto de las Órdenes Procesales No. 4 y 6 en el caso CCI No. 12570, citadas en *ICC Special Supplement 2010: Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration (2003-2004)*, 2010, p. 66. Disponible en: https://library.iccwbo.org/Content/dr/PROCEDURAL_DECISIONS/PO_0019.htm?AUTH=0608779e-ab54-49dd-bf9f-98082ff6f41a&Timeframe=VzCWygDOcxdbJ6lbE3XE4NCIM/7kPWADs0eFVxxAj2hwdbjfAVUw==&txtSearchText=12570&rdSb=FullText&chkPub1=true&chkPub2=true&chkPub3=true&chkPub4=true&chkPub5=true&chkSubsec3=true&dtFrom=&dtTo=, consultado en fecha 6 de diciembre de 2020; Extracto de Orden Procesal en el caso CCI No. 14079, en *ICC Special Supplement 2014: Procedural Decisions in ICC Arbitration*, 2014, p. 37. Disponible en: https://library.iccwbo.org/Content/dr/SUPPLEMENTS/SUPP_0031_CH5_ENG.htm?AUTH=0608779e-ab54-49dd-bf9f-98082ff6f41a&Timeframe=VzCWygDOcxdbJ6lbE3XE4NCIM/7kPWADs0eFVxxAj2hwdbjfAVUw==&txtSearchText=14079&rdSb=FullText&chkPub1=true&chkPub2=true&chkPub3=true&chkPub4=true&chkPub5=true&chkSubsec3=true&dtFrom=&dtTo=, consultado en fecha 6 de diciembre de 2020.

intento de conciliación había tenido lugar. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Federal suizo que ordenó la suspensión del proceso arbitral para permitir la conciliación acordada contractualmente con antelación al arbitraje. El Tribunal Federal consideró que la cláusula contractual supeditaba la validez del arbitraje UNCITRAL a la obligación de hacer un intento previo de conciliación según el Reglamento ADR de la CCI y que la parte demandante no había cumplido con dicha etapa previa de conciliación obligatoria. El Tribunal Federal, por consiguiente, resolvió que la sanción más adecuada por el incumplimiento del escalón previo al arbitraje era la suspensión del procedimiento arbitral y la fijación de un plazo para remediar dicho incumplimiento, ordenando al Tribunal Arbitral establecer una fecha límite para que las partes procedieran a la conciliación.[57]

4. Nuestra posición

Por nuestra parte consideramos que esta última posición recientemente adoptada por el Tribunal Federal suizo es la más justa y adecuada respecto de las consecuencias del incumplimiento de los escalones previos. Como se dijo, los daños y perjuicios no constituyen una sanción apropiada por la dificultad de justificar la cuantía del daño experimentado. Además, esta sanción llegaría demasiado tarde, dejando sin sentido la decisión de recurrir a la mediación antes de acudir al arbitraje. La única sanción eficaz, por tanto, tiene que ser de naturaleza procesal.

Por otra parte, no admitir la demanda y declarar terminado el procedimiento da lugar a algunos inconvenientes. En primer lugar, cuando sea necesario recurrir de nuevo al arbitraje porque fracasaron las negociaciones, el Tribunal Arbitral tendrá que reconstituirse, lo que implica conformar un nuevo Tribunal Arbitral. Además del aumento de los costos y de la prolongación del proceso que esto conlleva se plantea el problema de si los mismos árbitros podrán serlo nuevamente. En

[57] Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt No. 4A_628/2015, 16-03-2016. Disponible en: https://juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERALSUISSE-20160316-4A6282015, consultado en fecha 08 de noviembre 2020. En su decisión el Tribunal Federal suizo resolvió, además, que los tribunales no pueden pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino solo sobre la base de la excepción o defensa planteada *in limine* por una de las partes. Esta sentencia ha recibido comentarios muy favorables por parte de la doctrina arbitral *internacional*. Al respecto, véase: Anne-Carole Cremades, ob. cit., pp. 60 y ss.

segundo lugar, en caso de inadmisibilidad de la demanda por no haberse agotado la fase de negociaciones o de mediación habrá que replantear la demanda. Al momento de hacerlo, pudiera haber transcurrido ya el lapso de prescripción para intentar la acción, sobre todo en caso de prescripciones breves, puesto que, como la demanda anterior fue rechazada por inadmisible, no produjo la interrupción de la prescripción. En tercer lugar, rechazar la demanda de arbitraje y no darle entrada al procedimiento se presta para que se invoque la defensa de incumplimiento de los escalones previos con fines dilatorios para impedir el inicio o la prosecución del procedimiento arbitral.[58] Por último, se afirma que la suspensión del arbitraje es la única sanción que permite al juez de la anulación hacer respetar la voluntad de las partes e instaurar un mecanismo prearbitral obligatorio sin echar a perder todo lo ya efectuado en el procedimiento arbitral.[59]

En resumidas cuentas, la sanción más adecuada cuando se recurre al arbitraje sin que se haya cumplido con la etapa previa es suspender el procedimiento arbitral remitiendo a las partes a la negociación (o, en su caso, a la mediación) y continuar la tramitación del procedimiento una vez que haya finalizado la fase previa. Esta suspensión exigirá la fijación por parte del Tribunal Arbitral de directrices precisas sobre el plazo máximo con el que cuentan las partes para concluir dichas negociaciones y sobre las condiciones bajo las cuales habrán de implementarse las mismas, si estas no hubieren sido prefijadas por las partes en el pacto de negociar.[60] Del mismo modo, si el demandante ha recurrido al procedimiento arbitral sin respetar el escalón previo de mediación, el Tribunal Arbitral, al suspender el procedimiento, deberá fijar un plazo para permitir a las partes proceder a dicha mediación, tras la cual podrá reactivarse el arbitraje, (si el demandante ha recurrido al procedimiento arbitral sin respetar ese escalón previo), o para continuar y finalizar la mediación que hubiesen iniciado y terminado prematuramente las partes. La suspensión del procedimiento, por supuesto, deberá ser opuesta como defensa *in limine* por el demandado (*infra,* N° VI.D.).

---

58 *Cfr.* Roque J. Caivano, ob. cit., p. 78.

59 Anne-Carole Cremades, ob. cit., p. 67.

60 A. Jolles*,* ob. cit*.,* p. 337; Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., pp. 129-130.

B. ¿*Quid iuris* cuando se sujeta la obligación de arbitrar a la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos?

Puede ocurrir que se considere que el incumplimiento de la fase previa de negociaciones impide incluso invocar los efectos de la cláusula arbitral. En tal sentido, los tribunales norteamericanos, en algunas ocasiones, han decidido que la inobservancia de los escalones previos constituye el incumplimiento de una condición suspensiva que impide el nacimiento de la obligación de arbitrar, lo que produce como consecuencia que ninguna de las partes puede verse obligada a someterse al arbitraje hasta tanto no se cumpla con lo pactado. Así lo decidió la Corte Federal de Apelaciones del Undécimo Circuito el 8 de mayo de 2002 en el caso *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem International, Inc.,* al considerar que el incumplimiento de la instancia negocial impide que se active la cláusula arbitral, es decir, que la misma entre en funcionamiento para la resolución de la controversia.[61]

A nuestro modo de ver, esta interpretación de los tribunales norteamericanos únicamente podría justificarse en aquellos supuestos en los cuales las partes hayan establecido claramente que el incumplimiento de la etapa previa constituye una condición suspensiva (*condition precedent*) que impide la posibilidad de iniciar las restantes fases de resolución del conflicto.[62] Pero cuando no se establece expresamente

---

[61] *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem International*, Inc., United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 290 F. 3d 1287,1291 (11th Cir) (2002). Disponible en: https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1356060.html, consultado en fecha 13 de diciembre de 2020.

[62] En esa dirección, en el caso *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc*., la Corte Federal de Apelaciones del Primer Circuito, ante una cláusula explícita que incluía un impedimento temporal del derecho a iniciar un procedimiento arbitral hasta que la mediación se hubiese llevado a cabo, decidió que "aquí no existe duda alguna de que fue la intención de las partes que el deber de someterse al arbitraje no se activaría sino después que la condición suspensiva de la mediación hubiese sido satisfecha." *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc*., United States Court of Appeals, First Circuit, 317 F.3d 41 (1st Cir) (2003). Disponible en: https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020. En el mismo sentido, apuntando a la existencia de un pacto de *non petendo*, véase la sentencia de la *Court of Appeals de Texas* del 20 de octubre de 1996, en el caso *Weekley Homes Inc. v. Jennings*, Court of Appeals of Texas, San Antonio, 936 SW 2nd 16 (Tex. App.) (1996). Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/us/59148271add7b04934495fb2, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020. ////////

que la inejecución de la obligación de negociar impide la posibilidad de iniciar el arbitraje, no puede producirse esta consecuencia sino que será solo dentro del procedimiento arbitral (y no ante los tribunales de justicia) donde deberán examinarse los efectos del incumplimiento de los escalones del primer nivel. En efecto, mediante una cláusula arbitral, aunque sea escalonada, lo que las partes persiguen es precisamente evitar que cualquiera de ellas recurra directamente a los tribunales para la resolución del conflicto planteado entre los contratantes. Bastaría, además, con que cualquiera de las partes se negara a negociar ante una solicitud que le dirija en tal sentido su contraparte para así eludir la vía arbitral y acudir directamente a los tribunales. Esto, aparte de desnaturalizar y hacer nugatoria toda la estructura de resolución de conflictos prevista por las partes para apartarse de la jurisdicción ordinaria, seria evidentemente contrario a la intención de las partes de resolver sus controversias de manera extrajudicial.[63]

Para evitar inconvenientes, si las partes realmente desean que la vía del arbitraje no esté disponible sin haberse cumplido con los escalones iniciales, deben incluir un *pactum de non petendo* que de manera explícita obligue a las partes de abstenerse a presentar demandas jurisdiccionales o arbitrales durante la etapa previa.[64] Para ello conviene que en la cláusula se indique claramente que el incumplimiento de las obligaciones del primer escalón es condición necesaria del arbitraje, comprometiéndose las partes a no iniciar otros procedimientos mientras no se hayan agotado los mecanismos previstos en los escalones previos. En cambio, si la intención de las partes es favorecer que se mantenga la instancia del arbitraje, conviene que ellas pacten que el Tribunal Arbitral deberá únicamente suspender el procedimiento arbitral hasta tanto se acredite el cumplimiento de los compromisos del primer nivel.

En conclusión, cuando las partes han acordado expresamente supeditar la plena eficacia del convenio arbitral y el inicio del procedimiento al cumplimiento de la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos, esa convención tiene plena eficacia obligatoria y su cumplimiento constituye un requisito de admisibilidad de la demanda.

---

[63] Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., p. 113.
[64] Ana Fernández Pérez, ob. cit., p. 119.

C. El incumplimiento de los escalones previos no afecta la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral

La inobservancia de los primeros escalones de la cláusula arbitral no excluye la jurisdicción del Tribunal Arbitral, sino que produce como consecuencia que el tribunal debe suspender el procedimiento hasta el cumplimiento de los compromisos de primer nivel. La omisión de cumplir con la etapa previa de negociaciones o de mediación no afecta ni menoscaba la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral, de acuerdo con lo que establezca la cláusula escalonada de arbitraje.[65]

Así lo decidió la *House of Lords* en 1993 en el caso *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, al declarar que el incumplimiento de los escalones previos al arbitraje no significa que las partes pueden incumplir el acuerdo de arbitraje acudiendo a la jurisdicción ordinaria. Por el contrario, los contratantes tienen primero que someter sus diferencias a los procedimientos establecidos en la etapa o escalones previos y si estos fracasan someterlas luego al arbitraje. Dicho en otros términos, en caso de que se plantee una cuestión relativa al incumplimiento de los escalones previos, ello no afecta la validez y eficacia de la cláusula arbitral ni la jurisdicción del Tribunal Arbitral. En palabras de la *Hourse of Lords*:

> lo anterior se debe a que el incumplimiento de los escalones iniciales… no afecta la decisión del Tribunal Arbitral… El acuerdo arbitral contenido en la cláusula escalonada no pierde sus efectos ni validez y, por tanto, los tribunales locales no tienen ninguna jurisdicción sobre la controversia.
> Habiendo [las partes] prometido llevar sus disputas a los expertos y, de ser necesario, a los árbitros, es allí donde las partes deben ir.[66]

---

[65] Charles Jarrosson, "La sanction du non-respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de mediation: Note - Cour de Cassation (2e Ch. civ.) 6 juillet 2000; Cour de cassation (1re Ch. civ.) 23 janvier et 6 février 2001", en *Revue de l'Arbitrage,* N° 4, Comité Français de l'Arbitrage, 2001, p. 752 y ss. Disponible en: https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn24141?title=Revue%20de%20l%27Arbitrage, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

[66] *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.*, House of Lords, Adj.L.R. 01/21 (1993). Disponible en: http://expertdeterminationelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Channel-Tunnel-Group-Ltd-Anor-v-Balfour-Beatty-Construction-Ltd-v-Ors-1993-AC-334.pdf, consultado en fecha 3 de diciembre de 2020. En el mismo sentido, en la jurisprudencia norteamericana, se pronunció la *U.S. Supreme Court* en sentencia del 30 de marzo de 1964

Cuando el escalón de cierre es el arbitraje, la decisión sobre la validez, eficacia y alcance de la cláusula arbitral corresponde a los árbitros en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* que rige en la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje.[67] Serán, por consiguiente, los árbitros quienes tendrán que determinar si se cumplió o no con la etapa previa de mediación o negociación; en caso de incumplimiento, serán ellos los competentes para ordenar el cumplimiento de esa fase previa y también lo serán para determinar las consecuencias del incumplimiento de la cláusula escalonada.[68]

---

en el caso *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston,* United States Supreme Court, 376 U.S. 543 (1964). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/543/, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020. En contra, en la jurisprudencia norteamericana, en algunas ocasiones, los tribunales han decidido que poner en marcha el procedimiento arbitral sin haber cumplido los escalones previos afecta la validez del laudo por falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. Así en el caso *White v. Kampner*, el tribunal declaró que por cuanto el pacto de negociar convenido por las partes como escalón previo era una *condición precedente* del arbitraje, la instauración del procedimiento arbitral estaba supeditada al cumplimiento de dicha etapa previa de negociaciones; por lo cual, el Tribunal Arbitral había dictado el laudo careciendo de jurisdicción o competencia para hacerlo. *White v. Kampner*, Supreme Court of Connecticut, 641, A.2nd, 1385 (Conn) (1994). Disponible en: https://casetext.com/case/white-v-kampner-1, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

En materia de arbitraje de inversiones, la jurisprudencia del CIADI ha sido oscilante. En el caso *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador,* el Tribunal Arbitral CIADI en el laudo sobre jurisdicción declaró su falta de jurisdicción para conocer del caso por existir en el respectivo TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América una cláusula escalonada que no se cumplió. *Murphy Exploration and Production Company International* v. *República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 5 de diciembre de 2010, ¶ 135. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0547.pdf, consultado en fecha 4 de diciembre de 2020. En cambio, en el caso *Ronald S. Lauder v. República Checa* el Tribunal Arbitral determinó que el incumplimiento del período de espera de seis meses establecido en el Artículo VI (3)(a) del TBI entre los Estados Unidos y la República Checa no constituía fundamento para objetar la jurisdicción del tribunal. *Ronald S. Lauder v. República Checa,* UNCITRAL, Laudo de fecha 3 de septiembre de 2001. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf, consultado en fecha 5 de diciembre de 2020. Para un examen de los efectos del incumplimiento de los escalones previos en el arbitraje de inversiones, véase: Ignacio Torrealba, "Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión", en *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), dirigido por Carlos Alberto Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Peruano de Arbitraje/Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, pp. 287-295.

67 Alexander Jolles, ob. cit., pp. 329 y ss.

68 *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston,* United States Supreme Court, 376 U.S. 543 (1964). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/543/, consultado en fecha 7 de diciembre de 2020.

El Tribunal Arbitral deberá pues examinar cuidadosamente las circunstancias previstas en la cláusula escalonada y la conducta de las partes en orden a su cumplimiento. De manera pues que es a los árbitros a quienes corresponde esta determinación y, por supuesto, tendrán que ponderar cuidadosamente su decisión puesto que, si por un lado, no deberían estimar una alegación que aparezca como manifiestamente dilatoria o tendiente a obstaculizar el arbitraje, tampoco pueden desconocer que continuar con el procedimiento arbitral y dictar el laudo sin que se compruebe el cumplimiento de los pasos previos puede afectar la validez del laudo y eventualmente determinar su nulidad, o comprometer su reconocimiento y ejecución.[69]

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional,[70] reproducido en las leyes de arbitraje de numerosos países, es causal de nulidad del laudo el hecho de que el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo de las partes. Asimismo, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958[71] contempla esta situación como causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Artículo V(1)(d).

La jurisprudencia arbitral en algunos países, en tal sentido, en ocasiones ha negado la ejecución del laudo para hacer prevalecer lo pactado en los escalones previos. Así ocurrió en el célebre caso *Pepsi Cola* resuelto mediante dos laudos arbitrales dictados en 2008 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en favor de Pepsi Cola y dos empresas conjuntas chinas. Cuando se entabló el respectivo procedimiento de *exequatur* en China, al amparo de la Convención de Nueva York, el Tribunal Popular Intermedio de Sichuan denegó el reconocimiento y ejecución de los laudos con base en la causal prevista en

---

69 *Cfr*: Roque J. Caivano, ob. cit., p. 79.

70 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 34(2)(a)(iv). Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

71 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, Nueva York, artículo artículo V(1)(d). Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

el Artículo V(1)(a) de dicha Convención, al considerar que la cláusula escalonada de arbitraje convenida por las partes establecía una negociación previa por un periodo de 90 días que no se había llevado a cabo. Por lo cual, el tribunal declaró que ante el incumplimiento de esta fase previa de negociación, el Tribunal Arbitral no debía haber admitido las solicitudes de arbitraje.[72]

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, establece que "la nulidad del laudo se podrá declarar cuando la parte contra la cual se invoque el laudo… no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos". En la doctrina nacional, el autor Saghy afirma que "es argumentable que el incumplimiento de algún escalón o formalidad prevista por las partes previo al inicio del procedimiento arbitral sea considerado una situación en la que una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos".[73]

D. La inejecución de los escalones previos debe ser invocada por el interesado

Se plantea el problema de si el Tribunal Arbitral puede declarar de oficio el hecho de que no se haya cumplido con los escalones previos o si, por el contrario, la inobservancia de la etapa arbitral tiene que ser alegada por el interesado en hacerla valer.

Como indicamos con anterioridad, como principio de carácter general, puede afirmarse que el cumplimiento de las obligaciones del primer escalón es un requisito de procedibilidad y, por tanto, su inobservancia obliga a suspender el procedimiento arbitral hasta el acatamiento de los compromisos asumidos. Sin embargo, los tribunales arbitrales no

---

[72] *PepsiCo. Inc. v. Sichuan Pepsi-Cola Beverage Co., Ltd*, Cheng Min Chu Zi, Provincia Sichuan, Sentencia No 912 de fecha 30 de abril de 2008, citado en Nadia Darwazeh y Friven Yeoh, "Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention", en *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, No. 6, Kluwer Law International, 2008, pp. 840 – 846. Disponible en: https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn30699?q=Nadia%20 Darwazeh, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020; *PepsiCo, Investment (China) Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co., Ltd*., Cheng Min Chu Zi, Provincia Sichuan, Sentencia No. 36 de fecha 30 de abril de 2008, citado en Nadia Darwazeh y Friven Yeoh, *Ibíd.*

[73] Pedro J. Saghy Cadenas, *El Arbitraje Institucional en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 41.

pueden decidir sobre esta cuestión de oficio, sino sobre la base de la objeción formulada por una de las partes. Por consiguiente, en el supuesto de haber acordado las partes un cláusula escalonada que contemple una fase previa de negociaciones o de mediación antes de acudir al arbitraje, el interesado, normalmente el demandado, tendrá que invocar como defensa el incumplimiento de la fase previa para que se suspenda el procedimiento de arbitraje. Esto es así por cuanto el procedimiento arbitral se rige básicamente por la voluntad de las partes y son ellas las que han contemplado una fase previa al arbitraje. Por tanto, si el demandante solicita el arbitraje sin que se haya cumplido con los escalones previos y el demandado no opone la respectiva defensa o excepción, hay que concluir que ambas partes están aceptando esta situación, es decir, habría un consentimiento tácito pero inequívoco (*facta concludentia*) de las partes a modificar la cláusula de solución de diferencias o, si se quiere, una renuncia a los escalones previos antes de iniciar el arbitraje.[74] El Tribunal Arbitral, por consiguiente, no podría apreciar de oficio esta situación para suspender el procedimiento si las dos partes han convenido en seguir el procedimiento arbitral sin haber dado cumplimiento a las fases previas. La doctrina y la jurisprudencia arbitral internacional son contestes al respecto.

En cambio, la situación es diferente cuando existe un requisito legal de cumplir con un proceso previo de mediación para la resolución de determinadas controversias antes de iniciar un juicio o un procedimiento arbitral. Por ejemplo, en Italia, donde la legislación sobre mediación en materia civil y mercantil obliga a las partes en ciertos casos a seguir un procedimiento previo de mediación antes de iniciar un arbitraje o un juicio, el juez podría constatar de oficio el incumplimiento del procedimiento legal de mediación o suspender el proceso arbitral (o el juicio), aunque el interesado no haya opuesto esta defensa.[75]

---

[74] Luis María Brito Nieto, *loc. cit*.; Antonio Entrena et al., "Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica", en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos inestables,* coordinado por Xavier Lluch, Barcelona, 2014, pp. 761-775. Disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/cla-usulas-escalonadas-conflictos-pra-526582990, consultado en fecha 14 de noviembre de 2020.

[75] Al respecto, véase: Luciano Lupini Bianchi, "Recientes desarrollos de la mediación y otros mecanismos de solución alternativa de controversias en Europa", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13, Caracas, 2020, p. 626.

VII. CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS Y MEDIDAS PREVENTIVAS

Debemos referirnos a la cuestión de si puede una de las partes, en caso de peligro de daño, solicitar y obtener una medida preventiva, a pesar de no haberse cumplido o agotado el periodo previo de negociaciones o el procedimiento de mediación previsto en la cláusula arbitral.

Como indicamos con anterioridad, cuando existe una cláusula escalonada de arbitraje, no puede iniciarse un procedimiento adversarial (judicial o arbitral) sin haberse dado cumplimiento a los escalones previos de negociación o mediación. Sin embargo, parece haber consenso en que sí puede iniciarse un procedimiento de este tipo, sin necesidad de agotar previamente la fase prearbitral, en caso de urgencia o cuando ello fuese necesario para salvaguardar los derechos de una de las partes. La jurisprudencia arbitral internacional admite esta posibilidad. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París declaró que la cláusula de mediación previa no limitaba el derecho de las partes de acudir a los tribunales en caso de urgencia.[76]

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI de 2018 sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación prevé que si bien cuando se encuentre en curso una mediación no se puede iniciar un procedimiento arbitral, sin embargo, ello puede hacerse cuando haya peligro de que se afecten los derechos de alguna de las partes. En tal sentido, el artículo 14 de dicha Ley Modelo dice textualmente:

> Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, por un período determinado o mientras no se produzca algún hecho en particular, ningún proceso arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el Tribunal Arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario

[76] *SCM Port Royal v. Pebay et Samper*, Cour d'Appel de Paris, 14° Chambre A, Sentencia de fecha 23 de mayo de 2001. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006938747, consultado en fecha 14 de noviembre de 2020.

> entablar ese proceso para proteger sus derechos. No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación.[77]

En términos sustancialmente idénticos, el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI de 2002 sobre Conciliación Comercial Internacional consagraba esta posibilidad para la conciliación. En las Notas Explicativas de esta Ley Modelo se aclara que uno de los supuestos en los cuales puede acudirse a un procedimiento de este tipo antes de haberse agotado la fase de negociaciones es precisamente cuando haya necesidad de pedir medidas preventivas, siempre y cuando se encuentren satisfechos los extremos para que proceda el decreto de tales medidas preventivas, esto es, la presunción de buen derecho y el peligro de mora.[78]

En la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales se establece que puede solicitarse una medida preventiva antes de dar inicio al procedimiento arbitral. Esta posibilidad está contemplada, por ejemplo, en el artículo 24 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, a cuyo efecto se procede al nombramiento de un árbitro de emergencia para que dicte la medida preventiva solicitada.[79]

El problema que esta situación plantea es que en la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitraje se establece que dicha medida preventiva decae de pleno derecho si el solicitante no inicia el proce-

---

[77] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

[78] El párrafo 85 de las Notas Explicativas de la Ley Modelo al referirse a las razones que pueden justificar el inicio de un procedimiento adversarial para salvaguardar los derechos de una de las partes aunque no haya transcurrido el plazo convenido para hacerlo es precisamente "*la necesidad de solicitar medidas cautelares o de evitar que expire un plazo de prescripción*" (cursivas nuestras). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización de 2002. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/03-90956_ebook.pdf, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

[79] Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Disponible en: https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

dimiento arbitral dentro de un plazo determinado que, en el caso del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, es de 30 días después de decretada la medida (art. 33). Entonces, por un lado, hay una cláusula de arbitraje escalonada que impide interponer una demanda arbitral mientras no se cumpla con la fase de negociaciones o de mediación; y, por el otro, existe una medida cautelar decretada cuyo plazo de caducidad está corriendo si quien obtuvo la medida no insta el arbitraje dentro de 30 días. En estos casos, para evitar la caducidad de la medida y continuar con la fase previa de negociaciones o de mediación, lo aconsejable es iniciar el procedimiento arbitral antes de que opere la caducidad y, de inmediato, solicitar la suspensión del procedimiento hasta tanto se agote el procedimiento de negociación o mediación que estaba en curso.

VIII. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA ETAPA PREVIA

Ya nos hemos referido a algunos casos en los cuales es jurídicamente inexigible la obligación de agotar los escalones previos al arbitraje antes de iniciar un procedimiento adversarial (judicial o arbitral). Es lo que ocurre cuando sea necesario ocurrir a la vía judicial o arbitral para salvaguardar los derechos de una de las partes como, por ejemplo, cuando el agotamiento de la fase previa acarreará la expiración de un plazo de prescripción o de caducidad, o cuando sea necesario dictar medidas preventivas sin dilación (*supra,* N°VII).

Igualmente hay que excluir toda sanción cuando el incumplimiento de la fase prearbitral sea invocado de manera abusiva por el demandado, lo que corresponde apreciar al Tribunal Arbitral tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto sometido a su consideración y decisión. A tales efectos, el Tribunal podrá tomar en consideración, entre otros, los siguientes elementos: 1) la inacción del demandado; 2) el hecho de que el interesado se haya negado injustificadamente a negociar no obstante la solicitud de la otra parte;[80]

[80] *Antoine Biloune and Marine Drive Company Ltd., v. Ghana Investment Centre and Government of Ghana*, Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, Laudo sobre la Jurisdicción y los Méritos de fecha 27 de octubre de 1989, 55-56. Disponible en: https://jusmundi.com/en/

3) la circunstancia de que a pesar de los esfuerzos razonables efectuados por el demandante haya sido imposible celebrar una mediación o que su intento haya sido infructuoso;[81] 4) el hecho de que la mediación no haya tenido lugar porque el demandando no se encontraba dispuesto o disponible para intervenir en ella o cuando las partes hayan renunciado expresa o tácitamente pero de manera inequívoca a celebrar la mediación;[82] 5) la circunstancia de que resulte claro que las posiciones de las partes sean tan enconadas que sea imposible llegar a un acuerdo, no obstante la solicitud de la otra parte.[83]

Tal y como lo declaró el Tribunal Federal suizo mediante sentencia del 6 de junio de 2007:

> actúa de manera abusiva una parte que invoque el incumplimiento de un escalón obligatorio que parece manifiestamente condenado al fracaso y/o cuando no lo haya implementado ella misma. Si la intención del demandado es realmente resolver amistosamente la controversia, le corresponde plasmarla en los hechos, de conformidad con el principio de buena fe. No basta con invocar pasivamente la incompetencia del Tribual Arbitral. Tiene que iniciar él mismo la mediación pactada y solicitar la suspensión del arbitraje.[84]

En todos estos casos, la regla debería ser que los árbitros sigan tramitando el procedimiento arbitral. Lo contrario conllevaría a privilegiar a la parte remisa que con su actitud lo que hace es obstaculizar el arbitraje o impedir su prosecución.

---

document/decision/en-biloune-and-marine-drive-complex-ltd-v-ghana-investments-centre-and-the-government-of-ghana-award-on-jurisdiction-and-liability-friday-27th-october-1989#decision_5397, consultado en fecha 13 de noviembre de 2020.

81 Extracto del Laudo final de fecha 27 de enero de 1997 en el caso CCI N° 8462, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit*., pp. 82-83.

82 Aníbal Sabater, ob. cit., p. 69.

83 Laudo final emitido en 1996 en el caso CCI N° 8445, citado en: *Yearbook of Commercial Arbitration,* Vol. XXVI, ICCA & Kluwer Law International, 2001 pp. 167 – 180. Disponible en: https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn22930, consultado en fecha 12 de noviembre de 2020.

84 Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt No. 4A_18/2007, 6-6-2007, 4.3.3.2. Disponible en: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-06-2007-4A_18-2007&lang=fr&type=show_document&zoom=NO&, consultado en fecha 17 de noviembre de 2020.

En fin, será factible entablar un procedimiento arbitral o que los árbitros continúen con su tramitación cuando una de las partes se mantuviera pasiva u obstaculizara la puesta en práctica del mecanismo contemplado en el escalón anterior, o cuando el ambiente resulta ser tan hostil o el conflicto se encuentra tan escalado, que el hecho de llevar adelante las etapas previas pactadas, resultaría infructuoso y solo retrasaría más la resolución de la disputa, o cuando cualquier intento de agotamiento de dichas etapas previas habría sido inútil.[85]

IX. ALGUNAS RECOMENDACIONES

Como puede fácilmente apreciarse de la exposición anterior, numerosas dificultades que plantean las cláusulas arbitrales escalonadas surgen de una defectuosa redacción de las mismas. Para evitar situaciones patológicas, hay que poner especial cuidado al momento de confeccionar la cláusula puesto que cualquier ambigüedad o redacción deficiente puede generar incertidumbre o incluso tornar ineficaz o inaplicable la cláusula arbitral.

Sin ánimo de exhaustividad, para reducir los problemas derivados de una deficiente u oscura redacción de las cláusulas arbitrales escalonadas, consideramos útil formular las siguientes recomendaciones:

1) Conviene que dichas cláusulas plasmen la verdadera intención de las partes. Si lo que ellas desean es que el incumplimiento de la etapa previa impida el acceso al arbitraje, deben expresar clara e inequívocamente que la estricta observancia de los escalones previos será condición necesaria para el inicio del procedimiento arbitral.[86] Si, por el contrario, lo que las partes desean es que las negociaciones solo tengan carácter facultativo debe

[85] *Ethyl Corporation v. El Gobierno de Canadá*, NAFTA/UNCITRAL, Laudo sobre la Jurisdicción de fecha 24 de junio de 1998, ¶ 84. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300_0.pdf, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

[86] Extracto del Laudo preliminar de fecha 26 de junio de 1985 en el caso CCI No. 4229, citado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 1, (2003)... *cit*., pp. 74-75; Extracto del Laudo final de fecha 27 de noviembre de 1995 en el caso CCI No. 8073, citado en "Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses," *Ibíd.* pp. 80-81.

igualmente expresar de manera clara esa intención en la cláusula para evitar que una de las partes invoque el incumplimiento de la etapa previa para obstaculizar el arbitraje o impedir su prosecución.

2) La cláusula debe establecer de manera clara cuáles serán las consecuencias del incumplimiento de la fase prearbitral para evitar cualquier discusión al respecto. Es decir, deben indicarse los efectos que se producirán si una de las partes hace caso omiso de los escalones previos e inicia un proceso arbitral sin haber participado en las negociaciones o en la mediación, o sin que estas hayan concluido.
3) Conviene también establecer de manera clara y precisa el contenido de cada una de las etapas previas y referir la fase negocial a distintas circunstancias o parámetros objetivos de tiempo y lugar de las negociaciones, funcionamiento del proceso de negociación, indicación del número de sesiones y de las personas autorizadas a conducir las negociaciones, etc. De manera que con estos criterios objetivos pueda apreciarse sin mayor dificultad si, en realidad, se cumplió o no con los requerimientos de la fase previa. No deben incluirse condiciones vagas o imprecisas que puedan prestarse después a interpretaciones o discusiones respecto de si fueron cumplidas o no como, por ejemplo, cuando la cláusula se limita a indicar que las partes convienen en "negociar de buena fe" o "en desarrollar sus mejores esfuerzos durante las negociaciones para lograr una solución amigable de la disputa". Estos son términos que invitan a la discusión y eventualmente estas discusiones pueden ser muy prolongadas. Por tanto, hay que evitar su utilización.
4) Para evitar problemas futuros es conveniente incluir la obligación de notificar formalmente a la otra parte del comienzo y del final de cada una de las etapas previas y sobre todo los requisitos para que se produzca el tránsito de una etapa a otra para la solución de la controversia. Debe indicarse claramente la duración de cada uno de los pasos previos al arbitraje. Las partes deben establecer un plazo para las negociaciones que no debe ser muy largo porque mientras ese plazo no transcurra, no podrán ellas

recurrir al arbitraje. Además, si el plazo es muy largo, bien pude ocurrir que cuando se acuda al arbitraje, haya transcurrido ya el plazo de prescripción o de caducidad para intentar la acción, sobre todo cuando se trata de plazos breves de prescripción o de caducidad. Hay que señalar claramente cuándo comienza cada etapa, incluyendo la fase de negociaciones, y cuándo termina, es decir, definir estos momentos de manera precisa e indicar cuándo se considera que las negociaciones o el intento de lograr un acuerdo fracasó. Esto es importante definirlo claramente porque, en caso contrario, pueden suscitarse dudas acerca de si ya están abiertas las puertas del arbitraje.

5) Resulta aconsejable prever objetivamente el modo de comprobar el cumplimiento de los escalones previos, es decir, definir la conducta o la constancia documental requerida para dar por demostrado el cumplimiento de la etapa prearbitral.
6) Por último, cuando las partes acuerden una cláusula med-arb, conviene indicar que la mediación se llevará a cabo de acuerdo con las reglas de un determinado centro de arbitraje y conciliación que son generalmente bastante claras.

Tal y como lo ha señalado la *International Bar Association* en sus "Directrices para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010"[87], al momento de confeccionar una cláusula de arbitraje escalonada es conveniente atenerse a las siguientes reglas: 1) La cláusula debe señalar un periodo de tiempo para la negociación o mediación, desencadenado por un hecho definible e indiscutible como, por ejemplo, una invitación escrita después de la cual cualquier parte puede acudir a arbitraje; 2) La cláusula debe evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio. De esta manera se impide que la cláusula devenga en patológica por ser ambigua la intención de someter a arbitraje las controversias que no puedan resolverse por los escalones anteriores y; 3) La cláusula debe definir las controversias que

[87] Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional de 2010. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf, consultado en fecha 7 de noviembre de 2020.

deben someterse a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos. De lo contrario, habrá supuestos en los que ciertas controversias podrán someterse directamente a arbitraje.

En fin, cuanto más detallada, precisa y meticulosa sea la redacción de la cláusula escalonada, mayor será la probabilidad de que se cumpla su contenido y menor la probabilidad de que se planteen incertidumbres y confrontaciones acerca de su significado y efectos.

SITUACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE TRIBUTARIO.

PROF. GABRIEL RUAN SANTOS.*

SUMARIO

I. En el orden interno. II. En el orden internacional. · Bibliografía Recomendable

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

La figura del arbitraje ha sido siempre poco compatible con el derecho público y el ejercicio de las potestades estatales, tanto en el ámbito interno como en el internacional, porque en el primero ha chocado con el orden público normativo y en el segundo con la soberanía de los Estados y las políticas tributarias, conceptos asumidos como fuertes dogmas jurídicos inspirados en las ideologías estatistas desde la aparición misma de la institución histórica del Estado o como celosas prevenciones. A lo cual se suma que el arbitraje es una institución nacida y desarrollada en el derecho privado, órbita en la cual ha predominado la autonomía de la voluntad del individuo, dentro del cual es reconocida la iniciativa y la creatividad de los particulares para la auto-regulación de sus intereses propios. Prueba palpable de lo dicho es la temerosa norma del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, que excluye la aplicación del arbitraje a las materias "directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público". Y a nivel internacional, la resistencia que han presentado en el pasado los Estados frente al arbitraje fiscal, por causa del temor al menoscabo del poder tributario territorial y a perder el control de la solución de las controversias en desmedro de sus políticas fiscales, lo cual fue secundado por muchos años por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), la cual siempre ha privilegiado el procedimiento amistoso o de mutuo acuerdo (MAP) en la solución de dichas controversias, concebidas exclusivamente como conflictos entre Estados.

I. EN EL ORDEN INTERNO

No obstante la existencia de las barreras mencionadas, al amparo del artículo 258 de la Constitución de 1999, que ordena al legislador promover todos los medios alternativos de solución de conflictos,

sin exclusiones, el legislador del Código Orgánico Tributario (COT) de 2001 dio paso con cierta originalidad y vanguardismo al arbitraje tributario entre el fisco y los contribuyentes y le dedicó el Capítulo VI del Título VI de ese Código, muy probablemente con la resistencia silenciosa de la Administración Tributaria. Algunos hemos pensado y así lo expresé en mi estudio publicado el año 2004, que se trataba de una recepción legal anticipada de una innovación audaz, que se enfrentaba a los obstáculos dogmáticos antes mencionados, que en el campo específico del derecho tributario tomaban cuerpo en el principio de legalidad, en la igualdad frente a los tributos, en la indisponibilidad de los créditos tributarios y desde luego en el orden público de las leyes tributarias. "Es probable que el legislador –decíamos en el 2004– haya iniciado el recorrido del camino a partir de sus etapas finales y más avanzadas, como son la transacción y el arbitraje, y no por sus naturales comienzos, configurados por las conferencias, negociaciones, acuerdos, facilitaciones o mediaciones en el ámbito interno de los procedimientos administrativos", lo cual habría creado el ambiente propicio para los más exigentes medios alternativos de solución de conflictos. Mucho tememos ahora que no estábamos equivocados, pues desde 2001 no se ha conocido la realización de ningún arbitraje tributario en el país y muy pocas transacciones.

En modo congruente con el escenario antes descrito, el arbitraje tributario nace en Venezuela con un perfil muy especial, dentro de un cauce limitativo y con una sumisión paradójica en su objeto a principios inherentes al contrato de transacción, ya que, siguiendo la tradición procesal civil, el Código Orgánico Tributario señala que las materias susceptibles de arbitrabilidad son legalmente aquellas susceptibles de transigibilidad, por ser disponibles, sin que el COT de 2001 hubiera precisado cuáles eran estas materias en lo tributario, como si lo hizo el COT de 1982, con respecto a la transacción, cuando en su artículo 58 expresaba en forma de autorización legislativa: "La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable". Disposición que provenía en forma inmediata del Modelo de Código para América Latina OEA-BID, calificada por Valdés Costa –uno de sus redactores– como "solución transaccional", pero provenía en modo remoto de la doctrina de los Tri-

bunales Financieros del Imperio y de la Federación en Alemania, la cual distinguía entre los "acuerdos sobre cuestiones de hecho" y los "acuerdos sobre las cuestiones de derecho" en el ámbito de la determinación de las obligaciones tributarias, destinados a resolver la *incertidumbre* en la comprobación y valoración de los hechos y bases imponibles, pero sin llegar a incluir una nueva interpretación de la ley tributaria, y mucho menos la posibilidad de recíprocas concesiones, pues esto era considerado lesivo del principio de legalidad estricta regulador de las actuaciones administrativas y de la igualdad entre los contribuyentes, así como también de la indisponibilidad de la obligación tributaria, nacida del hecho generador del tributo predispuesto en la ley, sin mediación de la voluntad individual.

Con la eliminación de esta norma del COT de 1982, por virtud de la promulgación del COT de 2001, reiterado el cambio en los códigos posteriores, el legislador pareció apartarse de la figura conocida de los "acuerdos sobre cuestiones de hecho" y haber regresado a la configuración del contrato de transacción civil, centrado en la idea de las recíprocas concesiones relativas a las pretensiones de las partes y al consiguiente límite o valladar negativo del orden público, lo cual, lejos de facilitar la comprensión de las materias transigibles y por ende arbitrables, con insinceridad, retornaba a las dudas y resistencias ideológicas que tradicionalmente han sido manifestadas mediante la objeción del orden público de las leyes tributarias, compartida por todas las leyes de derecho público, circunstancia que prácticamente podría impedir la utilización del arbitraje en el derecho tributario.

En relación con lo anterior, cabe advertir que la limitación del orden público en el derecho privado obedece fundamentalmente a que se trata de la esfera de la autonomía de la voluntad, dentro de la cual es admitida la auto-regulación de los intereses propios de los particulares, quienes tienen la disposición o libre atribución sobre sus bienes y derechos, correspondiendo al orden público servir de marco o cerco de esa auto-regulación, en protección del interés general. Mientras que en el derecho público y en particular en el derecho tributario, donde la generación de las obligaciones y derechos, cargas y beneficios, derivan del acoplamiento de los hechos a la hipótesis normativa legal o sub-legal preestablecida, sin que haya espacio para la autonomía de la voluntad,

la noción del orden público se hace superflua, al menos en su formulación clásica, debiendo ser repensada en el derecho público, para dejar de ser un muro de contención y pasar a ser una orientación positiva de la conducta de los ciudadanos y del Estado. Y en tal sentido, es de orden público la correcta recaudación de los tributos, pero en similar medida también lo es la preservación de la fuente y su principal expresión, que es la capacidad económica de los contribuyentes.[1]

El perfil normativo del arbitraje tributario quedó fijado originalmente en el COT de 2001, luego recogido en los códigos de 2014 y de 2020 con poca diferencia. Dicha descripción nos permite no sólo distinguir el modelo limitativo y encorsetado de arbitraje, sino que nos sugiere los aspectos que deben ser reformados para que la figura tenga viabilidad en el campo tributario.

Así, según el COT, el arbitraje tributario requiere: la existencia de un recurso judicial o contencioso tributario iniciado y admitido, de manera que no cabe arbitraje para precaver litigios ni resolverlos por esta vía en la fase administrativa de los procedimientos; exige la vigencia de la acción judicial que se pretende sustituir acudiendo al arbitraje, pues este último es alternativo del proceso judicial instaurado; exclusión de toda cláusula compromisoria previa al conflicto, por ser requerida la actualidad absoluta y determinación específica de la disputa objeto del arbitraje; designación de árbitros de derecho con la condición de abogados, a quienes tocaría únicamente aplicar la ley tributaria; constitución necesaria de una comisión de tres árbitros independientes, dos de ellos designados por las partes y el tercero por los árbitros ya designados,

[1] Una afortunada sentencia de la Sala Constitucional admitió la compatibilidad entre el orden público y el arbitraje del modo siguiente: "Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se los medios alternativos para la resolución de conflictos, y entre ellos, el arbitraje, ya que la declaratoria de orden público del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas 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 otros- en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza objetiva". Sala Constitucional, Decisión N° 1541 del 8 de octubre de 2008, caso Fermín Toro Jiménez. Citada por Victorino Tejera Pérez; *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*; Editorial Jurídica Venezolana; Colección Estudios Jurídicos N° 97; Caracas 2012, página 235.

y si no hay acuerdo entre éstos por el tribunal del recurso interpuesto; exclusión implícita del arbitraje institucional; valor de cosa juzgada del laudo emitido por los árbitros, pero publicado por el tribunal del recurso; carácter obligatorio del laudo firme para la Administración tributaria y para el contribuyente recurrente; apelabilidad del laudo, siempre que no haya unanimidad en el veredicto, con lo cual deja una especie de derecho de veto a las partes; motivación obligatoria del laudo, a fin de poder controlar su conformidad a derecho; recurso de nulidad contra el laudo, por causales precisas atinentes a la arbitrabilidad del conflicto y a requisitos procesales esenciales; el laudo será ejecutado por la Administración Tributaria y no por el tribunal del recurso interpuesto, según las normas del COT de 2014 para ejecución de sentencias; y finalmente, acuerda supletoriedad, en la medida que tuviera cabida, a la Ley de Arbitraje Comercial y al Código de Procedimiento Civil.

La sola lectura del perfil normativo del arbitraje tributario, ya sugiere los cambios que necesariamente deberían ser propuestos en el COT, a fin de que la institución pudiera tener posibilidad de aplicación. Así, se debe liberar al arbitraje de su sumisión al objeto de la transacción, en atención a las diferencias entre ambas figuras, porque la transacción es un medio de autocomposición del conflicto por las mismas partes del mismo, en relación con la disponibilidad de las materias transigibles, mientras que el arbitraje es un medio de heterocomposición procesal, en el cual se encomienda a terceros elegidos por las partes la solución del conflicto, mediante la determinación objetiva de los hechos y la correcta aplicación de la ley tributaria. Se debe además permitir la posibilidad para la Administración y los contribuyentes de proponer y escoger la vía arbitral desde la fase administrativa del conflicto, una vez que se conozcan las pretensiones de la Administración, con el levantamiento del acta fiscal, evitando así el endurecimiento de las posiciones en confrontación y el obstáculo representado por los costos de la instauración de un recurso contencioso tributario. Se hace conveniente superar el rechazo del arbitraje institucional, a fin de aprovechar las ventajas de la organización y normativa de los centros de arbitraje, los cuales podrían adaptar su estructura y su procedimiento para dar cabida a este tipo especial de arbitraje. Muy importante también, sería suprimir la apelabilidad del arbitraje ante los tribunales judiciales, si no hay unani-

midad de los árbitros, pues siempre habría la inclinación de los árbitros designados a ejercer el virtual derecho de veto que prohíja esta posibilidad. En compensación, se podrían afinar las causales del recurso de nulidad del laudo, para evitar ciertamente los laudos ilegales, pero sin incitar al uso abusivo de este recurso con el propósito de replantear la discusión sobre el fondo de la disputa. Desde luego que esta reforma implicaría superar la idea tradicional de orden público normativo, que obstaculiza la utilización de los medios consensuales o convencionales en la solución de las controversias con la autoridad pública, para dar paso a otra concepción que reconozca ampliamente el derecho de participación transparente de los ciudadanos en los procedimientos y no sea excluyente de la voluntad de los sujetos sometidos a las potestades públicas. En definitiva, sería necesario llegar al convencimiento de que en el arbitraje tributario los árbitros no harían otra cosa que lo que hacen los jueces, o sea, determinar los hechos y aplicar estrictamente la ley tributaria, pero con mayor celeridad, flexibilidad, dedicación y capacidad técnica, sin que pueda hablarse de concesiones recíprocas entre las partes ni de alterar la recta aplicación de la ley a los hechos.

Sin embargo, sin perjuicio de las reformas legales que deben proponerse con respecto al COT, a fin hacer viable la aplicación útil de la transacción y el arbitraje en el ordenamiento nacional, pienso que hoy en día todavía prevalece –y tal vez en mayor medida– la concepción ideológica de las facultades administrativas y de la obligación tributaria, sujetas sumisamente al principio de legalidad unilateral y oficioso y a la indisponibilidad de los créditos tributarios, por eso me permito proponer nuevamente, como lo hice en 2004,[2] la figura de los "acuerdos procedimentales" para resolver los conflictos entre la Administración Tributaria y los contribuyentes en modo convencional o concordado, pero sin suprimir el carácter unilateral esencial de los procedimientos de determinación tributaria. Estos acuerdos se insertan o incorporan en el procedimiento de determinación y fungen de acuerdos preparatorios de la decisión administrativa de liquidación o revisión y no alteran la

[2] Gabriel Ruan Santos, *Visión Crítica de la Transacción y el Arbitraje en el Derecho Tributario. Hacia los Acuerdos Procedimentales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Trabajo de Incorporación; Caracas, 2004. Este estudio incluye el análisis de los Acuerdos Procedimentales en derecho comparado.

naturaleza unilateral de la potestad tributaria. Estas figuras tienen por objeto facilitar la discusión de las diferencias entre la Administración y los contribuyentes dentro de un marco de flexibilidad, participación y transparencia controlado por la autoridad.

Con este propósito, lo cual sugería también en 2004, sigue siendo conveniente examinar las experiencias exitosas –aunque no sin tropiezos– que han tenido estos "acuerdos procedimentales" en países como Alemania, Italia, España y sobre todo en los Estados Unidos de América. En Alemania, con los "acuerdos sobre cuestiones de hecho", sustentados en la buena fe, los cuales han sido acompañados, según reconoce la doctrina, por la valoración jurídica de los hechos fijados consensualmente por las partes; los cuales han sido instrumentados mediante conferencias de conciliación y la conocida entrevista final previa a la liquidación administrativa. En Italia con los conocidos "concordatos tributarios", calificados inicialmente por la doctrina como contratos de fijación o "*accertamento*" y después de reformas legales como "comprobaciones unilaterales de las bases imponibles con adhesión del obligado tributario", luego de diálogos entre las partes, que propician la aproximación consensual. En España, con el espíritu de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común del año 1992, desde el año 2003 se ha reformado la Ley General Tributaria para dar paso a la figura de las "actas con acuerdo", precedidas de diálogos entre la Administración y el contribuyente destinados a despejar la incertidumbre en los hechos y a fijar consensualmente la base de imposición, en modo similar a las experiencias alemana e italiana. Para el jurista Ferreiro Lapatza, gran propulsor de esta reforma, el procedimiento de las "actas con acuerdo", tiene por objeto despejar la incertidumbre surgida de la interpretación de la ley y de la percepción de los hechos, porque toda ley tiene un ámbito de interpretación y todo hecho o caso concreto un ámbito posible de percepción, y precisamente allí caben los acuerdos, sin que ello signifique modificar la ley ni alterar los hechos.[3]

[3] José Ferreiro Lapatza, *Solución Convencional de Conflictos en el Ámbito Tributario: Una Propuesta Concreta*; consultada en original, números II.3, II.4 y II.6. Comentada en mi trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, antes citado.

Sin embargo, el ejemplo más acabado y exitoso de procedimiento consensuado o acuerdo procedimental bajo el control de la Administración Tributaria lo presenta la experiencia en EE.UU de las Oficinas de Apelaciones del Servicio de Rentas Internas (IRS). Bajo el paraguas de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Disputas Administrativas de 1990 y con el impulso de la Ley de Reestructuración y Reforma del IRS de 1998, en dichas oficinas se desenvuelven procedimientos de negociación solicitados voluntariamente por las partes, facilitados por una estructura idónea y dotadas de un procedimiento especial, que no se limita a la negociación sino que privilegia la mediación por parte de "autoridades de arreglos", distintas e independientes de los órganos ordinarios de fiscalización, cuya principal función es contribuir a resolver alternativamente las disputas entre el Servicio y los contribuyentes, antes de que sean planteadas a los tribunales. Estos procedimientos administrativos de arreglo (*settlement procedures*) tienen por tarea resolver sobre la incertidumbre de los hechos en disputa o sobre la aplicación de la ley a los casos concretos, tales como diferencias sobre ingresos declarados, deducciones, créditos, gastos, reintegros solicitados, minoraciones o reducciones impositivas, sanciones impuestas, establecimiento de precios de transferencia y preparación de acuerdos anticipados sobre los mismos, valuaciones de bienes y de activos, compensaciones razonables y otras materias similares, dentro de la amplia categoría de cuestiones de hecho. Cabe advertir que si las partes no llegan a un acuerdo sobre estas diferencias podrían acudir a la mediación y al arbitraje vinculante, instancias facultativas en las cuales las Oficinas de Apelación siguen cumpliendo un rol relevante. Es importante señalar que el éxito del procedimiento de mediación en el ámbito administrativo de las disputas tributarias, ha llevado a los jueces en EE.UU a proponer a las partes la celebración de acuerdos de mediación, y aún más, de arbitrajes vinculantes para resolver alternativamente la controversia, después de instaurado el proceso judicial.

En relación con esta experiencia, se ha dicho que alrededor del noventa por ciento (90%) de las disputas entre el fisco norteamericano y los contribuyentes son resueltas en la división de apelaciones del IRS, a través del procedimiento ordinario de arreglos o de la mediación, lo

cual revela el nivel de progreso de los acuerdos procedimentales o procedimientos consensuados tributarios alcanzado en esa nación.

En Venezuela, al igual que en toda América Latina, el avance de los procedimientos administrativos consensuados ha sido muy limitado, porque ha habido mucha resistencia a su adopción, tanto como a la figura del arbitraje tributario. Las declaraciones favorables a su admisión por las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario han sido esperanzadoras, pero no han logrado romper la barrera de negación de las administraciones tributarias; estas últimas escasamente han llegado a aceptar las llamadas "determinaciones mixtas" con la colaboración del contribuyente. Frente a la propuesta formulada por nosotros en el año 2004, consistente en la incorporación de la negociación y los acuerdos procedimentales en el procedimiento administrativo de determinación tributaria del COT, para lo cual era ideal una reforma legal pero suficiente una reglamentación, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) tuvo una respuesta caricaturesca, como fueron los famosos "desayunos" con la plana mayor administrativa para "discutir" los reparos a la industria privada petrolera, donde sólo cabía la alternativa de aceptar plenamente el reparo para optar a la condonación de la sanción.

II. EN EL ORDEN INTERNACIONAL

No obstante la pobreza del escenario interno examinado con anterioridad, compartimos la opinión de que el arbitraje tributario ha tenido mayor progreso en el orden internacional. Los Estados con mayor desarrollo en el mundo occidental, con apoyo de las organizaciones internacionales, están llegando al convencimiento de que la soberanía estatal en materia de tributos no debe ser obstáculo para que, *en ejercicio de esa misma soberanía*, los gobiernos puedan llegar a acuerdos de armonización de los poderes tributarios, de modo que puedan celebrar tratados bilaterales y multilaterales, no sólo para evitar la doble o múltiple imposición internacional y favorecer la economía mundial, sino también para abrir paso a la solución alternativa y amigable de las diferencias surgidas en la aplicación de los convenios para evitar

la doble imposición (CDIs) y no exclusivamente por la vía de la negociación sino de recientes fórmulas arbitrales apropiadas, para suplir la incapacidad de las administraciones tributarias para llegar directamente a arreglos de sus diferencias, ante la casi total ausencia de tribunales internacionales con competencia para hacerlo, a pesar de las propuestas no aceptadas que ha habido de atribuir competencia a la Corte Internacional de Justicia o a la Corte de la Unión Europea o definitivamente, de crear una Corte Tributaria Internacional.

Sabida es la existencia de la cláusula de "procedimiento amigable" (*Muttual Agreement Procedure* MAP) para resolver las diferencias entre las administraciones tributarias con ocasión de la interpretación y aplicación de los CDIs, propuestas a los Estados en los Modelos de Convenio elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que originalmente sólo contenían en su artículo 25 un procedimiento facultativo de negociación para que las administraciones tributarias, a solicitud de los contribuyentes afectados, acordaran entre ellas discutir y buscar soluciones concretas a las controversias surgidas de la aplicación de los CDIs, haciendo lugar a que las disputas internas entre administraciones y contribuyentes relativas a los convenios pasaran al plano internacional, a través del procedimiento amigable y que se instaurara una discusión técnica entre órganos estatales, razón por la cual algunos autores señalaban que se trataba de "conflictos indirectos de derecho tributario internacional".

El procedimiento amigable o de mutuo acuerdo (MAP) ha sido la forma principal de canalizar las diferencias surgidas de los CDIs, con un resultado considerado bastante positivo, que algunos estudios estiman en el 80% de los casos planteados. Sin embargo, tiene carencias que deben ser resueltas, porque se trata de una negociación entre Estados –a través de sus administraciones tributarias, no de sus servicios exteriores– que no implica necesariamente alcanzar un acuerdo, dentro de un plazo, por ser más que todo una obligación de medios y no de resultados. A lo cual se suma que los contribuyentes no son propiamente partes del procedimiento, y que la tarea de iniciarlos, desarrollarlos y terminarlos compete a las administraciones, incluso en aquellas hipó-

tesis en que haya conflicto de intereses entre los contribuyentes y la administración tributaria iniciadora del procedimiento.

Teniendo a la vista las carencias del procedimiento amigable o de mutuo acuerdo establecido en los CDIs, señaladas por importantes instituciones como la Asociación Fiscal Internacional (IFA) el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en atención a las necesidades del comercio internacional, muchos Estados han accedido a modificar sus convenios para incluir como vía complementaria o alternativa del procedimiento amistoso –según los casos– al arbitraje tributario internacional, ya sea en modo facultativo u obligatorio, para los supuestos en que las administraciones no hayan podido llegar a acuerdos para resolver las diferencias surgidas de la interpretación o aplicación de los CDIs, habiéndose registrado más de cincuenta casos de inclusión de la vía arbitral internacional, mediante modificaciones de la cláusula del procedimiento de mutuo acuerdo o mediante protocolos adicionales. En el mismo sentido, en el año 1990, se celebró la Convención Europea de Arbitraje para la eliminación de la doble tributación relativa a la corrección y ajustes de las ganancias de las empresas asociadas o vinculadas, la cual creó una figura de arbitraje obligatorio y vinculante limitado a ciertas hipótesis, como los precios de transferencia. Este convenio multilateral recibió un nuevo impulso con el Código de Conducta para la Aplicación Efectiva del Convenio de Arbitraje publicado en 2004.

Este movimiento internacional indetenible ha dado lugar a una gran variedad de tipos de arbitrajes tributarios, los cuales pueden ser iniciados por los Estados mediante notas diplomáticas o mediante el solo consentimiento de las administraciones tributarias, por cualquiera de los Estados contratantes, por los contribuyentes afectados solicitantes si los Estados no han llegado a un acuerdo en un plazo de dos o tres años, o resueltamente por la creación de la obligación de iniciar el arbitraje después del fracaso de las negociaciones. El objeto de los arbitrajes no ha sido específicamente limitado, sino que podría versar sobre cualquiera de las materias que pudieran ser objeto del procedimiento amigable, a menos que se trate de intereses de naturaleza política, que quedan sometidos usualmente a los medios diplomáticos. El nombra-

miento de los árbitros y el procedimiento a seguir sería determinado en cada caso por las partes. Las actuaciones del proceso quedarían reservadas, a menos que las partes accedieran a su publicación, evitándose así la formación de precedentes.

Frente a esta fuerte tendencia promovida por el comercio internacional, la OCDE se ha visto en la necesidad de cambiar su posición original contraria al arbitraje tributario internacional, y a partir del año 2008, el Comité de Asuntos Fiscales de esa organización ha propuesto dicho arbitraje como *complemento* del procedimiento de mutuo acuerdo, mediante la modificación del artículo 25.5 de Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición y Evitar la Evasión Fiscal, a lo cual ha añadido manuales especialmente elaborados para que las partes y los árbitros puedan regular el desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

En definitiva, el Modelo de Convenio de la OCDE establece un marco muy general, que puede ser adaptado por los Estados en sus CDIs bilaterales, los cuales, una vez agotado el procedimiento de mutuo acuerdo, sin que las administraciones hayan llegado a un entendimiento en el plazo de dos años, a solicitud de los contribuyentes que consideren que no se les ha aplicado correctamente las disposiciones del CDI, podrían acordar el sometimiento de las controversias a comisiones arbitrales "ad hoc" o a tribunales internacionales, en modo facultativo u obligatorio, con decisión vinculante o condicionada a la aceptación de los interesados. El procedimiento del arbitraje podría ser compatible con el ejercicio de los recursos internos, pero si llegara a dictarse una decisión por parte de los órganos estatales, ésta dejara sin efecto el proceso arbitral iniciado. Desde luego que tocaría a los Estados resolver sobre otros aspectos importantes del procedimiento, como la designación de los árbitros, la distribución del costo del procedimiento, la mayor concreción de los derechos de los contribuyentes, la publicación de las decisiones arbitrales y las garantías para su ejecución.

En tiempos recientes, han sido planteadas disputas tributarias en el ámbito de los arbitrajes de inversión, dada la incidencia importante de los tributos en la cuantificación del retorno de las inversiones internacionales. Sin embargo, la admisibilidad de la materia tributaria ha sido objeto de muchas limitaciones tanto en los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (TBIs) como en las decisiones

arbitrales recaídas en disputas entre Estados receptores de inversión y nacionales inversores de otros Estados derivadas del tema principal de las inversiones transfronterizas. Efectivamente, los TBIs y arbitrajes de inversión han regulado o tenido conocimiento de la materia tributaria sólo en los supuestos específicos y admisibles de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y de infracción de la prohibición de trato discriminatorio a los inversores, pero han evitado o rechazado incluir las disputas tributarias en el concepto general de "trato justo y equitativo", por respeto o sumisión a la soberanía fiscal de los Estados. Incluso, en la hipótesis de expropiación ilícita –tema principal en la protección de inversiones– han tenido mucha cautela al examinar las llamadas "medidas tributarias expropiatorias" como expropiaciones de hecho o encubiertas, muy frecuentes en nuestro país.

No obstante reconocer que ha habido algún avance en el examen de los conflictos tributarios en el campo de las inversiones internacionales, los expertos en las mencionadas materias atribuyen esta cautela a que los negociadores de los TBIs han preferido que esos conflictos sean objeto de los tratados para evitar la doble imposición y la evasión fiscal (CDIs), con el fin de no provocar la suspicacia de los Estados y evitar el retardo en la celebración de los TBIs, por un lado; y por otro, porque la jurisprudencia de los arbitrajes de inversión tiende a esquivar los conflictos tributarios para no afectar la soberanía fiscal estatal y dejar esta materia a la armonización tributaria que buscan los procedimientos amigables y comisiones arbitrales en el marco de los CDIs.

Para finalizar, nos queda desear que nuestro país pueda superar el "*paradigma imperativo*" en la resolución de los conflictos con la administración tributaria, de índole estatista y autoritario, que ha llegado al terror de las sanciones desproporcionadas y ruinosas para buscar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de muchos contribuyentes asfixiados por las políticas oficiales y la pandemia, quedando muy lejos del panorama el "*paradigma de la negociación*", tanto en lo interno como en lo internacional, como cabría esperar del propósito del artículo 258 de la Constitución de 1999, que muy probablemente tendría mejores resultados para la recuperación económica y la convivencia ciudadana.

Caracas, noviembre de 2020.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDABLE

BARRERA F. Alejandro, *Arbitraje Fiscal Internacional*. IFA. México. 2008. https://www.ifamexico.com.mx/wp-content/uploads/2018/07/ArbitrajeFiscalInternacional-1.pdf.

CARMONA, Juan C., *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*. En Hidrocarburos y Minerales. Derecho y Finanzas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario; Vol. I, Caracas 2016.

Centro de Arbitraje. Cámara de Caracas; Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Venamcham; Club Español del Arbitraje. Capítulo Venezolano. *El Arbitraje en Venezuela*. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial; Coordinadores Luis Alfredo Araque, Milagros Betancourt, Diana Droulers y Carlos Lepervanche; Caracas, 2013.

Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones. CIADI. Washington. Caso CIADI N° ARB-07-30 Grupo Conoco Philips contra República de Venezuela. Decisión sobre jurisdicción y fondo. 3 de septiembre de 2013.

GARCÍA FRÍAS, María A., *El Arbitraje Tributario Internacional.* En Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional. Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar, coordinado por Heleno Taveira Torres y Pasquale Pistone; Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2005.

LOZANO RODRÍGUEZ, Eleonora, *En Defensa del Arbitraje Tributario en Materia Internacional. Una Propuesta para los países latinoamericanos*. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Salamanca, España,2008.https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/18284/DDAFP_Defensa%20arbitraje%20internacional%20materia%20tributaria.pdf?sequence=1

RUAN SANTOS, Gabriel, *Visión Crítica de la Transacción y el Arbitraje en el Derecho Tributario. Hacia los Acuerdos Procedimentales*. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 2004.

SANLORIEN COBO, Víctor, *El Arbitraje Fiscal Internacional*; Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2016.

TEJERA PÉREZ, Victorino J., *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*; Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 97; Caracas, 2012.

TROYA JARAMILLO, José V. y EGAS REYES, Pablo, *Arbitraje Tributario Internacional*. El caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en Ecuador. http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/tributacion%20y%20arbitraje%20jose%20vicente%20troya.pdf

FOROS

VIDEOCONFERENCIA EL “DISCOVERY” Y LA LEY DE PROCEDIMIENTO MARÍTIMO. 02 DE JULIO DE 2020.

PALABRAS DE APERTURA A CARGO DEL DR. JUAN J. ITRIAGO VICEPRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO.

Páginas: 265-269 ISSN: 0798-1457

En nombre de las instituciones co-auspiciantes, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, representada por su Presidente Dr. Humberto Romero-Muci, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo de la cual tenemos el honor de ser Director de Publicaciones y Eventos, la Universidad Central de Venezuela, en la persona del Dr. Luis Cova Arria, Coordinador de la Especialización de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior, la Universidad Católica Andrés Bello, en la persona del Dr. Salvador Yannuzzi, Decano de la Facultad de Derecho y Universitas Fundación, quien nos ha cedido su plataforma tecnológica, sean bienvenidos a este interesante foro, expresándoles nuestro deseo de que todos, en unión de sus familias, se encuentren bien en medio de la pandemia que enfrentamos.

Al margen de las complicaciones que el Estado de Alarma decretado el pasado mes de marzo nos han generado en lo personal, comercial y profesional, además del impacto en la conducta social que tienen las políticas de distanciamiento impuestas, el afán del hombre por el conocimiento no se detiene.

Nos preguntamos, analizamos, cuestionamos y buscamos información desenfrenadamente, haciendo ahora uso de las extraordinarias posibilidades que nos permiten las plataformas virtuales, capaces de colocarnos en un abrir y cerrar de ojos en cualquier encuentro alrededor del mundo o en nuestro propio país, bien como asistentes o expositores. De hecho, las instituciones que co-auspician el presente evento viene adelantando especialmente en los últimos meses, una infinidad de actividades académicas de gran calidad por su contenido y organización, para beneficio de la comunidad legal en general.

Gracias a esas infinitas posibilidades que se nos abren, es que hoy estamos aquí compartiendo con colegas y estudiantes de Venezuela y, desde luego, de otras latitudes, en este FORO SOBRE EL "DISCOVERY" EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO.

No abusaremos del tiempo, convencidos como estamos de que la brevedad es uno de los secretos para garantizar el éxito de estas jornadas virtuales, dejando la tarea a la Dra. Patricia Martínez a quien corresponde y agradecemos la moderación, pero sí usaremos el tiempo restante para resaltar la importancia del tema objeto de discusión en esta tarde.

Venezuela se precia en la actualidad de contar con una de las legislaciones marítimas más actualizadas de Latino América, desde la promulgación del paquete de leyes acuáticas el año 2001, nacidas bajo el influjo de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, tarea en la que tuvo destacadísima participación la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y muchos de sus miembros.

Resultado de lo anterior, entre otras cosas y en aras de la brevedad del tiempo ya aludido, fue la creación de los tribunales marítimos (Tribunal Superior y Tribunal de Primera Instancia) previstos en la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (última reforma de noviembre de 2014) y un procedimiento especial establecido a través de la Ley de Procedimiento Marítimo, publicada en la G.O. No. 5.554 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001. Estos importantes avances, complementados por las novísimas normas sustantivas contenidas en la Ley de Comercio Marítimo (última reforma de enero de 2006), significaron un salto exponencial para nuestra disciplina, alejándonos definitivamente de las obsoletas normas del Libro Segundo del Código de Comercio y del desconocimiento de la materia por parte de los tribunales mercantiles que entonces conocían de los asuntos del sector.

Casi dos décadas más tarde aquí estamos, indudablemente en mejor condición que en el pasado, pero todavía inconformes con los avances. Hay aspectos pendientes de revisión y reformas en las leyes acuáticas, y dentro de ellas en la Ley de Procedimiento Marítimo, pues aunque novedosa en algunos aspectos hay que admitir que el procedimiento propuesto no se aparta sustancialmente del procedimiento ordinario, haciéndolo poco abreviado y expedito y, por tanto, ajeno a la dinámica propia del negocio.

El “Discovery” o aseguramiento de pruebas como se le conoce en Panamá, es precisamente uno de los aspectos por revisar en nuestra

norma adjetiva, de allí la importancia del foro que nos convoca, gracias a la sugerencia del Dr. Cova Arria y el Dr. Yannuzzi.

No nos corresponde a nosotros ahondar sobre la figura del "discovery", pues para ello tenemos voces autorizadas en el panel, basta decir se trata de un mecanismo de raigambre anglosajona, dirigido a conseguir la verdad por encima de los formalismos procesales, ello en fase previa a la realización de la audiencia oral en donde se ventila una causa, y mediante las partes formulando a los otros interrogatorios, solicitando documentos e incluso admisiones de los hechos.

Para acometer la revisión del tema contamos esta tarde con un panel de lujo, conformado por especialistas de sobradas credenciales y experiencia. El Dr. Henry Morián Piñero, abogado maritimista de gran experiencia, nos hablará de la génesis del Proyecto de Decreto Ley de Procedimiento Marítimo; el Dr. Francisco Villarroel Rodríguez, actual Juez Superior Marítimo abordará el alcance del artículo 9 de la LPM y cómo funciona la exhibición de los documentos, grabaciones o registros, así como la inspecciones de naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento, en el curso del juicio marítimo; el Dr. Nelson Carreyó, Ex – Primer Juez del Tribunal Marítimo de Panamá, tratará el "Discovery" introducido en la Ley 8va. aprobada en Panamá en 1982; y, finalmente, corresponderá al Dr. Salvador Yannuzzi, connotado docente y procesalista, contestar una interesante interrogante: ¿Existe el "Discovery" del derecho anglosajón en el Procedimiento Marítimo Venezolano?

Estamos seguros asistimos a una provechosa jornada, de la que esperamos surjan reflexiones y propuestas que podamos, eventualmente, incorporar a las tan ansiadas reformas legislativas.

En nombre de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y de su Presidente, el Dr. José Alfredo Sabatino Pizzolante, les damos la bienvenida a este Foro.

Muchas gracias.

GÉNESIS DEL PROYECTO DE DECRETO CON FUERZA DE LEY DE PROCEDIMIENTO MARÍTIMO DE NOVIEMBRE DE 2001.

PROF. HENRY MORIÁN PIÑERO.*

SUMARIO

I. Preámbulo II. Génesis del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo (DFLPM) III. Principales innovaciones contenidas en el DFLPM IV. El llamado "Discovery" del DFLPM V. Justificación del "Discovery" como medio probatorio especial VI. Consideraciones generales para una eventual reforma del DFLPM.

* Abogado (UCAB). Especialista en Derecho Mercantil (UCAB). Profesor y miembro del Comité Académico de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM), y socio de la firma Luis Cova Arria & Asociados.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 271-285 ISSN: 0798-1457

I. PREÁMBULO

Buenas tardes, quiero saludar a quienes nos acompañan, y agradecer a los organizadores de este foro por invitarme. Igualmente, saludar a la moderadora mí apreciada colega, amiga y socia, la profesora Patricia Martínez de Fortoul por su gentil presentación.

Voy a compartir brevemente con ustedes, mi comunicación sobre la génesis del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo de noviembre 2001[1] (DFLPM), sus principales innovaciones, así como consideraciones generales para su eventual reforma.

El tema central a debatir hoy, deriva de la aprobación y vigencia en Venezuela del citado DFLPM. Y, si nos fijamos en el diseño del programa vemos que con gran acierto, esta presentación sirve como introducción a las interesantes exposiciones de los distinguidos profesionales que seguidamente examinarán su aplicación, el Discovery en el derecho procesal marítimo de Panamá y, la certeza o no del *discovery* en nuestro foro marítimo.

II. GÉNESIS DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY DE PROCEDIMIENTO MARÍTIMO (DFLPM)

Ahora bien, pongamos el asunto en contexto. El Derecho Marítimo venezolano hasta finales del siglo 20, se encontraba contenido en instrumentos legales desactualizados, a saber, desde el ángulo privado, en el Libro Segundo del Código de Comercio de 1955, y en cuanto a su aspecto público, por la Ley de Navegación de 1998, pero

[1] Gaceta Oficial, núm. Extra. 5.554 de 13 de noviembre de 2001.

cuyo origen era de 1944, y en consecuencia, también superada por los acontecimientos.[2]

Como bien se asentó en la exposición de motivos del llamado "*PLONCA*", esto es, del Proyecto de Ley Orgánica de Navegación y Comercio por agua de 1987, antecedente inmediato de la nueva legislación acuática nacional, había la necesidad de actualizar las vetustas normas que sobre comercio marítimo contenía el mencionado Libro II del Código de Comercio. Esa tarea la asumió el Dr. Luis Cova Arria, en su condición de profesor de la materia derecho marítimo, que él dictaba en aquel tiempo, como parte de la especialización en derecho mercantil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, pues, ese Libro II del Código de Comercio contenía normas mercantiles que regulaban la navegación y el tráfico por agua, tal como se practicaban en la época de la navegación a vela[3].

En efecto, si hacemos una somera mención de algunas normas del Libro II del Código de Comercio, se pondrá de manifiesto, como hemos dicho, que regulaba la navegación de naves construidas con madera e impulsadas mediante velas. Así por ejemplo, el artículo 612 que definía el concepto de nave, consideraba como aparejo "los palos, botes, anclas, cables, jarcias, velamen, mástiles, vergas", y el artículo 890 sobre la extinción de las acciones establecía que "prescriben las acciones por el suministro de la madera y demás objetos necesarios para construir la nave".

Los cascos de las grandes naves que hacen los viajes de transporte marítimo de personas y cosas son de hierro y acero, habiéndose dejado de usar hace muchísimos años, el casco o la quilla de madera, y al cual se refería nuestro Código de Comercio. Siendo una imperiosa necesidad actualizar esa legislación y contemplar las nuevas modalidades del transporte.

El *PLONCA* intentó ser una actualización de la legislación nacional al incorporar los principios fundamentales de las convenciones internacionales sobre derecho marítimo y, recoger las soluciones

---

[2] Aurelio Fernández Concheso, "Consideraciones sobre el Procedimiento Marítimo Venezolano". En *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo* (Coordinador Luis Cova Arria). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 32. Caracas 2015. Pág. 134

[3] Luis Cova Arria, "Breve Reseña de la Reforma de la Legislación Marítima Venezolana". *III Congreso de Derecho Marítimo.* 2004. Pág. 11

impuestas por la navegación y tráfico modernos, en concordancia con las modalidades de nuestros puertos. Por su extensión y especialidad, se planteó en principio como un Código de la Navegación, porque en él se contenían tanto las normas de carácter privado, comerciales; como las normas de carácter administrativo, incluidas las normas de derecho internacional privado y las normas procesales.

El proyecto fruto de un trabajo de investigación, consulta y redacción de varios años, fue presentado para su consideración junto con otras leyes mercantiles, en el Congreso Nacional, pero nunca pudo debatirse y por ende, nunca llegó a convertirse en Ley de la República, probablemente debido a los eventos sucedidos en el país a partir de 1989. ("*Caracazo*"[4] de 1989, intentonas golpistas militares de febrero y noviembre de 1992).

Con todo, las urgencias del país político hicieron retardar la concreción de una legislación acuática moderna. Pero el *PLONCA* quedó como uno de los precedentes que sembraron la semilla que a la distancia, iba a germinar en el futuro.

Futuro que nos alcanzó, pues, la actualización de la legislación acuática se planteó sólidamente a mediados del año 2000, con la promulgación de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, cuyo artículo 8 ordeno elaborar las propuestas para la adecuación de la legislación marítima nacional, objetivo que se concretó a finales del año 2001.

En efecto, en virtud de ese mandato legal, el para entonces Ministerio de Infraestructura conformó cuatro (4) comisiones de especialistas en la materia[5] (una relatora, una marítima administrativa, una marítima mercantil y una de los espacios acuáticos), las cuales al cabo de dos

---

4 El Caracazo fue una serie de fuertes protestas y disturbios durante el gobierno de Carlos Andrés Pérez, que comenzó el día 27 de febrero y terminó el día 28 de febrero de 1989 en la ciudad de Caracas, e iniciados realmente en la ciudad de Guarenas, cercana a Caracas. El nombre proviene de Caracas, la ciudad donde acontecieron parte de los hechos, recordando a otro hecho ocurrido en Colombia el 9 de abril de 1948; el Bogotazo. La masacre ocurrió el día 28 de febrero cuando fuerzas de seguridad de la Policía Metropolitana (PM) y Fuerzas Armadas del Ejército y de la Guardia Nacional (GN) salieron a las calles a controlar la situación.

5 Resoluciones del Ministerio de Infraestructura números 109, de 10 de julio de 2000, y 112 de 31 de julio de 2000, publicadas en las Gacetas Oficiales números 36.989. de 10 de julio de 2000 y 37.004 de 1 de agosto de 2000.

meses y medio de trabajo, con la valiosa ayuda entre otros, de cursantes de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio por Agua de la UCV, presentaron ante las autoridades correspondientes, sendos anteproyectos de leyes, a saber: de los espacios acuáticos, general de marina y actividades conexas, de comercio marítimo, de puertos, de zonas costeras, de pesca y acuicultura. Habiendo pasado dichos anteproyectos los filtros respectivos, de manera que, su aprobación y promulgación como decretos con fuerza de ley por parte del Presidente de la República, en uso de los poderes habilitantes a él otorgados[6], era inminente.

Sin embargo, se advirtió al final de las jornadas de discusión de los anteproyectos citados, que había quedado pendiente la inclusión del procedimiento general u ordinario a ser aplicado en aquellos asuntos marítimos judiciales que no tienen previsto un procedimiento especial. Esto es, la propuesta de un procedimiento judicial ordinario, a través del cual se fueran a tramitar y decidir las controversias, conforme a la materia y competencia asignada a los jueces de la jurisdicción marítima, que también iba de estreno.

No significa ello, que no se hubiese considerado el tema procesal en el decurso de las intensas jornadas de las comisiones de trabajo conformadas, por el contrario, se había hecho un borrador de anteproyecto que no alcanzó el consenso necesario para su presentación definitiva. Entonces, para cubrir ese importante aspecto normativo adjetivo, se decidió encargar a un pequeño grupo de abogados litigantes vinculados con el área, para que redactasen en un lapso perentorio, un anteproyecto de decreto-ley sobre el proceso marítimo ordinario. Ese grupo lo conformaron los apreciados colegas y amigos Iván Sabatino Pizzolante, Bernardo Bentata, el recordado Carlos Matheus González y quien les hace estos comentarios.

Ciertamente, ese encargo y el plazo relancino forzado por las circunstancias de la época, representó para nosotros una enorme disyuntiva: aceptar el reto, correr el riesgo o simplemente dejar todo el nuevo sistema de derecho sustantivo marítimo sin un régimen adjetivo complementario. Pues bien, optamos por encarar la tarea para completar

[6] Gaceta Oficial, núm. 37.076 de 13 de noviembre de 2000.

el paquete de decretos-leyes que conformarían la novedosa legislación acuática de Venezuela.

En concreto, luego de examinar las perspectivas para fundamentar el proceso marítimo general, optamos por una solución de compromiso, sujetarlo al procedimiento oral establecido en los artículos 859 y siguientes del Código de Procedimiento Civil de 1987, ya que ese procedimiento es más expedito que el ordinario, incorpora la oralidad y contempla y resuelve los supuestos de hecho propios del proceso, por lo cual el riesgo que obviáramos algún aspecto del procedimiento judicial quedaba reducido; y partiendo de esa base, podríamos complementarlo con normas procesales propias del espectro marítimo. Así, siguiendo la pauta constitucional (art. 257[7]), como directiva procesal específica, se plasmó la oralidad en nuestro terreno jurisdiccional, acompasada con la concentración y la inmediación[8].

El desafío intelectual al que nos enfrentamos al aceptar el encargo exprés, no estuvo exento de errores y omisiones, que se han atenuado y en ocasiones superado, con la aplicación en vivo del DFLPM y, mediante la jurisprudencia.

En alguna ocasión, se ha etiquetado esa actividad como lamentable e improvisada, calificativos que no creemos sean justos, por cuanto el lapso perentorio con que se contó, no lo fue para improvisar sino para aprovechar el poco tiempo disponible y no dejar pasar una oportunidad histórica, de adecuar en la forma más completa posible nuestra legislación acuática.

Como bien lo decía nuestra admirada y recordada profesora Mariolga Quintero Tirado[9],

> "…*Hacer leyes procesales por hacerlas, o sólo fincados en la eficiencia es un fatalismo.*

---

[7] Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

[8] Mariolga Quintero Tirado, "El Proceso Marítimo y la Tutela Efectiva". En *Análisis de 10 Años de Vigencia de Las Leyes Marítimas Venezolanas* (Coordinador Luis Cova Arria). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 28. Caracas 2012. Pág. 215

[9] Mariolga Quintero Tirado, Ob. Cit. p. 217

La temática es cómo consagrar legislativamente la orientación publicística que ha tenido la rama procesal, haciendo clara, entre otras, su concepción del mundo y del medio social al que se aplicará.
Pero, en nuestra geografía, falta mucho que ponderar y que decir.
Una solución legislativa sin una filosofía de brújula y una realidad estructurada puede pasar en balde.
Los estudiosos del derecho procesal no son usualmente llamados a integrarse en equipos de proyectistas. El proyecto de la última ley adjetiva civil fue una excepción.
Las normas son usualmente, en este campo, de buena intención, pero muchas veces producto de la inspiración casual y de lo que se concibe como un futurismo de la justicia."

De otra parte, tampoco es cierto que el llamado a los estudiosos de esta disciplina sería el adminículo del orden procesal efectivo ni que los que se califican en Venezuela de procesalistas sean la panacea del academicismo.

Apartando estas consideraciones subjetivas, tuvimos la satisfacción de haber podido cumplir con la tarea y, haber incorporado al conjunto de leyes para actualizar la legislación marítima, la referida ley de procedimiento marítimo.

III. PRINCIPALES INNOVACIONES CONTENIDAS EN EL DFLPM

Entre las características más resaltantes de esta ley podemos acotar que se fundamenta en los principios de oralidad, brevedad[10], concentración, inmediación, gratuidad y publicidad, para la sustanciación de los asuntos pertenecientes a la jurisdicción especial acuática. Como fundamento general de la Ley, y a pesar de la rapidez con la tuvo que ser

[10] Para el Dr. Freddy Belisario, ex Juez Superior Marítimo con Competencia Nacional, el principio de la brevedad se ha resquebrajado a raíz de la asignación de otras competencias civiles, mercantiles, bancarias, etc., a los tribunales marítimos y, de competencias marítimas a otros tribunales, como consecuencia de lo dispuesto en la resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. En "Breves Consideraciones Sobre Los Artículos 9 y 10 Del Decreto con Fuerza de Ley De Procedimiento Marítimo".

elaborada, se tuvo en mente el establecimiento de un amplio concepto del principio probatorio no solo en cabeza de las partes sino también del Juez que debe decidir las controversias, en aras de cubrir las expectativas de la justicia y de las partes.

Manifestación clara de esa directriz la encontramos por ejemplo en los dispositivos de los artículos 12 que prevé la promoción urgente y anticipada de ciertas pruebas, 16 y 17 que prevén una Inspección judicial *extra litem* y experticia respectivamente, 19 dictámenes de expertos, y 20 las pruebas privadas y de común acuerdo de los interesados. Normas del DFLPM que posibilitan a las partes y al juez el ejercicio de facultades probatorias de parte y de oficio, con el fin de buscar la verdad del caso, siempre manteniendo el principio de igualdad de las partes.

Igualmente, se prevé la posibilidad de que las partes de un juicio puedan evaluar las bases de su reclamo o de su defensa mediante el procedimiento establecido en el artículo 9 del DFLPM.[11]

IV. EL LLAMADO "*DISCOVERY*"

El término inglés "*Discovery*" podría traducirse como la acción o proceso de descubrir o ser descubierto y, desde el punto de vista jurídico, es una figura del derecho anglosajón, que se refiere al proceso que permite a cada parte de un conflicto, la posibilidad de pedir información relacionada con el caso. En el curso del "Discovery", ambas partes se obligan a mostrar a la otra, las pruebas que van a utilizar durante el eventual juicio.

El medio probatorio establecido en el artículo 9 del DFLPM y que la doctrina ha dado en llamar "Discovery"[12], complementado con los

[11] Artículo 9°. Verificada oportunamente la contestación a la demanda y subsanada o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal ordene a la otra: 1. La exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda, o permitir que sean reproducidos por cualquier medio. 2. El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.

[12] En la doctrina encontraremos varios autores que le asignan denominaciones diversas a este mecanismo procedimental. Así, Salvador Yannuzzi lo llama adelanto de pruebas; Bernardo

artículos 10 y 13, es un medio inspirado en el particularismo del derecho marítimo, que lo que busca es facilitar a las partes la consecución de evidencias o la confirmación de las que poseen.

En efecto, verificada oportunamente la contestación de la demanda y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiera propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días de despacho dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar o requerir a la otra:

1. La exhibición de documentos, grabaciones o registros que debieran estar en posesión, control o custodia de aquella parte requerida relacionados con el asunto objeto de la demanda o permitir que sea reproducidos por cualquier medio;
2. El acceso a buques, muelles, diques secos, almacenes, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.

Como consecuencia de lo anterior, y conforme a lo previsto en el artículo 10, el juez procederá a ordenar la intimación a la parte requerida para que consigne en los autos los documentos requeridos o permita el acceso a los lugares indicados, en los plazos que fija la ley. La parte requerida tendrá el derecho de oponerse a la solicitud de su contraparte, por razones de ilegalidad, impertinencia o de orden público. En cuyo caso, el juez resolverá la oposición en un término que no excederá de tres (3) días de despacho.

Caso en que la oposición verse sobre todo el requerimiento y la misma fuese declarada con lugar, el proceso continuará con la fijación por parte del tribunal de la oportunidad para que tenga lugar la audiencia preliminar. Si la oposición fuese declarada sin lugar, continuará el lapso de intimación que había quedado suspendido por efecto de la interposición del escrito de oposición.

Bentata: discovery; Aurelio Fernandez-Concheso: instrucción preliminar de carácter especial; Humberto E. Tercero Bello T.: actividades probatorias anticipadas; Carlos Matheus González: prueba de acceso a información, exhibición o “Discovery”.

La sanción a la falta de exhibición de los documentos, grabaciones o registros o al acceso a los lugares, es que el juez sacará las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen, relacionando esta negativa injustificada con otros elementos que puedan existir en el proceso.[13] Así lo dispone el artículo 13 del DFLPM[14].

Lamentablemente, la jurisprudencia de los tribunales marítimos ha relativizado la efectividad de este medio probatorio, al equipararlo por analogía a la prueba de exhibición contenida en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil[15], al requerir que la parte solicitante presente la prueba del contenido del documento y de que el documento se encuentra o debería encontrarse en poder de su contraparte.

V. JUSTIFICACIÓN DEL "DISCOVERY" COMO MEDIO PROBATORIO ESPECIAL

Las normas jurídicas adjetivas especiales, innovadoras y complementarias como las del llamado "discovery", estuvieron influenciadas por experiencias legislativas del derecho procesal marítimo comparado,

---

13 Carlos A. Matheus, "Régimen Probatorio en el Procedimiento Marítimo", En *Análisis de 10 Años de Vigencia de Las Leyes Marítimas Venezolanas* (Coordinador Luis Cova Arria). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 28. Caracas 2012. Pág. 277

14 "El Juez extraerá las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen de la falta o negativa de presentación de los documentos o acceso a los lugares referidos en el artículo 9, sin motivo justificado.
En todo caso, la parte requerida podrá hacer la prueba, en el sentido que los documentos u objetos no se encuentran en su posesión o bajo su custodia."

15 "La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación, se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido de este y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalara bajo apercibimiento. Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece en la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen".

que nos parecían podían ser aplicables o asimiladas a nuestro entorno judicial. De allí que, basados en el conocimiento teórico/práctico que de ellas teníamos, decidimos incorporar al anteproyecto ideas/tendencias de normas procesales marítimas del derecho marítimo panameño y también del derecho marítimo de los Estados Unidos de América, específicamente, sobre el "discovery" o descubrimiento de prueba, que refleja y consagra como propósito, el establecimiento de la verdad por encima de los rigurosos formalismos que en nuestro sistema civil ordinario acompañan y dificultan la actividad probatoria.

Esa incorporación que hicimos de ideas/tendencias del derecho comparado, no es ningún pecado capital sino más bien, un mecanismo admisible y hasta deseable en ordenamientos jurídicos como lo era el nuestro.

Al respecto, como bien lo expuso el maestro José Melich Orsini en su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1986: "Uno de esos grandes juristas italianos Carnelutti, resumió la experiencia de la recepción de las influencias jurídicas extranjeras que vivió su país- patria esclarecida del derecho romano y del renacimiento del derecho civil después de la Alta Edad Media- con estas palabras que deberían hacernos reflexionar a los juristas venezolanos de la hora presente: "Una nación no debe desalentarse si su balanza jurídica internacional arroja más importaciones que exportaciones. Trabaje con método y perseverancia y espere su turno…"[16].

El objetivo que nos orientó para fundamentar la propuesta del anteproyecto fue la de ver la verdad, es decir, que el proceso desde su inicio provocase en la interacción de los argumentos de las partes, la aparición de la verdad, y para alcanzar estos fines, concretamos introduciendo herramientas específicas a través de las cuales se pretende que cada parte, para decirlo en términos coloquiales, descubra sus cartas, para plasmar la verdad en el expediente y, permitir a cada una la visión de conjunto para determinar las proyecciones objetivas de la causa, mediante la exposición de los hechos relevantes de la controversia, y así evaluar

[16] José Melich Orsini, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1986. Pág. 44-45.

en una etapa temprana sus perspectivas de éxito o derrota, que por un lado evitase la prolongación innecesaria del conflicto judicial, y de otro lado, estimulase la auto composición procesal, en lugar de esperar una sentencia definitiva con los tiempos y costos que ello implica.

Hay una idea subyacente en el inicio del procedimiento judicial marítimo, cual es, que se plantee una auténtica controversia (la eterna lucha por evitar los llamados litigios temerarios), y para lograr ese cometido la ley permite la interposición de la demanda, así como la contestación de la misma y, seguidamente permite también, la promoción de medios de pruebas específicos, con la intención de que demandante o demandado completen o complementen sus respectivas posiciones iniciales en la controversia, dándosele a las partes después de agotada esa incidencia preliminar probatoria del artículo 9 del DFLPM, la opción de reformar la demanda o la contestación con vista de los resultados de la referida incidencia. Quiere decir, que ese ciclo inicial constituido por la demanda, su contestación, las diligencias probatorias anticipadas del art. 9, y las eventuales reformas de la demanda y/o contestación, arrojarían como panorama para las partes y para el juez, unos hechos alegados y unas pruebas "descubiertas", que servirán de base a las partes, para el planteamiento de dos escenarios procesales de diferente orden: a) De un lado, para evaluar sus posiciones y decidir si continúan con el litigio, o, si se avienen a una fórmula de autocomposición procesal; y b) En caso de optar por la continuación del litigio, les servirá para definir con precisión el desarrollo de la etapa subsiguiente del proceso, esto es, la audiencia preliminar, donde con vista de las alegaciones de las partes, el juzgador podrá fijar y delimitar el tema controvertido.

Esa fue la intención que se persiguió con el anteproyecto, innovar aunque fuese parcialmente en el procedimiento especial, hacerlo moderno, ágil, que refleje en la medida de los posible la verdad, la justicia del caso. Aunque claro para que esa aspiración sea efectiva y haga honor al esfuerzo de las partes, tenemos que contar con jueces preocupados, que se crean las facultades que la ley adjetiva les asigna, y las implementen siempre guardando el principio de igualdad.

Se habla así de una visión cooperativista del proceso, donde la actividad probatoria habrá de ser ejercida por el magistrado, no en

sustitución de las partes, pero juntamente con ellas, como uno de los sujetos interesados en el resultado del proceso[17].

VI. CONSIDERACIONES GENERALES PARA UNA EVENTUAL REFORMA DEL DFLPM.

Decía Melich que se suele censurar a los juristas que se ocupan del derecho privado una ciega adhesión a una concepción silogística y deductiva del ordenamiento, a los postulados del normativismo jurídico y a la ingenua creencia de que el orden jurídico legislado constituye realmente un sistema completo, cuyo desarrollo a través de las técnicas de la interpretación permite hallar eficaz solución a todas las urgencias de la práctica.[18]

Hemos dejado constancia en esta comunicación del carácter hibrido del procedimiento marítimo desarrollado en el Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo de noviembre 2001, reflejado en la combinación del procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil y las reglas particulares propias de la dinámica comercial marítima.

Se procuró con la Ley de Procedimiento Marítimo, adoptar un procedimiento ágil, rápido y con los requisitos de inmediatez y oralidad que requiere la Constitución de 1999 para los procedimientos judiciales, con el objeto último de lograr una administración de justicia sabia y oportuna.

Ahora bien, su aplicación e interpretación han dejado ver la necesidad de someter a examen ese instrumento jurídico y proponer su reforma, de modo de impregnarlo de una verdadera autonomía que permitiera a los sujetos del derecho de la navegación situarse dentro de un proceso judicial marítimo autónomo, con sus propios paradigmas, sin necesidad de calcar la estructura del proceso civil porque va contra su esencia.

En ese sentido, nos tomamos la libertad de sugerir las siguientes propuestas puntuales, para una eventual reforma del instrumento legal que rige el nuestro procedimiento marítimo general:

---

[17] Mariolga Quintero Tirado, Ob. Cit. p. 218.
[18] José Melich Orsini, Ob. Cit. p. 38.

- Incluir la figura del despacho saneador como beneficioso instrumento aplicado con éxito en el ámbito de la jurisdicción laboral, y lo que permitiría limpiar el proceso desde el principio, deslastrándolo de cuestiones previas superfluas y, contribuyendo a realizar el principio de economía procesal.
- Revisar la estructura y funcionamiento de la audiencia preliminar, para que deje de ser una secuencia rígida y automática, que se limita a reproducir verbalmente lo dicho en la demanda y en la contestación, y se convierta en un verdadero acto oral que contribuya a fijar cabalmente los hechos controvertidos.
- Incluir expresamente la figura del traslado de pruebas o pruebas trasladadas, como una institución probatoria útil, la cual según el maestro Devis Echandia, es aquella que se práctica o admite en otro proceso y que es presentada en copia autentica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite.[19]
- Incorporar una disposición que permita o admita la testimonial del capitán de un buque, aunque sea parte en el juicio, básicamente porque muchas veces es el principal testigo presencial de los hechos acaecidos en un caso concreto, es decir, a quien le constan los hechos por haberlos presenciado y percibido de primera mano, con la salvedad, de dejar al Juez la libertad de apreciar esa declaración testimonial. Sería otra muestra más del particularismo del derecho marítimo.
- Ampliar el elenco de pruebas admisibles en segunda instancia, ya que la limitante vigente referida solo a documentos públicos no fundamentales, posiciones juradas y juramento decisorio, no se corresponde con uno de los principios rectores del procedimiento marítimo instaurado, como lo es la libertad probatoria.
- Revisar la factibilidad de incorporar una norma referida a la mediación como procedimiento de buena fe y alternativo en la resolución del conflicto.

[19] Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Víctor F de Zavalía. Argentina, Sisbn, 1ra. Edición, Vol. 1, 1970. p. 367.

PROCEDIMIENTOS MARÍTIMOS.

DR. FRANCISCO VILLARROEL RODRÍGUEZ.*

SUMARIO

a) Inicio del Procedimiento. 1. Libelo de Demanda. 2. Representación sin Poder Autenticado a los efectos de la Presentación y Admisión de la Demanda. b) Citación del Demandado. c) Contestación de la Demanda. d) Cuestiones Previas. e) Reconvención. f) Tercerías. 1. Intervención de Terceros. 2. Termino para Proponer Tercerías. 3. Lapso de Suspensión del Juicio Principal. g) Audiencia Preliminar. 1. Oportunidad para que tenga lugar la Audiencia Preliminar. 2. Puntos a tratar en la Audiencia Preliminar. h) Aspectos Probatorios. i) Reforma de la Demanda y de la Contestación. 1. Oportunidad para reformar la Demanda. 2. Oportunidad para contestar a la Reforma de la Demanda. 3. Reforma de la Contestación. 4. Ratificación de las Pruebas. j) Audiencia Oral. 1. Director del Debate. 2. Lugar para celebrarse el Debate Oral. 3. Celebración de la Audiencia: ¿Quiénes deben acudir? 4. Efectos de la No Comparecencia a la Audiencia Oral. 5. Apertura del Debate Oral. 6. Prohibición a las Partes de Presentación ni Lecturas de Escritos. 7. Evacuación de las Pruebas. 8. Registro o Grabación de la Audiencia. 9. Observaciones a las Pruebas de las Partes. 10. Prolongación para agotar el Debate Oral y Fijación de Otra Oportunidad para la Continuación del Debate. k) Decisión. 1. La Oportunidad para decidir. 2. Publicidad y Registro de la Decisión. 3. Redacción de la Decisión. l) Apelación de la Sentencia Definitiva. m) Procedimiento en Segunda Instancia. n) Resumen del procedimiento marítimo.

---

* Abogado, escritor y cineasta, graduado en la Universidad Santa María. DESS en derecho marítimo y de transportes, Universidad d'Aix - Marseille, Francia, y LLM en derecho marítimo internacional, IMO International Maritime Law Institute, Malta. Doctor (hc) y Profesor Eméritos de la Universidad Marítima Experimental del Caribe. Fue miembro de la Comisión Redactora de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos y Actualización de la Legislación Marítima Venezolana. Miembro Titular del Comité Marítimo Internacional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (2007 – 2013). Es autor de los libros Tratado General de Derecho Marítimo, Derecho del Mar y Derecho Internacional, de las novelas Dos otoños en París, Tango Bar, que fueron adaptadas al cine, de las cuales fue productor y guionista, Tengo que decir adiós, Viviana y sus tres maridos, y del poemario Noctámbulos.

El novedoso Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, en su artículo 8, siguiendo la tendencia moderna de los países con tradición en el conocimiento de juicios marítimos, ha establecido un juicio oral para los procedimientos marítimos independientemente de su cuantía, consagrando los principios de la brevedad, concentración, inmediación, gratuidad y publicidad, sometiendo el procedimiento marítimo a las disposiciones referida a los juicios orales contenidas en el Libro Cuarto del Título XI (artículos 859 al 880) del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones señaladas en la mencionada ley marítima.

A diferencia de lo contemplado en el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil, el procedimiento marítimo, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, las partes pueden acordar la ampliación, abreviación y concentración de los actos y términos procesales.

El artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo claramente establece que se aplica al procedimiento ordinario, por lo que los procedimientos especiales se rigen por sus leyes respectivas, por ejemplo, los artículos 52 al 74 de la Ley de Comercio Marítimo contiene un procedimiento de limitación de responsabilidad del armador y su artículo 148 referente a la hipoteca naval, remite al procedimiento de ejecución de hipotecas establecido en el Código de Procedimiento Civil, mientras que sus artículos 267, atinente al cobro de créditos del porteador contra el consignatario o el cargador, y 370, relativo a desacuerdos en cuanto a la liquidación de la avería gruesa, refieren al procedimiento breve previsto en los artículos 881 al 894 del Código de Procedimiento Civil, y, en el caso del artículo 271 de la Ley de Comercio Marítimo, relacionado a la acción ejecutiva de entrega de mercancías, debe sustanciarse por el procedimiento de la vía ejecutiva, regulado por los artículos 630 y siguientes del Código de Procedimiento

Civil. Por otra parte, las reclamaciones judiciales de los miembros de la tripulación se seguirían por el procedimiento laboral especial.

En relación al procedimiento marítimo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. RC.00114 de fecha 12 de marzo de 2009, exp. 2007-000819, caso Alberto Colucci Cardozo contra Iberia, Línea Aérea Española, S. A., señaló lo siguiente:

> *De un análisis comparativo entre el procedimiento marítimo-juicio oral del Código de Procedimiento Civil y el procedimiento ordinario eiusdem, puede observarse que para el caso bajo estudio, las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Marítimo crearon suficientes oportunidades probatorias a las partes, integrándose con las disposiciones del juicio oral establecido en el Código de Procedimiento Civil. Ciertamente existe una concentración de los lapsos, sobre todo en la oportunidad de la contestación de demanda, pero se salvaguardó el derecho a la promoción de cuestiones previas, y se dieron suficientes oportunidades para la promoción y evacuación de pruebas, se respetó el principio de libertad probatoria y, en definitiva, el Procedimiento Marítimo aplicado al caso bajo estudio logró adecuar las limitaciones del procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil, para reflejar así las mismas garantías del juicio ordinario, pero bajo un principio de celeridad procesal.*
>
> *No puede determinarse desde este punto de vista, que para el caso concreto se haya producido un quebrantamiento de formas esenciales del proceso, pues la aplicación de las normas de la Ley de Procedimiento Marítimo, en conjunción con las disposiciones del juicio oral del Código de Procedimiento Civil, para tramitar el presente juicio, no representaron un desmejoramiento en la situación procesal de la demandada, o una limitación a su derecho de defensa. Ciertamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, que regulan el procedimiento ordinario, reflejan un orden lógico y un carácter minucioso que la amalgama de disposiciones de la Ley de Procedimiento Marítimo y el juicio oral no tienen, pues debe ser estudioso el Juez de instancia para lograr aplicarlas en armonía y desarrollarlas conjuntamente,* ***pero esta última aplicación integrada, proporcionó suficientes garantías para desarrollar el contradictorio y todas las oportunidades probatorias que consagran el procedimiento ordinario****.*

A) INICIO DEL PROCEDIMIENTO

1. Libelo de Demanda

Los procedimientos orales, según el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil, comienzan por demanda escrita que debe llenar los requisitos del artículo 340 *ejusdem*.

Debido a que el procedimiento oral es sumamente breve, el mismo artículo 864 exige a los fines de la probanza de la pretensión que se acompañen toda la prueba documental de que disponga y se mencione el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si se pide posiciones juradas, éstas se absolverán en el debate oral. Sin embargo, veremos más adelante que el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo permite la presentación de testigos aun poco antes de la audiencia oral.

Los señalamientos antes mencionados son un requisito indispensable para la admisión de la demanda.

El artículo 340 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las menciones que debe expresar el libelo de la demanda, a saber:

> *1. La identificación del Tribunal ante el cual se propone la demanda.*
> *2. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tiene.*
> *3. Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro.*
> *4. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere un inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semovientes; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratase de derechos u objetos incorporales.*
> *5. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones.*
> *6. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquéllos de los cuáles se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.*

7. Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de estos y sus causas.
8. El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder.
9. La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174.

Con respecto a la identificación del demandado, el artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo permite que la acción sea intentada contra el buque y su capitán, sin que sea necesaria mención alguna sobre el propietario o armador. Este artículo tenía un antecedente en los artículos 15 de la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales y 1098 del Código de Comercio, pero restringida al capitán y únicamente con respecto a créditos privilegiados.

Aquí debemos hacer la precisión que la ley marítima establece una ficción jurídica al permitir que se demande a un bien que no tiene personalidad jurídica, incorporando la figura anglosajona de la acción *in rem*, así como la demanda conjunta al dependiente de quien estaría llamado a ser sujeto pasivo de la acción (propietario o armador), por lo que podría considerarse que se le vulneran el derecho a la defensa de éste, puesto que únicamente podría intervenir como un tercero, o, en todo caso, en representación del buque, si es el propietario.

A nuestra manera de ver, esta posibilidad contemplada en el artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo pudiera ser inconstitucional, no sólo porque cercena, como se dijo el derecho a la defensa, sino porque le otorga a un bien una personalidad jurídica que únicamente le corresponde a las personas, conforme a lo consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Asimismo, se observa que el artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo es excesivamente amplio en cuanto a las acciones que se pueden ejercer en contra del buque y se capitán, puesto que debió limitarse a los privilegios marítimo, que son aquellos que persiguen al buque, como aparecía en el artículo 15 de la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales, hoy derogado, que señalaba: "*Las acciones por créditos privilegiados sobre la nave pueden intentarse contra el capitán*".

De igual manera, resulta interesante en ese mismo supuesto, que el mismo capitán del buque, quien sería el codemandado, según la

previsión contenida en el artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo, tendría a su vez la carga de dar aviso de inmediato al propietario o armador, a tenor de lo establecido en el numeral 4 del artículo 19 *ejusdem*, que señala: "*Son obligaciones del Capitán, además de lo contemplado en la ley: 4.- Dar aviso de inmediato al propietario o armador de todo embargo o retención que afecte al buque, y tomar medidas necesarias para el mantenimiento de éste, de la carga y prestar la debida atención a los pasajeros si fuera el caso*", puesto que la obligación del tribunal de notificar al propietario solo surge en fase ejecutoria, de acuerdo con el artículo 122 de la misma ley.

En una demanda incoada únicamente en contra de un buque, mediante auto de fecha 10 de marzo de 2006, expediente No. 2006-000108, que declaró inadmisible la demanda, el Tribunal Marítimo de Primera Instancia con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, señaló:

> *"Ahora bien, a los fines de resolver en cuanto a la admisión de la demanda, este Tribunal observa que la accionante sociedad mercantil VENECIA SHIP SERVICE C.A. (VESCA), interpuso la demanda contra el Buque PRINCESS KELLY 28, identificado en autos.*
> *En este sentido, el artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo establece: "Las acciones derivadas de este Decreto Ley podrán intentarse contra el buque y su Capitán, sin que sea necesario mención alguna sobre el propietario o armador" (Subrayado nuestro).*
> *De la norma transcrita se colige que el actor no puede demandar individualmente al buque, sin hacerlo a su vez contra su Capitán.*
> *Así las cosas, considera este Tribunal que el accionante no puede demandar individualmente al Buque PRINCESS KELLY 28, por tratarse de una cosa que no tiene personalidad jurídica propia, de allí que la acción debe estar dirigida conjuntamente contra su Capitán, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo. ASÍ SE DECLARA.".*

De igual manera, en lo atinente a las acciones intentadas en contra del buque y su Capitán, en decisión de fecha 11 de mayo de 2010,

expediente No. Exp. 2010-000348, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, señaló:

> *Por otra parte, este Tribunal advierte que la demanda fue incoada de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo que establece: "Las acciones derivadas de esta ley podrán intentarse contra el buque y su capitán, sin que sea necesario mención alguna sobre el propietario o armador".*
> *Ahora bien, este Tribunal observa que el supuesto establecido en el artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo, que permite demandar al buque y a su Capitán debe ser entendida como excepcional, puesto que el buque no tiene personalidad jurídica y el Capitán es un dependiente del propietario o armador, por lo que la norma persigue en realidad que el capitán cumpla con la obligación prevista en el artículo 19 ejusdem, y notifique al propietario o armador del buque, para que éste intervenga en el juicio.*
> *En este sentido, los tribunales deben ser muy cuidadosos con respecto a las demandas incoadas bajo el supuesto del referido artículo 15 de la Ley de Comercio Marítimo, de manera que a los fines de decretar una medida cautelar, para cumplir con el requisito del fumus boni iuris, deben existir elementos probatorios que permitan, luego de un análisis preliminar y cautelar, llevar a la convicción del Juez, que la persona demandada como Capitán, tiene tal condición en ese momento, pero la parte actora con su libelo de demanda no acompañó prueba alguna para tales fines.*

2. Representación sin Poder Autenticado a los efectos de la Presentación y Admisión de la Demanda

El artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo regula una situación muy común en los procedimientos marítimos, donde muchas veces la premura para ejercer la acción judicial, en particular con la intención de embargar preventivamente el buque, no permite la tramitación de un poder autenticado.

El mencionado artículo permite evidenciar la representación del demandado mediante cualquier medio escrito o electrónico, pero esta excepción es únicamente a los fines de la presentación y admisión de

la demanda, por lo que con posterioridad, dentro de los diez (10) días siguientes a la admisión de la demanda, el representante del demandado deberá consignar el poder debidamente autenticados, cuando se emita en el extranjero deberá estar legalizado en el Consulado de la República o apostillado.

Por otra parte, en el supuesto previsto en el artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, la demanda debe acompañarse de una garantía de diez mil (10.000) unidades de cuenta.

El incumplimiento de la obligación de consignar el poder dentro del plazo referido trae como sanción que sea declarada extinguida la instancia y ejecutada la garantía constituida, mientras que el cumplimiento dará lugar a la liberación de la mencionada garantía.

A este respecto, consideramos que la garantía exigida por el legislador es sumamente elevada, lo que imposibilita la aplicación práctica de la situación prevista en el mencionado artículo.

B) CITACIÓN DEL DEMANDADO

El artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo permite practicar la citación, en los casos de acciones derivadas de créditos marítimos o privilegiados, entregando la orden de comparecencia a cualquier tripulante que se encuentra a bordo del buque, en presencia de dos (2) testigos.

El antiguo artículo 1100, hoy derogado, del Código de Comercio permitía esta forma de citación, pero exigía que se tratara de una situación urgente por que el buque estaba pronto a zarpar; sin embargo, era a su vez menos rigurosa, ya que se podía practicar la citación entregándola a dos (2) personas a bordo, no necesariamente a un miembro de la tripulación.

En los casos en los que se haya practicado un embargo preventivo del buque, el artículo 110 de la Ley de Comercio Marítimo permite realizar la citación, entregándose la orden de comparecencia a cualquier tripulante que se encuentra a bordo del buque, el mencionado artículo no hace referencia a la presencia de dos (2) testigos, por lo que bastaría

el señalamiento del alguacil, y adicionalmente permite, cuando no se encuentre nadie a bordo, practicar la citación fijando un (1) cartel en el buque, pero en este caso exige la presencia de dos (2) testigos.

C) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El artículo 865 del Código de Procedimiento Civil regula lo relativo a la contestación de la demanda en los casos del procedimiento oral, acto que tendrá lugar, de acuerdo con el artículo 344 *ejusdem*, dentro de los veinte días siguientes a la citación del demandado o del último de ellos si fueren varios, lapso que se computa por días de despacho. El artículo 865 exige que el demandado presente la contestación por escrito y exprese todas las defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar.

Tal como se señaló para el inicio del procedimiento, de acuerdo al procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil, el demandado debe acompañar a su escrito de contestación toda la prueba documental de que disponga y se mencione el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral, estableciéndose como sanción de que no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos e indique en su escrito la oficina donde se encuentran. Sin embargo, como observamos con anterioridad y mencionaremos con detalle más adelante, el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Marítimo permite la presentación de testigos aun poco antes de la audiencia oral.

D) CUESTIONES PREVIAS

En lugar de contestar al fondo de la demanda, el demandado puede oponer alguna de las cuestiones previas contempladas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, a saber:

> *1. La falta de jurisdicción del Juez o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriedad, de conexión o de continencia.*

2. La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de capacidad necesaria para comparecer en juicio.
3. La ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, o por no tener la representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente.
4. La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye. Le ilegitimidad podrá proponerla tanto la persona citada como el demandado mismo, o su apoderado.
5. La falta de caución o fianza para proceder al juicio.
6. El defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78.
7. La existencia de una condición o plazo pendientes.
8. La existencia de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto.
9. La cosa juzgada.
10. La caducidad de la acción establecida en la Ley.
11. La prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda.

El artículo 866 del Código de Procedimiento Civil nos señala lo referente a la oportunidad de las cuestiones previas en el debate oral:

Si el demandado planteare en su contestación cuestiones previas de las contempladas en el artículo 346, éstas se decidirán en todo caso antes de la fijación de la audiencia o debate oral, en la forma siguiente:
1. Las contempladas en el ordinal 1 del artículo 346, serán decididas en el plazo indicado en el artículo 349 y seguirá el procedimiento previsto en la sección 6ª del Título I del Libro Primero, si fuere impugnada la decisión.
2. Las contempladas en los ordinales 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 346 podrán ser subsanadas por el demandante en el plazo de cinco días en la forma prevista en el artículo 350, sin que se causen costas para la parte que subsana el defecto u omisión.

3. Respecto de las contempladas en los ordinales 7, 8, 9, 10 y 11 del artículo 346, la parte demandante manifestará dentro del mismo plazo de cinco días, si conviene en ellas o si las contradice. El silencio se entenderá como admisión de las cuestiones no contradichas expresamente.

Con respecto a la apertura de pruebas en cuestiones previas, el primer párrafo del artículo 867 del Código de Procedimiento Civil establece:

Si la parte demandante no subsana las cuestiones indicadas en el ordinal 2 del artículo anterior, en el plazo señalado o sí contradice las cuestiones indicadas en el ordinal 3 del mismo artículo, se concederá ocho días para promover e instruir pruebas, si así lo pidiere alguna de las partes y si las cuestiones o su contradicción se fundaren en hechos sobre los cuáles no estuvieren de acuerdo las partes; pero en ningún caso se concederá término de distancia.

El artículo 867 del Código de Procedimiento Civil señala como oportunidad para decidir las cuestiones previas, el octavo día siguiente al último de la articulación, con vista de las conclusiones escritas que puedan presentar las partes, y si no hubiere articulación, la decisión será dictada en el octavo día siguiente al vencimiento del plazo de cinco (5) días a que se refiere el artículo 351.

La decisión del Juez respecto a las cuestiones previas en los ordinales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 346, de acuerdo con el artículo 867 del Código de Procedimiento Civil, no tiene apelación en ningún caso. Mientras que La decisión de las cuestiones previas en los ordinales 9, 10 y 11 del artículo 346, tendrán apelación libremente. Debemos también recordar que la cuestión previa del ordinal 1 del mismo artículo 346 tiene el recurso de la regulación de jurisdicción o de competencia, según sea el caso. Sin embargo, sobre este particular se observa que el artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo establece que le corresponde al Tribunal Superior Marítimo conocer de las apelaciones contra los fallos interlocutorios y definitivos del Tribunal de Primera Instancia Marítimo, al efecto el autor Aurelio Fernández Concheso, en su obra El Procedimiento Marítimo Venezolanos, ha

señalado que "*...siendo que el procedimiento marítimo como procedimiento especial contiene en una de las normas de su propia Ley especial la posibilidad de que los fallos interlocutorias sean apelados, sería incongruente darle preeminencia a una disposición en la ley adjetiva general por sobre la disposición contenida en el instrumento jurídico especial*"[1]. No obstante, el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil es claro al establecer que en el procedimiento oral las sentencias interlocutorias son inapelables, salvo disposición expresa en contrario; de manera que es a la excepción a la que se refiere el artículo 21 de la ley adjetiva marítima. Esta situación se justifica puesto que al ser el procedimiento marítimo oral y breve, los recursos interpuestos en contra de las interlocutorias no podrían ser resueltas por el Tribunal de Alzada, en caso de que tuviesen apelación, con anterioridad a la sentencia definitiva del *a-quo*.

E) RECONVENCIÓN

En los casos de reconvención, según el artículo 869 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal se abstendrá de fijar la audiencia preliminar a que se refiere el artículo anterior, hasta que la demanda y la reconvención puedan continuar en un solo procedimiento, conforme al artículo 369.

F) TERCERÍAS

El artículo 869 del Código de procedimiento Civil regula la tercería en el procedimiento oral.

1. Intervención de Terceros

Cuando en la oportunidad de la contestación de la demanda, alguna de las partes solicitare la intervención de los terceros a que se refieren los ordinales 4 (por ser común a éste la causa propuesta) y 5 (derecho de saneamiento o garantía respecto al tercero) del artículo 370, la fijación

[1] Aurelio Fernández Concheso. *El Procedimiento Marítimo Venezolano.* Ediciones Marítimas Venezolanas. Caracas, 2006. Página 171.

de la audiencia preliminar se hará el día siguiente a la contestación de la citada o de la última de éstas si fueren varios, de modo que se siga un solo procedimiento.

2. Termino para Proponer Tercerías

En los demás casos de intervención de terceros a que se refieren los ordinales 1 (derecho preferente del tercero), 2 (oposición al embargo) y 3 (interés jurídico actual del tercero en defender la causa de alguna parte) del artículo 370, el Tribunal solo admitirá las tercerías si éstas fueren propuestas antes del vencimiento del lapso probatorio a que se refiere el artículo 868, caso en el cual se suspenderá el juicio principal hasta que concluya el término de pruebas de las tercerías, en cuyo momento se acumularán al juicio principal.

3. Lapso de Suspensión del Juicio Principal

En ningún caso la suspensión del juicio principal excederá de noventa días, sea cual fuere el número de tercerías propuestas.

G) AUDIENCIA PRELIMINAR

1. Oportunidad para que tenga lugar la Audiencia Preliminar

Una vez contestada la demanda o subsanadas las cuestiones previas, el Tribunal fijará uno de los cinco (5) días siguientes y la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar.

2. Puntos a tratar en la Audiencia Preliminar

Las contrapartes deben expresar si convienen en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad; aquellos que considere admitidos o probados con las pruebas aportadas con la demanda o la contestación; las pruebas que considere 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.

H) ASPECTOS PROBATORIOS

Si bien los medios probatorios documentales de los que dispongan las partes y la lista de testigos deben acompañarse con el libelo de la demanda y con el escrito de contestación, el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo permite a éstos, una vez verificada la contestación y subsanada o decidida las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, promuevan las pruebas de exhibición y de inspección, para lo cual el mencionado artículo prevé un lapso de promoción de cinco (5) días.

> *Artículo 9. Verificada oportunamente la contestación a la demanda y subsanada o decidida las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal ordene a la otra:*
> *1. La exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda, o permitir que sean reproducidos por cualquier medio.*
> *2. El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos.*

En el procedimiento marítimo el juez tiene grandes atribuciones para la exhibición de las pruebas exigidas por las partes para ser presentadas por la otra, ya que el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo le permite intimar a las partes requeridas para que exhiban los documentos, grabaciones y registros que permitan el acceso a los que se refiere el artículo 9, bajo apercibimiento, dentro de un plazo de veinte (20) días de despacho siguientes a la intimación. Este plazo podrá ser prorrogado por el acuerdo de las partes, o por causa justificada a juicio del Tribunal.

El mismo artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo permite a la parte intimada oponerse a prueba de exhibición, dentro de los primeros cinco (5) días del referido plazo, por

razones de ilegalidad, impertinencia o de orden público. El juez resolverá sobre la oposición en un término que no excederá de tres (3) días de despacho.

Mientras se decide la oposición, según el último párrafo del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, ésta suspende el término de intimación. Una vez decidida la oposición, el lapso continúa para las pruebas que hayan sido admitidas.

El Juez tiene unas amplias facultades, cuando las partes no exhiban de los documentos, grabaciones o registros a los que se refiere el artículo 9 antes transcrito, ya que cuando éstas no puedan o se nieguen, éste extraerá las presunciones de su prudente arbitrio. Sin embargo, el artículo 13 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo permite a las partes en sentido contrario de que no tienen en su poder o custodia los documentos.

Un aspecto que realmente crea una confusión es el planteamiento del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo que a nuestro entender cuando dice "*promoción"*, debió decir "*evacuación*" de las pruebas de testigos, inspección judicial, inspección o reconocimiento en situación de urgencia por el peligro de que desaparezcan el medio probatorio, que el mencionado artículo permite que se realicen en cualquier momento antes de la audiencia oral, ya que si se tratara de la "*promoción*" por la urgencia, hemos visto que las testimoniales debían acompañarse con la demanda o la contestación, mientras que la exhibición están reguladas por el artículo 9 y 10 *ejusdem*, por lo que en el sentido de la promoción habían otras oportunidades que no justificarían un peligro.

La ley de Procedimiento Marítimo, a parte de las pruebas por constituir, a las que hemos hecho referencia anteriormente, también se refiere especialmente a la posibilidad de pre constituir pruebas. A estos efectos, el artículo 16 establece:

> *Artículo 16. Aún antes de promovida la demanda, cualquier interesado puede solicitar ante un tribunal una inspección judicial para dejar constancia del estado de personas, cosas, lugares o documentos, la cual se regirá por las disposiciones del Capítulo VII, Titulo II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Para la*

evacuación de la prueba, previamente, se citará a aquellos a quienes se pretenda oponer, salvo que resulte imposible en razón de la urgencia, en cuyo caso se le designará de inmediato un defensor judicial el cual atenderá la evacuación. A los efectos de la evacuación de esta prueba, el juez dictará las medidas conducentes.

A los fines de la citación a la que se refiere el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, el artículo 17 *ejusdem* permite que se lleve a efecto entregándola a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque, en presencia de dos testigos.

La amplitud de la Ley de Comercio Marítimo en materia probatorio, se evidencia de la posibilidad de que las partes practiquen diligencias probatorias extrajudiciales de forma conjunta y voluntaria, sin la intervención del juez, pero previa a la participación que le dirijan al Tribunal. Esta forma probatoria prevista en el artículo 20 puede realizarse aun antes del inicio de la controversia.

En definitiva, las partes pueden valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la Ley, incluido el dictamen de experto, que tendrá valor probatorio siempre que ratifique su dictamen en el debate oral.

Un aspecto que también ha sido objeto de controversia es lo atinente a la oportunidad para que tenga lugar la etapa probatoria en el procedimiento marítimo. A tales efectos, el Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo no establece de manera precisa cuando éste tendrá lugar. A partir de la decisión interlocutoria contenida en el auto de fecha 24 de febrero de 2006, expediente No. 2005-000084, el Tribunal Marítimo de Primera Instancia con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas ha sostenido el criterio que sigue:

"…este Tribunal observa que los medios probatorios están sujetos a condiciones intrínsecas que inciden directamente en su admisión. En este sentido, las pruebas, como toda actuación procesal, están sujetas a las regulaciones adjetivas relativas al modo, lugar y tiempo de los actos procesales. Así vemos como en el procedimiento marítimo la oportunidad para la promoción de pruebas y su evacuación están previstos en los artículos 9 y 10, para que tenga lugar el primero de ellos antes de la audiencia preliminar. Del citado artículo 9 se desprende que dentro de los cinco días siguientes a la

contestación de la demanda y subsanada o decididas las cuestiones previas tendrá lugar el lapso de promoción. Esto nos señala que se debe respetar el principio de la preclusión, razón por la cual toda prueba promovida fuera de ese lapso de cinco días será extemporánea, excepto que alguna norma especial consagre lo contrario. A este respecto, la Ley de Procedimiento Marítimo, también prevé en sus artículos 12 y 19 la posibilidad de que las partes utilicen cualquier otro medio de prueba, aún antes de la audiencia oral. De manera tal que el legislador, al establecer este novedoso procedimiento, inspirado en el procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil, contempló un lapso probatorio donde la promoción de las pruebas ocurre, como se indicó, antes de la audiencia preliminar, y no, como se consagra en el artículo 868 de la ley adjetiva civil, con posterioridad, esta afirmación es ratificada en el artículo 11 de la Ley de Procedimiento Marítimo, puesto que luego de esas diligencias probatorias tiene lugar la reforma de la demanda y de la contestación. Así como por el artículo 8 ejusdem cuando habla del procedimiento oral, pero señala: "con las modificaciones señaladas en este CAPÍTULO".

Por otra parte, entiende este Tribunal que las diligencias probatorias establecidas en el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Marítimo, están condicionadas a la urgencia justificada por el peligro de que desaparezca el medio de prueba, de manera que su evacuación acontezca antes de la oportunidad correspondiente que sería normalmente la audiencia oral, conforme al artículo 872 del Código de Procedimiento Civil.

De manera que conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Procedimiento Marítimo, concatenado con el artículo 19, la promoción de pruebas en el procedimiento marítimo tiene lugar dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda y subsanadas o decididas las cuestiones previas, ya que ésta es la única oportunidad contemplada en esta ley para promover pruebas, salvo la situación excepcionas prevista en el artículo 12 de la referida Ley".

De la decisión transcrita se observa que el procedimiento marítimo, la oportunidad procesal para la promoción de pruebas, incluyendo las pruebas mencionadas en el artículo 19 de la Ley de Procedimiento Marítimo, es el establecido en el artículo 9 *ejusdem*.

Sin embargo, mediante múltiples decisiones, más recientemente en sentencia de fecha dieciséis (16) de septiembre de 2010, expediente No. 2010-000244, el Tribunal Superior Marítimo no acogió el criterio en cuanto al lapso probatorio único en materia adjetiva marítima, separando la actividad probatoria de las partes en dos etapas procesales, al establecer: "*Esta alzada reitera, en consecuencia, su criterio sobre una vez concluida la audiencia preliminar, el Juez tiene dentro del límite de tres (03) días, el deber de fijar los hechos controvertidos y en el mismo auto en que se pronuncia sobre ello también debe abrir el lapso para la promoción de pruebas de cinco (05) días, tal como lo establece el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, si la causa se lleva mediante el procedimiento especial marítimo. ASI SE DECIDE*".

De manera que en el procedimiento marítimo existen dos lapsos probatorios, uno regido por los artículos 9 y 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, limitado a las pruebas allí previstas, y otra etapa correspondiente al artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, donde las partes podrán promover todas las otras pruebas de las que pretendan valerse en juicio.

Por otra parte, con respecto a la exhibición a la que se refiere el ordinal 1 del artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, por auto de fecha veintinueve (29) de septiembre de 2006, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo, en el expediente número Expediente Nº: TI-14.579 (2005-000023), resolvió en cuanto a la admisión de la prueba de exhibición, en relación con las establecido en el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, al señalar:

> *"Para decidir en cuanto a la admisión de la prueba, este Tribunal observa que el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Marítimo establece lo siguiente:*
> *"En cualquier oportunidad anterior a la audiencia oral, las partes podrán promover algún testigo, inspección judicial, experticia o reconocimiento, siempre que justifiquen la urgencia, por el peligro que desaparezca el medio probatorio. En este supuesto, el juez fijará una oportunidad que no podrá ser menor de dos (2) días de despacho, previa notificación de la contraparte" (Subrayado nuestro).*

De lo señalado en el artículo trascrito se colige que la prueba de exhibición no es de las previstas para ser promovida en cualquier momento antes de la audiencia oral.
En este sentido, este Tribunal considera que la parte promovente tuvo la oportunidad de promover la prueba de exhibición en el lapso de promoción correspondiente y no lo hizo. Si bien el artículo 19 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo consagra la libertad de prueba, las pruebas deben promoverse en la oportunidad correspondiente.
A este respecto, conforme a los establecido en el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, concatenado con el artículo 19 ejusdem, la promoción de pruebas en el procedimiento marítimo tiene lugar dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda y subsanadas o decididas las cuestiones previas, ya que ésta es la única oportunidad contemplada en esta ley para promover pruebas, salvo la situación excepcional y por tanto de interpretación restringida prevista en el artículo 12 de la referida Ley, que se limita a los medios de prueba allí señalados que no incluyen la exhibición de documentos.
Por otra parte, los aspectos probatorios contemplados en el Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo deben ser interpretados concatenadamente con las previsiones referidas a las diligencias probatorias reguladas por el Código de Procedimiento Civil, conforme a lo establecido en el artículo 3 del mencionado Decreto Ley, por lo que la prueba de exhibición a la que hacer referencia el artículo 9 de la ley adjetiva marítima debe cumplir con las condiciones de admisibilidad señaladas en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil".

De igual manera, en el procedimiento marítimo está contemplada la libertad de los medios de pruebas, en el artículo 19 de la ley adjetiva marítima, que ya aparecida consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

A este respecto, en sentencia publicada por esta Sala en fecha 16 de julio de 2002, bajo el N° 0968, caso: Interplantconsult, S.A., se estableció lo siguiente:

"Conforme ha sido expuesto por la doctrina procesal patria y reconocido por este Tribunal Supremo de Justicia, el llamado sistema

o principio de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, lo cual se deduce sin lugar a equívocos del texto consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que dice:
'Son medios de prueba admisibles en cualquier juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.
Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio 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.'

I) REFORMA DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN

El artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo permite al demandante reformar la demanda y al demandado reformar la contestación.

A este respecto, debe observarse que la reforma contemplada en el referido artículo 11 de la ley adjetiva marítima es distinta a la contemplada en el artículo 343 del Código de Procedimiento Civil, puesto que sólo se refiere a los asuntos que hayan sido evidenciado de la actividad probatoria de las partes, y únicamente tendría lugar si las diligencias probatorias tuvieron lugar.

Por otra parte, con la reforma a la que se refiere el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo no podría tampoco oponerse cuestiones previas ni reconvenir. En este sentido, en auto de fecha 04 de junio de 2008, expediente No 22.284 (2007-000151), el Tribunal de Primera Instancia Marítimo señaló que "*...de la norma transcrita se colige que en el procedimiento marítimo, en la oportunidad contemplada en el 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, solo está prevista la posibilidad de reformar la demanda y la contestación, pero no está contemplada la eventualidad*

de reconvenir la demanda, por lo que conforme al artículo 8 ejusdem, deben aplicarse a la reconvención lo contemplado en el artículo 865 y 869 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto al procedimiento oral, por lo que la reconvención solo podía ser incoada en la oportunidad de la contestación de la demanda, esto es dentro del término de la comparecencia, y no en la oportunidad de la reforma de la contestación, por lo que este Tribunal está obligado a declarar inadmisible la reconvención por no haber sido presentada en la oportunidad procesal correspondiente".

1. Oportunidad para reformar la Demanda

Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, a la declaratoria del Tribunal de haber concluido las diligencias a que se refieren los artículos 9 y 10, el demandante podrá reformar su demanda.

2. Oportunidad para contestar a la Reforma de la Demanda

En caso de haberse reformado la demanda, el demandado podrá contestar a la reforma dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del término concedido para la reforma de la demanda.

3. Reforma de la Contestación

El demandado podrá reformar su contestación, si el demandante no reforma su demanda. Resulta evidente que cuando el demandante reforma su demanda, la única acción que corresponde al demandado es la de contestar a la reforma y no la de reformar la contestación inicial.

4. Ratificación de las Pruebas

Las partes deberán ratificar en la reforma de la demanda y de la contestación las pruebas documentales y la lista de testigos que rendirán su declaración en la audiencia oral acompañados originariamente, así como presentar los nuevos documentos e indicar los nombres y domicilios de los testigos adicionales que también rendirán declaración en el debate oral, estableciendo como sanción que no se le admitirán después otros documentos, a menos que se trate de documentos públicos e indique en su escrito la oficina donde se encuentran.

J) AUDIENCIA ORAL

1. Director del Debate

La audiencia o debate oral, según el artículo 870 del Código de Procedimiento Civil, será presidida por el Juez, quien será su director.

2. Lugar para celebrarse el Debate Oral

En principio, de acuerdo con el artículo 870 del Código de Procedimiento Civil, la audiencia oral debe celebrarse en la sede del Tribunal, pero en el caso de no existir facilidades en su sede, el Tribunal podrá disponer que la audiencia oral se celebre en otro lugar apropiado. Esta determinación deberá tomarse por el Tribunal al fijar el día y hora de la audiencia.

3. Celebración de la Audiencia: ¿Quiénes deben acudir?

La audiencia se celebrará con la presencia de las partes o de sus apoderados.

4. Efectos de la No Comparecencia a la Audiencia Oral

Si ninguna de las partes compareciere a la audiencia, el artículo 871 del Código de Procedimiento Civil establece que el proceso se extingue, con los efectos que indica el artículo 271, es decir, que el demandante no podrá proponer nuevamente la demanda antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perención.

Si solamente concurre una de las partes, se oirá su exposición oral y se practicarán las pruebas que le hayan sido admitidas, pero no se practicarán las pruebas de la parte ausente.

5. Apertura del Debate Oral

La audiencia, según el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil, la declara abierta el Juez que le dirige, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma. Previa una breve exposición oral del actor y del demandado, se recibirán las pruebas de ambas partes, comenzando siempre con las del actor.

6. Prohibición a las Partes de Presentación ni Lecturas de Escritos

El artículo 872 del Código de Procedimiento Civil prohíbe a las partes durante la audiencia o debate oral, la presentación ni la lectura de escritos, salvo que se trate de algún instrumento o prueba existente en los autos, a cuyo tenor deba referirse la exposición oral.

7. Evacuación de las Pruebas

En la evacuación de las pruebas, continúa señalando el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil, se seguirán las reglas del procedimiento ordinario en cuanto no se opongan al procedimiento oral.

8. Registro o Grabación de la Audiencia

No se redactará acta escrita de cada prueba singular, pero se dejará un registro o grabación de la audiencia o debate oral por cualquier medio técnico de reproducción o grabación. En este caso, se procederá como se indica en el único aparte del artículo 189.

9. Observaciones a las Pruebas de las Partes

El artículo 873 del Código de Procedimiento Civil establece:

Artículo 873. Recibida las pruebas de una parte, el Juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los testigos. El Juez podrá en todo caso, hacer cesar la intervención de la contraparte, cuando considere suficientemente debatido el asunto.

10. Prolongación para agotar el Debate Oral y Fijación de Otra Oportunidad para la Continuación del Debate

El artículo 874 del Código de Procedimiento Civil señala:

Artículo 874. La audiencia o debate oral podrá prolongarse por petición de cualquiera de las partes, hasta agotarse el debate en el

mismo día, con la aprobación del Juez. En todo caso, sino fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, el Juez deberá fijar otra dentro de los dos días siguientes para la continuación del debate, y así cuantas sean necesarias hasta agotarlo.

K) DECISIÓN

1. La Oportunidad para decidir

El artículo 875 del Código de Procedimiento Civil señala que el Juez debe decidir concluido el debate oral, retirándose de la audiencia por un tiempo que no será mayor de treinta minutos. Mientras tanto las partes permanecerán en la sala de audiencias.

Vuelto a la Sala, según el artículo 876 del Código de Procedimiento Civil, el juez pronunciará oralmente su decisión expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho.

2. Publicidad y Registro de la Decisión

Finalizada la audiencia oral con el pronunciamiento oral de la sentencias, según el artículo 877 del Código de Procedimiento Civil, dentro de plazo de diez días se extenderá por escrito el fallo completo y se agregará a los autos, dejando constancia el Secretario del día y hora de la consignación.

3. Redacción de la Decisión

El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos sin necesidad de narrativas ni de transcripciones de actas ni de documentos que consten de autos; pero contendrá los motivos de hecho y de derecho de la decisión y los demás requisitos exigidos en el artículo 243.

L) APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

En el procedimiento oral contemplado en el Código de Procedimiento Civil las sentencias interlocutorias son inapelables, salvo

disposición expresa en contrario. Sin embargo, se desprende del artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo que en este procedimiento especial las sentencias interlocutorias son apelables.

Por otra parte, de la sentencia definitiva se oirá apelación en ambos efectos en el plazo ordinario de cinco (5) días, el cual comenzará a correr el día siguiente a la consignación el auto del fallo completo.

M) PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

El segundo párrafo del artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo señala que al recibirse el expediente en el Tribunal Superior Marítimo, sin necesidad de auto expreso, se abre un lapso de diez (10) días para promover y evacuar pruebas procedentes de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil e instruir las que el Tribunal considere procedentes de acuerdo a la Ley de Procedimiento Marítimo.

Al día siguiente al vencimiento del lapso probatorio, tendrá lugar la audiencia oral. Una vez terminado el debate oral, las partes podrán presentar conclusiones escritas dentro de los tres (3) días siguientes a la mencionada audiencia.

La sentencia de segunda instancia se dictará dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del lapso para las conclusiones escritas.

De la sentencia del Tribunal Superior Marítimo podrá intentarse el recurso de casación, siguiendo el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil.

N) RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. RC.00114 de fecha 12 de marzo de 2009, exp. 2007-000819, hizo un resumen comparativo entre el procedimiento marítimo y el procedimiento civil ordinario, en los términos siguientes:

Juicio Oral y Ley de Procedimiento Marítimo	**Procedimiento Ordinario**
Libelo de demanda. Art. 864 C.P.C. Debe cumplir los requisitos del artículo 340 *eiusdem*, la actora debe acompañar con el libelo toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Queda a salvo la producción posterior de documentos públicos, indicando la oficina donde se encuentren. El artículo 12 de la Ley de Procedimiento Marítimo (en lo adelante L.P.M), permite en casos de urgencia, la promoción de algún testigo, inspección judicial, experticia o reconocimiento.	Art. 340 C.P.C. El actor debe acompañar al libelo el instrumento o instrumentos fundamentales de su pretensión. Además de ello, de acuerdo al artículo 396 puede promover pruebas (15 días de despacho), incluyendo la de testigos. De común acuerdo las partes pueden hacer evacuar cualquier clase de prueba, independientemente del estado y grado del proceso.
Art. 11 L.P.M. El demandante puede reformar la demanda, pero el demandado tiene 5 días de despacho para contestarla.	Art. 343. El demandante puede reformar la demanda, por una sola vez, pero el demandado tendrá 20 días de despacho, nuevamente, para contestar al fondo o promover cuestiones previas.
Art. 11 L.P.M. Si el demandante no reforma su libelo, el demandado puede reformar su contestación.	No está contemplada tal figura de reforma a la contestación de demanda en el procedimiento ordinario.
Art. 18. L.P.M. La representación del demandante puede ser probada mediante cualquier medio escrito o electrónico, acompañando una garantía de 10.000 unidades de cuenta. Posteriormente, dentro de los 10 días hábiles a la admisión de demanda, debe consignarse el original del instrumento que acredita la representación.	La representación de las partes se acredita mediante el documento poder autenticado. Arts. 150 y 151 C.P.C.
La fase de cuestiones previas en el juicio oral, es en sentido general similar al del procedimiento ordinario.	Procedimientos similares en cuanto a las cuestiones previas.

Continuación cuadro...

Juicio Oral y Ley de Procedimiento Marítimo	**Procedimiento Ordinario**
Artículo 9 L.P.M. Agotada la contestación de demanda o fase de cuestiones previas, se contempla un lapso de 5 días para que una parte solicite a la otra la exhibición de documentos, grabaciones o registros que estén bajo su control o custodia. El Juez intimará a la parte para que exhiba dentro de un plazo de 20 días de despacho. El lapso puede ser prorrogado por acuerdo mutuo de las partes.	Art. 436. C.P.C. Promovida la prueba de exhibición, dentro de los 15 días de despacho, art. 396 *eiusdem*, es el Juez quien determina el lapso para que la contraparte exhiba o entregue los documentos.
Art. 11 Ley de Procedimiento Marítimo. En la reforma de la demanda o en la contestación, se pueden presentar documentos adicionales, así como nombres y domicilios de nuevos testigos. De acuerdo al art. 12 *eiusdem*, en cualquier oportunidad antes de la audiencia oral, las partes pueden promover algún testigo, inspección judicial, experticia o reconocimiento, justificando la urgencia.	Idem., además, quedando a salvo la oportunidad del art. 396 C.P.C. lapso de promoción y evacuación de pruebas. Existe también la oportunidad del art. 401 donde el Juez tiene iniciativas probatorias, documentos, testigos, inspecciones judiciales, experticia, etc.
Principio de libertad probatoria, art. 19 L.P.M.	Principio de libertad probatoria, art. 395 C.P.C.
Lapso de 10 días para promover y evacuar pruebas en segunda instancia. Art. 21 L.P.M.	Art. 520.- Posibilidad de producir en segunda instancia instrumentos públicos, absolver posiciones juradas y conferir el juramento decisorio.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 9 Y 10 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY DE PROCEDIMIENTO MARÍTIMO.

DR. FREDDY BELISARIO CAPELLA.*

* Abogado. Universidad Central de Venezuela (UCV). Master o Laws in Admiralty, Tulane University, USA. Doctor Honoris Causa de la Universidad Marítima del Caribe. Profesor de Derecho Marítimo de la UCV y de la Universidad Marítima del Caribe. Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Miembro Titular del Comité Marítimo Internacional. Expresidente y Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Primer Juez Superior Titular Marítimo. Se desempeño como Primer Conjuez de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Corredactor de las leyes marítimas. Autor de textos sobre Derecho Marítimo y Derecho Internacional Público.

Comenzaré este breve artículo señalando que el procedimiento marítimo se rige por el juicio oral establecido en el Libro IV, Titulo XI del Código de Procedimiento Civil. Pero a mi modo de ver no es absolutamente oral sino mixto, por cuanto se realiza tanto con palabras habladas como escritas como acontece con el libelo de la demanda, la contestación de la demanda y otras diligencias imprescindibles en dicho proceso.

En este procedimiento materializa, *en principio*, la libertad de pruebas, por cuanto las partes pueden hacer uso de los medios probatorios disponibles existentes, siempre que sean lícitos y apropiados, con la finalidad de hacer patente los hechos y circunstancias expresados en su demanda. Digo, *en principio*, porque a lo mejor esta libertad puede ser objeto de restricciones opresivas como ha sido la libertad considerada como derecho humano esencial.

En el procedimiento marítimo se aplican los principios de la *brevedad,* concentración, inmediación, *gratuidad* y publicidad. Creo que el *principio de la brevedad* se ha resquebrajado a raíz de la asignación de otras competencias civiles, mercantiles, bancarias, etc., a los tribunales marítimos y de competencia marítimas a otros tribunales. En concreto, como señalé en una oportunidad, la resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia colocó a un árbitro de futbol para dirigir un partido de beisbol y a un árbitro de beisbol para dirigir un partido de futbol, con lo que les arrancaron la esencia a los tribunales marítimos. Y el *principio de la gratuidad* se fue desmoronando a partir de 2011 cuando los tribunales marítimos comenzaron a padecer por la ausencia de insumos, tintas y otros elementos necesarios para su funcionamiento.

El procedimiento marítimo se inicia con la interposición de la demanda en forma escrita que cumpla con los requerimientos establecidos

en el artículo 340 del Código Adjetivo (Indicación del Tribunal, la identificación de las partes, objeto de la pretensión, relación de los hechos, domicilio del demandante, etc.). Se debe destacar que el demandante deberá acompañar con el libelo de demanda toda la prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral. Si se pidieren *posiciones juradas,* estas se absolverán en el debate oral.

Se observa que este acopio de pruebas con la demanda es una muestra del *principio de concentración procesal* en esta fase de introducción de la causa. Implica un gran trabajo para el demandante, ya que, no solo le incumbe redactar y presentar el libelo de demanda, sino que tiene que ocuparse de impulsar con ella la prueba documental, la testimonial y la de la confesión si lo pretende.

En el supuesto de que el demandante no acompañe su demanda con la prueba documental, y la lista de testigos, no se le admitirán después, a menos que se trate de *documentos públicos* y haya indicado en el libelo la oficina donde se encuentran.[1]

Cuando llegue el día fijado para la contestación de la demanda según las reglas ordinarias, el demando la presentará por escrito y expresará en ella todas las defensas previas y de fondo que creyere conveniente alegar.[2] Se debe recordar que las defensas previas son todos los medios de acción fundamentadas en hechos impeditivos o extintivos considerados por el juez cuando el demandado los invoca.

El demandado deberá acompañar con su escrito de contestación, toda prueba documental de que disponga y mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración en el debate oral.[3]

---

1 Código de Procedimiento Civil. Artículo 864.

2 La demanda se contestará dentro de los veinte (20) días de despacho a partir de la citación del último de los demandados. Si se opusieron cuestiones previas se contestará dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la finalización del procedimiento de cuestiones previas. En caso de reconvención o llamado a terceros a la causa, se tramitan estas incidencias antes de llamar a la audiencia preliminar.

3 El debate oral es el núcleo del juicio oral. El principio esencial con relación a este aspecto está contenido en el artículo 862 del Código de Procedimiento Civil con arreglo al cual, la "La causa se tratar oralmente en la audiencia o debate. Se puede decir que formalmente es la fase oral del juicio que viene luego de la audiencia preliminar".

Si el demandado no acompañare su contestación con la prueba documental, y la lista de los testigos, no se admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el escrito de contestación la oficina donde se encuentran.[4]

Con arreglo al artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo una vez que se haya verificado oportunamente la contestación de la demanda y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiese propuesto, se entenderá abierto un *lapso de cinco (5) días* dentro del cual *cualquiera de las partes* podrá solicitar al tribunal ordene a la otra:

[a] La exhibición de los documentos, grabaciones, o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda o permitir que sean reproducidos por cualquier medio.

[b] El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento, medirlos, fotografiados o reproducirlos.

Este artículo 9 del procedimiento marítimo se le ha dado la denominación de *"discovery"* utilizado en el derecho anglosajón y que es el periodo de tiempo en un caso en el que cada parte reúne información y pruebas para apoyar sus demandas y defensas en un caso.

Ahora bien, con arreglo al artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, el juez intimará a las partes requeridas para que exhiban los *documentos, grabaciones o registros* a los que se refiere el artículo 9 bajo apercibimiento, dentro de un plazo de *veinte (20) días de despacho siguientes a la intimación*. Este plazo podrá ser prorrogado por el acuerdo de las partes o por causa justificada a juicio del tribunal.

Se observa que el plazo de veinte (20) días de despacho siguiente a la estimación puede ser prorrogado por:

[a] Las partes. Caso en el cual se podrán de acuerdo y dejarán constancia de esto en el expediente respectivo, o

[4] Código de Procedimiento Civil. Artículo 865.

[b] Por causa justificada a juicio del tribunal. Se considera justa causa la imposibilidad de ejecutar el acto de la exhibición dentro del término legal, por algunos motivos racionales que así lo aconsejen. De todas maneras, hay que resaltar que eso no salva al tribunal de considerar como justa causa una causa que claramente no lo sea.[5]

En el juicio marítimo oral las partes pueden oponerse a las pruebas, sin embargo, esa oposición es una impugnación que posibilita a cada parte requerir que no se produzca, por considerar que las pruebas son ilegales, impertinentes y lesionan el orden público.

La prueba ilegal es la que "se genera cuando en su producción, práctica o alegato se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba".[6]

Las pruebas impertinentes son aquellas que no guardan ninguna relación con los hechos controvertidos.

La prueba que lesiona el orden público es aquella que va contra los principios jurídicos que integran un sistema que promueve el bien común de la sociedad.

El orden público, al decir del jurista uruguayo Eduardo Couture es el "conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que este tiende a tutelar".

El Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo estipula que dentro de los primeros *cinco (5) días del referido plazo* (es decir, de los veinte días de despacho) la parte requerida podrá oponerse a todo o parte del objeto de la intimación por razones de *ilegalidad,*

---

5 José María Manresa Y Navarro, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid – España, 1856. P. 118.

6 Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

impertinencia o *de orden público.* El juez resolverá sobre la oposición en un término que no excederá de tres (3) días de despacho.

La oposición suspenderá el término de la intimación. Decidida la oposición el lapso continuará respecto de aquellos elementos probatorios solicitados que hayan sido admitidos.[7]

Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la declaratoria del Tribunal de haber concluido las diligencias a que se refieren los artículo 9 y 10, el demandante podrá *reformar* su demanda. En ese supuesto, el demandado podrá *contestar* la reforma dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del término concedido para la reforma de la demanda (es decir, cinco (5) días de despacho).

Si el demandante no hubiera reformado su demanda, podrá el demandado reformar su contestación.

Con la reforma de la demanda o de la contestación, las partes deben ratificar todas las pruebas documentales presentadas originalmente, la lista de testigos que rendirán declaración en el debate oral, así como presentar los documentos adicionales que pretendan hacer valer, los nombres y domicilios de los nuevos testigos que rendirán declaraciones.

Las pruebas documentales que no fueran presentadas no se admitirán después, a menos que se traten de los documentos públicos y se haya indicado la oficina donde se encuentran.[8]

Puede acontecer que se opere la falta o negativa de presentación de los documentos o acceso a los lugares referidos en el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, sin motivo justificado, en esta hipótesis el juez marítimo extraerá las presunciones que le aconsejen su *prudente arbitrio*.[9]

El prudente arbitrio no da a entender capricho judicial o la mera voluntad del juez marítimo, ni mucho menos que pueda actuar por conocimiento particular o que no le venga por el estudio del respectivo expediente. El arbitrio es la facultad del juez para resolver o decidir sobre un asunto y la prudencia es el comportamiento cuidadoso que evite riesgos.

---

7 Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo. Artículo 10.
8 Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo. Artículo 11.
9 Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo. Artículo 13.

La prudencia requiere de determinado desenvolvimiento intelectual y moral, porque cuando el juez toma una determinación, procede con lucidez y raciocinio, con criterio para decidir.[10] En este sentido hace uso de la sana crítica ya que se deja al juez marítimo formar libremente su convicción, pero obligándolo a establecer los fundamentos de esta.[11]

Se debe tener presente que la negativa injustificada de exhibir los documentos en el juicio marítimo debe incluirse en un marco más general, que se podría bautizar como *frustración de la prueba* por una de las partes, comúnmente la parte que detenta el medio probatorio o le es dado el acceso al mismo. Se puede considerar como frustración de la prueba la circunstancia que se da cuando la parte a la cual se le solicita la exhibición intencional o de manera negligente rompe, invalida, obstaculiza o, de cualquier forma, boicotea pruebas que el adversario requería para materializar sus propósitos.[12]

El contenido del artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento marítimo ha sido asimilado a la prueba de exhibición contemplada en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil que dispone textualmente lo siguiente:

> "La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación, se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido de este y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento. Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos

[10] Gilberto Carrasquero Quintero, *Posiciones Juradas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002. P. 194.

[11] *Enciclopedia Jurídica Opus*. Tomo VII. Ediciones Libra, C.A., Caracas, 1995. P. 569.

[12] Guillermo Ormazabal, *Carga de la Prueba y Sociedad en Riesgo*. Marcial Pons. Madrid, 2004. P. 54.

> afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen".

La norma transcrita establece los siguientes requisitos para que proceda la exhibición solicitada, a saber:

[a] Acompañar una copia del documento.

[b] A falta de copia del documento, el solicitante debe afirmar los datos que conozca del contenido de dicho documento, y,

[c] Un medio de prueba que constituya presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

De tal manera que, si el promovente no cumple con su carga, el mecanismo procesal de exhibición será inadmisible por haber sido promovido ilegalmente.

Y como bien dice el maritimista Wagner Ulloa: "En cambio, en la Ley de Procedimiento Marítimo no se establecen estos requisitos. Lo que se establece en la LPM es que el documento cuya exhibición se solicita sea, por un parte, legal, pertinente o no contrario al orden público y por la otra que se encuentre o debe encontrarse en posesión del adversario, pero estos no son requisitos que el solicitante debe demostrar, sino defensas que le corresponden al adversario oponer, aunque el juez pueda también examinar estos requisitos para evaluar la procedencia de la prueba".

Sobre la materia bajo examen se ha pronunciado el Tribunal Marítimo de Primera Instancia en sentencia interlocutoria del *29 de septiembre de 2006,* donde admitió que el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo era similar a la prueba de exhibición y en esa oportunidad expresó lo siguiente:

> "…los aspectos probatorios contemplados en el Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo deben ser interpretadas concatenadamente con las previsiones referidas a las diligencias probatorias reguladas por el Código de Procedimiento Civil, conforme a

> lo establecido en el artículo 3 del mencionado Decreto Ley, por lo que la prueba de exhibición a la que hace referencia el artículo 9 de la ley adjetiva marítima debe cumplir con las condiciones de admisibilidad señaladas en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil…"

De igual manera, el Tribunal Superior Marítimo, en sentencia de fecha 13 de marzo de 2013, decidió lo siguiente:

> "… a juicio de quien aquí decide la exhibición a la que se refiere el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, conforme a lo contemplado en el artículo 3 de la misma ley adjetiva marítima".

De lo antes expresado se infiere que la parte promovente de las pruebas a que hace referencia el artículo 9 de la ley procesal marítima, debe acompañar con su solicitud una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido de este y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

Ya se expresó con antelación que el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo ha sido comparado con la figura del *"Discovery"* que se utiliza en los Estados Unidos de América.

La expresión *"Discovery"* en el idioma inglés habitual da a entender la acción o proceso de descubrir o ser descubierto. Por ejemplo, el descubrimiento de algo, una cosa, un cuerpo, etc.

En el escenario del derecho es el proceso legal que permite a cada parte de una demanda pedir a la otra parte información relacionada con el caso. En el curso del *"Discovery"*, ambas partes están obligada a mostrar a la otra parte las pruebas que van a utilizar durante el juicio. El proceso del *"Discovery"* tiene como propósito alentar a las partes a resolver sus controversias ante el tribunal, ayudar a cada una de ellas a preparar su caso fundamentándose en un acceso justo a la información y evitar una sorpresa injusta en el tribunal.

Generalmente, el *"Discovery"* tiene lugar fuera de la sala del tribunal, con las partes intercambiando información escrita a sesiones de interrogatorio cara a cara (denominadas "deposiciones"). No obstante, si las partes no pueden alcanzar un acuerdo sobre lo que debe entregarse como prueba, el juez debe resolver el conflicto.

La regla básica del *"Discovery"* es que una parte puede obtener cualquier información que pertenezca – aunque sea mínimamente – a cualquier asunto del juicio, siempre que la información no sea privilegiada o esté protegida legalmente de alguna manera.

Para concluir diremos que el "discovery" es importante por determinadas razones, tales como:

[a] Permite a las partes prepararse para el juicio. En el curso del "discovery", las partes acopian las pruebas (documentos, testimonios de testigos, etc.) que requerirán presentar en el juicio para probar su caso o defenderse de las reclamaciones de la otra parte.

[b] Posibilita que los litigantes exploren los puntos enérgicos y fuertes del caso. Por medio del "discovery", las partes tienen la ocasión de platicar con la otra y con los testigos, para ver qué documentos y pruebas tiene la otra parte que puedan ayudar o perjudicar el caso, y conocer la posición de la otra parte sobre los hechos críticos y cuestiones jurídicas.

[c] Consiente que las partes evalúen el acuerdo. Una vez que cada una de las partes sabe que pruebas existen para apoyar o socavar las demandas y defensas del caso, están en una buena posición para conversar sobre la resolución del caso sin ir a juicio.

[d] Concede a las partes reunir la información que necesitan para presentar las mociones. Las *"mociones"* son presentaciones escritas al tribunal que piden al juez que dictamine sobre algunas (o todas) las cuestiones del caso. Las mociones pueden reducir los temas para el juicio o incluso resolver el caso completamente antes del juicio. Durante el "discovery", las partes pueden obtener la documentación e información que necesitan para presentar mociones y posiblemente terminar el caso o al menos reducir su alcance.

Se debe resaltar que en el "discovery", las partes no necesitan ir a los tribunales durante la fase de presentación de pruebas, a menos que surja algún inconveniente. Si las partes tienen una controversia, cualquier de ellas puede presentar una moción ante el tribunal solicitando al juez que ordene a la otra parte que responda a las solicitudes del "discovery" o que penalice a la otra parte por no responder a las solicitudes del "discovery" o por hacer solicitudes de "discovery" irrazonables.[13]

Como se puede ver el mecanismo establecido en el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo concerniente a la exhibición de los documentos, grabaciones o registros bajo el control y custodia de una de las partes y relacionados con el asunto objeto de la demanda, difiere ostensiblemente del denominado "discovery" utilizado en el derecho anglosajón, no solo por la credibilidad que se les confiere a las pruebas sino también por la manera como se llevan a cabo (fuera del tribunal y en los despachos de los litigantes con la asistencia de las partes involucradas).

A lo expresado se adiciona el respeto que otorga a la verdad y el temor de caer en perjurio. La verdad es lo que impulsa el sistema judicial de los Estados Unidos. Si la gente no acude a un discovery o a una determinada audiencia y dice la verdad, el sistema judicial no funciona. Las sanciones por perjurio no solo preservan la integridad de las deposiciones y testimonios jurados, sino que también afectan el comportamiento de las personas que se encuentran con el sistema de justicia.

El delito de perjurio consiste en hacer una declaración falsa bajo juramento, ya sea por escrito o verbalmente, que se sabe que es falsa, y que es material para el procedimiento en el que se hace la declaración. En cierto sentido, una persona que hace una declaración falsa con la intención de defraudar.[14]

---

[13] Legal Information Institute, *Wex,* Cornell Law School. Disponible en:www.law.cornell.edu>Wex

[14] "Perjury Law", en *JUSTIA*. Disponible en:www.justia.com>offenses>white-collar-crimes>perj...

EL *DISCOVERY* EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO PANAMEÑO.

DR. NELSON CARREYÓ.*

SUMARIO

• Agradecimiento. • Ubicación de la materia. • Introducción. 1. Sistema de procesamiento mixto, autónomo y flexible. 2. Oportunidades probatorias. 3. Otras instituciones procesales que contribuyen a la efectividad del Discovery. 3.1. La oralidad. 3.1.1. Audiencia preliminar. 3.1.2. Audiencia ordinaria (AO). 3.1.3. Audiencias especiales. 4. ¿Qué diferencia existe entre el Discovery y los aseguramientos de pruebas? 5. Finalidades del procedimiento de divulgación o Discovery. 5.1. Suplementan el proceso principal. 5.2. Se pueden hacer completamente desde el inicio del proceso. 5.3. Suponen el equilibrio de las partes. 5.4. Documentan testimonios y preservan documentos. 5.5. Determinan la pretensión y los hechos importantes o esenciales o sobre los que no existe controversia. 5.6. Promueven la celebración de transacciones y arreglos. 5.7. Promueve la adopción de decisiones basadas en hechos exactos, no en conjeturas y sorpresas. 5.8. Constituyen un método económico de resolución de disputas. 6. Las facultades sancionadoras del juzgador y algunas experiencias con el Discovery. 7. Derecho comparado. 7.1. Derecho interno. 7.2. Derecho extranjero. • Conclusiones. • Referencias.

* Doctor en derecho (USMA, Panamá), postgrado en Derecho Marítimo (Universidad de Londres UCL), máster en Derecho y Ciencias Marinas (Universidad de Washington) y en Derecho Procesal (Universidad Latina). 35 años de docencia en Universidad de Panamá. Desempeñó cargos públicos como oficial mayor y secretario de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, primer juez de la jurisdicción marítima, representante permanente alterno ante la Organización Marítima Internacional, Londres (OMI) y primer y único abogado panameño en ejercer exitosamente ante el Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar (Hamburgo).

Páginas: 327-353 ISSN: 0798-1457

> "Pidan y se les dará, busquen y encontrarán, toquen y se les abrirá. Porque quien pide, recibe; quien busca, encuentra y al que toca, se le abre".
>
> San Lucas (11, 5-13).

AGRADECIMIENTO

Mis primeras palabras son para agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas dela Universidad Central de Venezuela, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, a la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, y a la Fundación Universitas por la oportunidad que me brindan de participar en este primer foro virtual sobre la institución del "Discovery" el 2 de julio de 2020.

UBICACIÓN DE LA MATERIA

La materia objeto de nuestra conferencia se ubica en el derecho procesal marítimo y el derecho probatorio, encontrando tipicidad en la Ley 8 del 30 de marzo de 1982 mejor conocida como Código de Procedimiento Marítimo (CPM) y sus enmiendas de 1986 y 2009, encuadrada específicamente dentro del Título III (Reglas Comunes al Procedimiento Marítimo), Capítulo VII (Pruebas), Sección 2.ª (Aseguramiento de Pruebas) con los siguientes siete apartados y subapartados:

Sección 2.ª Aseguramiento de pruebas

A. Disposiciones Generales Artículo 227 (R 26.a), 228 (R. 26.b)
B. Testimonios
1. Interrogatorios Orales (240-242)
2. Interrogatorios Escritos (243-246)
3. Medidas de Protección (247)
4. Errores e Irregularidades en las Declaraciones (248-252)
5. Lectura, Corrección y Firma de la Declaración (253-255)
6. Certificación y Presentación de la Declaración (256-261)
7. Personas Hábiles para Tomar Declaraciones (262-264)
8. Acuerdos de las Partes para la Toma de Declaraciones (265)
9. Uso de las Declaraciones (266-267)
10. Decl. Prejud. o estando el proceso pend. de apelación (268-272)
C. Interrogatorio de las Partes (273-279)
1. Aceptación (280-283)
D. Inspección de Documentos (284)
E. Examen Físico y Mental de las Personas (285-286)
F. Inspección Judicial (287)
G. Reconocimiento de Documentos Privados (288-289)

Es importante tomar en cuenta desde ya que por vía del artículo 33 del CPM, el Código de Procedimiento Civil (o Código Judicial) solo se aplica como norma supletoria y por tanto cuando las disposiciones del CPM no regulen específicamente una situación.

INTRODUCCIÓN

Sabemos que en el mundo occidental existen dos formas de procesamiento principales identificadas de diversas maneras: por un lado existe la del derecho continental, derecho civil o *civil law,* y por el otro la del derecho consuetudinario, anglosajón o del *common law* cuya génesis está en el derecho casuístico o del precedente, de las que a su vez se deriva una rica diversidad de vertientes o corrientes.[1]

[1] El modelo anglosajón tiene como referentes a Inglaterra y Estados Unidos, mientras que el civil tiene al francés seguido (Bélgica e Italia), el austríaco-alemán (países escandinavos y Europa oriental y Japón), y el español (América latina).

En el sistema de procesamiento anglosajón o del *common law* existe un procedimiento bifásico que se inicia con una etapa preparatoria (*pre-trial)* en la cual se permite obtener información sobre defensas y pruebas de la parte contraria, antes del juicio o antes del inicio del proceso propiamente dicho, en la que se practican pruebas[2] en audiencia oral.

Por su parte, en el sistema civilista el proceso se inicia con lo que se conoce como la traba de la *litis* o *litis contestatio* (contestación de la demanda), que en la moderna doctrina se conoce como la *relación procesal*.

En otras palabras, se entabla la demanda, se traslada y notifica al demandado a quien a partir de ese momento le corren los términos para contestar, defenderse y oponer excepciones o contraatacar, todo lo cual supone la producción de medios de prueba.

De igual manera es útil saber que los procedimientos del *common* y *civil law* se han desarrollado en dos direcciones: mientras que en el del *civil law* predomina la prueba documental y una significativa dirección judicial (inquisitivo), en el *common law* la aportación escrita es menor y la obtención de pruebas se deja más en la actividad de parte (dispositivo).

La función que esencialmente cumple el Discovery es contrarrestar los inconvenientes del sistema adversarial o dispositivo, y la regla en virtud de la cual, si no le favorece, una de las partes puede ocultar o negarse a proporcionar información a la otra, procedimiento que también tenía el propósito de evitar la pérdida o desaparición de medios de prueba cuando exista un lapso muy largo entre la fecha del juicio y la de los hechos que le dieron origen.

Referirme a la prueba en el derecho procesal marítimo es motivo de gran satisfacción. No solamente porque esta rama jurídica es mi especialidad sino por cuanto con el correr del tiempo he tenido la

---

2 A lo largo del trabajo utilizaremos indistintamente los términos "pruebas" y "medios de prueba" para significar tanto las razones o motivos que conceden certeza a los hechos, como los instrumentos a través de los cuales dichas razones se hacen de conocimiento del juzgador. Las pruebas tienen manifestación formal (medios), sustancial (hechos) y resultado subjetivo (convencimiento del juzgador). H. Davis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Temis S. A., Bogotá, 2005, p. 19.

oportunidad de comparar resultados en distintos sistemas de procesamiento local e internacionalmente.

Me he sentido atraído por esta institución, y debo confesar mi enamoramiento con ella por lo que no dudé en aceptar el desafío que implica intentar convencer de sus bondades y de la necesidad de su integración a todo el derecho procesal panameño y al de otros países. El Discovery es una institución que en la práctica resulta de enorme utilidad y que como antes expresamos podría y de seguro lograría que la justicia pudiera cumplir con mayor efectividad su rol en la sociedad.

En este trabajo nos proponemos explicar que el Discovery 1. es parte de un sistema de procesamiento mixto, flexible y autónomo, en el que 2. las oportunidades probatorias son amplísimas, pero sobre todo que 3. cuenta con algunas herramientas que permiten la más efectiva aplicabilidad de sus normas como es la coercibilidad. También estableceremos 4. la diferencia que existe entre pruebas anticipadas y aseguramientos de pruebas, analizaremos 5. algunas de sus finalidades**,** y terminaremos con 6. un breve análisis de derecho comparado y unas conclusiones.

1. SISTEMA DE PROCESAMIENTO MIXTO, AUTÓNOMO Y FLEXIBLE

¿Cuál es el secreto del éxito del Discovery? Puedo *a priori* sostener que el secreto se encuentra en su gran flexibilidad y liberalidad. Aunque Panamá es un país que se ubica dentro de los sistemas jurídicos de corte romanista, y por tanto del *civil law*, la influencia anglosajona, específicamente estadounidense, se hace presente de manera intensa en nuestro CPM, configurando un sistema de procesamiento mixto en el cual encontramos importantes instituciones anglosajonas como la audiencia preliminar (*pretrial hearing*)*,* el procedimiento de ejecución de créditos marítimos privilegiados (*in rem*)*,* el procedimiento abreviado (*summary judgement*)*,* y el Discovery*,* que perviven con instituciones propias del sistema matriz del derecho civil, y que complementan y contribuyen a su mayor efectividad.

Sin profundizar en la teoría de la prueba, y con el único afán de esbozar algunas ideas sobre la manera que en la jurisdicción marítima

panameña se puede convencer sobre la veracidad de las afirmaciones de hecho de un reclamo, vemos que si bien nuestro Discovery tiene su génesis en las Reglas Federales de Procedimiento Civil de Estados Unidos (*Federal Rules of Civil Procedure,* reglas 26 a 37), en que como antes explicamos existe una fase preparatoria y una fase de debate y pruebas, en Panamá hemos venido desarrollando un Discovery a nuestra medida y propia cultura.

El derecho marítimo como rama del conocimiento científico es autónomo, pero esto no quiere decir que se deba estudiar aisladamente.¿De qué vale que un abogado conozca lo que dice una norma si no está familiarizado con la praxis? Es decir, que en nuestro contexto, debemos conocer la forma en que se puede plasmar la ocurrencia de ciertos hechos que posteriormente podrán ser materia de reclamo, discusión o simplemente información.

Analicemos a continuación el Discovery tomando en cuenta el momento oportuno para obtener los medios que puedan apoyar la pretensión.

2. OPORTUNIDADES PROBATORIAS

¿Cuál es el momento oportuno para activarse con el propósito de obtener los medios que puedan apoyar la pretensión y la expedición de una resolución al conflicto?

Para comprender la naturaleza jurídica del Discovery panameño es preciso preguntarnos si existe un período probatorio o mejor dicho cuáles son las oportunidades probatorias.

En los sistemas de prevaleciente orientación continental como el panameño existe un período probatorio angustioso, como en otras jurisdicciones. Sin embargo, con la creación de la jurisdicción y procedimiento marítimo en 1982, las pruebas se podían presentar desde la presentación de la demanda y hasta la audiencia ordinaria (AO), salvo una limitante que se introdujo en las reformas de 2009.

En efecto, además del Discovery, y contrario a lo que ocurre en EU, como consecuencia del sistema monofásico del proceso, en Panamá la iniciativa probatoria se puede utilizar desde que se traba la *litis* y, con las reformas de 2009, ya no hasta la misma fecha de la AO, sino

hasta veinte -20- días antes de la fecha fijada para dicha audiencia, lo cual permite a los sujetos procesales estar mejor preparados para el debate y lograr una más efectiva justicia.

Reiteramos que en el derecho procesal marítimo panameño no existe un término probatorio angustioso como se conoce en las otras jurisdicciones. Y esto es un importante avance frente a todos los demás procedimientos como el civil, penal, laboral y administrativo, de Panamá y de otros países, pues ninguno que haya tenido alguna experiencia litigando negará que hoy tiene un testigo y el día de su comparecencia no se presenta; hoy un documento está disponible pero mañana desapareció o fue ocultado. Y esto es más trascendental en el procedimiento marítimo, donde por naturaleza las causas no solamente tienen vínculos internacionales sino que también se refieren a asuntos relativos a buques, carga o flete, nómades por excelencia.

En el procedimiento marítimo el momento para practicar pruebas transcurre desde la presentación de la demanda (y antes, a través del verdadero Procedimiento de Aseguramiento de Pruebas), hasta la audiencia ordinaria. Las oportunidades para probar son:

1. Con la demanda y su contestación o la fecha en que debió ser contestada.
2. Durante el transcurso del proceso y hasta la Audiencia Ordinaria
3. Con los incidentes y su contestación
4. En Audiencia Preliminar (Art. 501)
5. En Audiencia Ordinaria (Art. 507)
6. En apelación (Art. 494 y 488)

Veamos ahora otras instituciones procesales que hacen que el Discovery sea efectivo.

3. OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES QUE CONTRIBUYEN A LA EFECTIVIDAD DEL DISCOVERY

3.1. La oralidad

Habiendo listado los medios probatorios que la ley permite puedan ser obtenidos mediante Discovery, es pertinente ahora destacar que para que exista un verdadero Discovery se hace imprescindible un sistema

de procesamiento en que también exista una fase de audiencia oral.Sin una fase de procesamiento oral, el Discovery pierde su razón de ser y no logra las ventajas que se derivan de su existencia.

Esto no significa que el proceso tenga que ser completamente oral, aunque nuestra propuesta siempre ha sido que lo sea aún más, conscientes que existen aspectos que no son susceptibles de diligenciarse sino por escrito como la presentación de la demanda, por ejemplo. En el procedimiento marítimo panameño existen tres tipos de audiencia oral: la audiencia preliminar, la audiencia ordinaria y las audiencias especiales.

3.1.1. Audiencia preliminar

Esta audiencia se debe fijar, por ministerio de la ley, a más tardar a los ciento veinte (120) días (3 meses) siguientes a la admisión de la demanda, pero siempre en atención a los términos de los artículos 63, 73 y 547 del CPM y cumple los siguientes propósitos:

1. Instar a que las partes admitan hechos y documentos que hagan necesaria la práctica de determinadas pruebas.
2. **Determinar los puntos controvertidos** con base en los hechos de la demanda, la contestación, las pruebas y la ley aplicable y los hechos y documentos que las partes acepten durante la audiencia preliminar.
3. Decidir la ley sustantiva aplicable cuando esta sea controvertida por el demandado.
4. Limitar el número de peritos y los puntos sobre los cuales versarán los dictámenes.
5. **Señalar la fecha y hora para que las partes, acompañadas de sus testigos y peritos, comparezcan en audiencia ordinaria**. No obstante lo anterior, **las pruebas documentales, los informes periciales y el número de testigos** deberán aportarse al expediente hasta veinte días **antes de la fecha de la audiencia ordinaria**. Las contrapruebas deberán presentarse hasta cinco días antes de la fecha de la audiencia ordinaria.
6. Determinar otros asuntos cuya consideración pueda contribuir a hacer más expedita la tramitación del proceso, como la resolución de peticiones concernientes a pruebas.

Como se puede observar, en esta audiencia se delimita el objeto del proceso, lo cual tiene una incidencia enorme en el derecho de probar.

3.1.2. Audiencia ordinaria (AO)

La AO también conocida como de fondo, es aquella en la que las partes procederán al examen de testigos y peritos y a pronunciar sus respectivos alegatos orales. Es preciso recordar que ya todo el material probatorio documental se ha incorporado al expediente, lo cual hace mucho más ágil su desarrollo, permitiéndose al juez pronunciar sentencia desde los estrados.

Y es que cuando las partes han hecho uso del Discovery de manera exhaustiva, esta audiencia puede evacuarse muy rápidamente. La práctica de pruebas antes de la AO la hace menos largas permitiendo al juez prepararse mejor y tener un más adecuado conocimiento del caso para administrarla mejor, permitiendo también expedir sentencias no solo más rápidamente sino también mejor elaboradas lo cual es deseable por todo justiciable.

3.1.3. Audiencias especiales

Además de la audiencia preliminar y ordinaria, el procedimiento marítimo permite procesar y resolver toda otra controversia incidental o accesoria que termina con la expedición de una resolución con carácter de auto.

Todo lo dicho en cuanto a la audiencia ordinaria y su relación con el Discovery es aplicable a estas audiencias especiales ya que se hace posible su evacuación con el material probatorio recabado mediante la utilización de esta herramienta.

Como muchos confunden el Discovery con el Aseguramiento de Pruebas, es importante conocer las diferencias entre ambas instituciones.

4. ¿QUÉ DIFERENCIA EXISTE ENTRE EL DISCOVERY Y LOS ASEGURAMIENTOS DE PRUEBAS?

A pesar de que el Discovery, como vimos, se encuentra ubicado en la Sección 2 titulada "*Aseguramiento de Pruebas*", no es propiamente

un aseguramiento ya que el término "aseguramiento" solo se debería utilizar cuando la práctica de las pruebas es pedida antes de presentada y por tanto contestada la demanda.

También podría discutirse si se trata de una *medida cautelar*. Las pruebas anticipadas buscan acreditar hechos cuando hay peligro que la prueba se pierda o resulte difícil su obtención si se espera la oportunidad para practicarla al momento usualmente previsto.

Son estas las previstas en el apartado # 10 de los "Testimonios" titulado *Declaraciones Prejudiciales o Estando el Proceso Pendiente de Apelación* del art. *268, que faculta a perpetuar nuestro testimonio o el de otra persona sobre un asunto* que pueda llegar a ser de conocimiento de un tribunal marítimo *cumpliendo con los siguientes requisitos:*

1. Que el peticionario espera ser parte en una acción de conocimiento de dicho Tribunal Marítimo, pero no está actualmente en condiciones de iniciar el juicio.
2. La naturaleza de la acción que espera instaurar y su interés en ella.
3. Los hechos que desea establecer mediante el proyectado testimonio y sus razones para desear perpetuarlo.
4. Los nombres o descripción de las personas que puedan llegar a ser la parte contraria, y sus direcciones, hasta donde sean de su conocimiento; y lo esencial del testimonio que espera obtener de cada una de ellas, y solicitará al tribunal la autorización para tomar las declaraciones solicitadas."

Las diligencias preliminares como la anticipación y aseguramiento de la prueba y el deber de exhibición documental, existen para recabar medios de prueba.

La *anticipación* se refiere a aquellos supuestos en que existe temor fundado de que no puedan llevarse a cabo en el momento procesal pertinente, y el *aseguramiento* busca la adopción de medidas destinadas a evitar que una prueba pueda resultar imposible de practicar en el momento oportuno.

El CPM identifica como Aseguramiento de Pruebas lo que en realidad se denomina en la doctrina norteamericana e inglesa, el Descubrimiento, la Divulgacióno el *Discovery*.

Si bien podría decirse que tanto la anticipación probatoria como el aseguramiento de pruebas tienen similares propósitos que el Discovery, en aquellas los medios de prueba se obtienen **antes** que la *litis* se trabe, y en éste una vez contestada la demanda.

La utilidad del procedimiento de Discovery se podrá reconocer mejor si analizamos a continuación algunas de sus finalidades.

5. FINALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE DIVULGACIÓN O DISCOVERY

Entre las finalidades del procedimiento de Divulgación podemos identificar las siguientes.

5.1. Suplementan el proceso principal

Es decir sirven para determinar los hechos de la demanda en beneficio de la economía procesal.

Al igual que la Audiencia Preliminar, por medio del proceso de divulgación se ahorra tiempo y esfuerzo en la obtención de pruebas e información que de otra manera no sería de conocimiento de los sujetos procesales bajo cuyo control no se encuentran.

5.2. Se pueden hacer completamente desde el inicio del proceso

El intercambio de hechos concede a todas las partes la oportunidad de obtener información de manera más eficiente y efectiva que si cada una tuviese que obtenerla unilateralmente sin ayuda de la otra u otras.

5.3. Suponen el equilibrio de las partes

No se permite una divulgación ambigua o "de todo lo que la otra parte sepa o conozca", es decir una investigación sin concreción material.Las normas contienen un balance entre la necesidad de una parte de conocer los hechos con la capacidad de la otra de suministrarlos.

5.4. Documentan testimonios y preservan documentos

Permiten establecer tanto el conocimiento como también la falta de conocimiento de un testigo o la parte y localizar e identificar evidencia tangible para una utilización posterior.

5.5. Determinan la pretensión y los hechos importantes o esenciales o sobre los que no existe controversia.

Esta función de las normas de divulgación es similar a la de la Audiencia Preliminar y los procesos abreviados al disminuir más los esfuerzos por obviar discusiones innecesarias o estériles.

5.6. Promueven la celebración de transacciones y arreglos

La divulgación permite el intercambio de información, opiniones, reclamos, y defensas suministrando a cada parte la oportunidad de observar la conducta, actitudes y respuestas de testigos y verificar la autenticidad de los documentos.Estas funciones facilitan una evaluación realista del valor de un caso.

5.7. Promueve la adopción de decisiones basadas en hechos exactos, no en conjeturas y sorpresas.

Este procedimiento permite al abogado litigante estar mejor preparado y ser un profesional más efectivo aumentando la posibilidad de que las resoluciones sean más justas y jurídicas.

5.8. Constituyen un método económico de resolución de disputas

Esta ventaja supone que los abogados que implementan las normas las utilizan de manera apropiada y que los jueces que las aplican también las interpreten apropiadamente.

Estas finalidades constituyen ventajas o funciones que se identifican y son esenciales para el mantenimiento de los principios que engalanan nuestro sistema de derecho procesal marítimo.

6. LAS FACULTADES SANCIONADORAS DEL JUZGADOR Y ALGUNAS EXPERIENCIAS CON EL DISCOVERY

La mayor parte de la efectividad de la institución descansa en el poder coercitivo que el juez puede ejercer cuando los justiciables no adecuan su conducta al espíritu y letra de sus normas reguladoras.

La ausencia de respuestas completas y sinceras pueden provocar sanciones con lo cual se le dota de efectividad, hecho que merece que el Discovery, de gran éxito en derecho procesal marítimo, pueda ser aplicado mejor tanto en la propia jurisdicción marítima como en la jurisdicción civil para una más sana y efectiva administración de justicia.

Un caso específico en que se trató el tema de las sanciones en Descubrimiento se dio cuando la parte demandante recibió la siguiente respuesta de la parte demandada a la que había solicitado la aceptación de un hecho.

> Respuesta: Declaramosbajo la gravedad de juramento que hemos solicitado la información pertinente a fin de aceptar o negar este hecho y la misma todavía no nos ha sido suministrado, en consecuencia la información que tenemos al respecto es insuficiente para negar o aceptar lo expuesto, por lo que nos comprometemos que tan pronto tengamos la información que tenemos al respecto es insuficiente para negar o aceptar lo expuesto, por lo que nos comprometemos que tan pronto tengamosla información más completa y más específica la suministraremos a la parte solicitante y al Tribunal.

Esta respuesta fue objeto de inconformidad pidiéndose sancionar a la parte demandada ordenándole que contestara y para ello le concediera término. ¿Cuánto tiempo se tuvo que esperar para que la parte demandada hiciera llegar la información? Hasta que le provocó hacerlo. Y este es el punto que deseamos enfatizar.

La ley ordena que la parte a quien se le formula una petición de Divulgación la conteste dentro del término de treinta -30- días con el que evidentemente no cumplió. La demandada lo que hizo fue dar una excusa que no debió ser tolerada por el tribunal por cuanto subvirtió el fundamento mismo de la institución.

¿Se puede, válidamente, dejar de contestar una pregunta con la excusa que el cliente no ha suministrado información suficiente? ¿Puedo válidamente dejar de contestar un Descubrimiento que se me haya dirigido aduciendo este pretexto? Obsérvese que este aspecto precisamente está regulado por la ley en el penúltimo párrafo del art. 278 que dice:

> La parte que contesta no puede dar como razón la falta de conocimiento o de información como excusa para no admitir o negar,

> a menos que manifieste que bajo juramento que ha hecho una investigación razonable y que la información o conocimiento de que dispone no es suficiente para admitir o negar.

La parte demandada no expresó, en ninguno de sus escritos, que había efectuado una investigación razonable como la ley ordena (art. 278.3). Era importante que el Tribunal adoptara alguna decisión al respecto que sirviera de orientación a los litigantes, es decir de docencia, como igualmente diera fe que lo que la ley ordena es que es la parte a la que se pide establezca si hizo una investigación razonable sobre lo pedido.Solo así tendría sentido la norma.

La violación de esta norma de la manera explicada afecta sensiblemente los fundamentos y raíces de la institución. ¿Cómo podemos agilizar los procesos mediante los Descubrimientos si no se contesta o se hace con evasivas, pero sobre todo, si cuando surgen discrepancias al respecto éstas no son zanjadas oportunamente por el tribunal?

Si el Tribunal no resuelve las objeciones, lo cual sería comprensible por volumen de trabajo, entonces debiera hacerlo en la Sentencia. Lo contrario es permitir que la parte que omite responder aproveche para hacerlo extemporáneamente, lo cual tutela una ventaja procesal indebida a su favor pues el tiempo que la parte demandada demore en contestar transcurre en su favor y detrimento de su contrario.

Expliquemos por qué. Si una parte, sin fundamento se niega a contestar dando excusas sin validez, impide que la parte que interroga o parte activa en Descubrimiento pueda conocer una respuesta, o al menos una negativa, con la consiguiente afectación del derecho de probar por cuanto no puede dar seguimiento a las respuestas como cuando son ambiguas o evasivas.

Una omisión en responder puede ser mucho más dañina que una ambigua o evasiva.Esto es importante dejarlo claro por cuanto si la parte demandada contestara (aun indebidamente), el tema se hubiese podido debatir antes de la Audiencia Ordinaria permitiendo a todos los sujetos procesales estar mejor preparados.

Con las reformas al CPM introducidas mediante la Ley Nº 12 del 23 de enero de 2009 la norma se convirtió en el artículo 281 que dice:

> La contestación debe negar específicamente la veracidad de lo afirmado o la autenticidad de un documento, o exponer en detalle las razones por las cuales la parte no puede contestar afirmativa o negativamente. El juez ponderará estas razones y, de no encontrarlas justificadas, ordenará inmediatamente a la parte que conteste afirmativa o negativamente. De no hacerlo, la parte será condenada en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de esta Ley.
> La parte que contesta no puede dar como razón la falta de conocimiento o de información como excusa para no admitir o negar, a menos que manifieste bajo juramento que ha hecho una investigación razonable y que la información o conocimiento de que dispone no es suficiente para admitir o negar.

Como se podrá fácilmente deducir, ahora se dota al juez de la facultad más específica de sancionar y se explican mejor los supuestos en los que dicha sanción puede operar.Hagamos ahora uso del derecho comparado para continuar conociendo la institución bajo análisis.

7. DERECHO COMPARADO

El mejor modo de conocer nuestro propio ordenamiento es conociendo otros, pero considerando que muchos y diversos son los modos para conocer ambos, y que si bien casi siempre relacionamos normas, lo hacemos a un nivel "micro" y sin utilidad sustantiva lo cual se puede si nos dedicamos a comparar más los *modelos procesales* que las *normas* que los conforman, como es el caso de los modelos probatorios, lo cual dependerá del intérprete quien los deconstruye para reconstruirlos con la finalidad de posibilitar y racionalizar el análisis cultural que confronte y elija lo más importante para conformar el "modelo ideal".

Para comprender el Discovery es importante recordar que concordamos con Vicente y Caravantes, J. (1856) para quien dicha institución tiene sus antecedentes en el derecho romano, propio de la escuela del derecho civil o continental.Sin embargo, es evidente y somos conscientes que su desarrollo ha sido más rico en el derecho anglosajón, lo cual ha permitido por ejemplo a Panamá y Venezuela remodelarlo a la luz de dicha evolución.

En derecho comparado está superada la idea de contrastar ordenamientos para simplemente medir analogías y diferencias siendo aceptado que lo que debe hacerse, para que sea útil, es sobre la base de un proyecto cultural pues una comparación de exclusivo cotejo de normas solo se justifica dentro de una cultura restrictivamente positivista y de mera yuxtaposición de datos descriptivos, cuando la *comparación lo que debe es estar orientada a mejorar*[3] y considerar el efectivo funcionamiento práctico de sistemas e instituciones en los que se sustente la validez y efectividad de lo que se compara (Taruffo, 2008, p. 228).

Un legislador "culto" tendrá la información necesaria para materializar mejores elecciones en el mercado de las ideas relativas a la justicia civil, su finalidad e instrumentos para conseguirla, mientras que un legislador "ignorante" tenderá a ser culturalmente autárquico, y considerar que el sistema procesal nacional puede ser reformado sólo desde dentro de su particular y provincial cultura, sin ninguna útil influencia derivada de aquellos ordenamientos que han ya afrontado y resuelto probablemente mejor y más eficientemente los mismos problemas.

La consolidación del Descubrimiento en otras jurisdicciones como en el derecho venezolano también podría acabar con algunas discusiones académicas y prácticas al compararlas con el procedimiento civil (Rodríguez, A. 2017).

El Discovery ha resultado de una enorme utilidad y, como antes expresamos, podría y de seguro lograría que la justicia en otros órdenes pudiera cumplir con mayor efectividad su rol en la sociedad.

7.1. Derecho interno

Siguiendo a García, R. (2012), al comparar el derecho procesal civil con el derecho procesal marítimo podemos entresacar las siguientes diferencias:

[3] Esta transformación se ha dado en Inglaterra con las Civil Procedural Rules de 1998 en vigor desde el 26 de abril de 1999 como verdadero y propio código de procedimiento con numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección del procedimiento concedidos al juzgador.

Código Judicial	**CPM**
1. Diligencia exhibitoria 2. Testimonios prejudiciales; 3. Inspección judicial y dictámenes periciales 4. Reconstrucción de sucesos o evento; 5. Reconocimiento de firma y citaciones a la presuntiva contraparte a efecto de que reconozca la autenticidad de un documento suscrito por ella o por un tercero; 6. Diligencia de informes, documentos públicos o privados, certificados de cualquier clase, conforme indique el peticionario y con arreglo a las limitaciones y restricciones que establece la ley; y 7. Declaración de parte	A. Disposiciones Generales Artículo 227 (R 26.a), 228 (R. 26.b) B. Testimonios 1. Interrogatorios Orales (240-242) 2. Interrogatorios Escritos (243-246) 3. Medidas de Protección (247) 4. Errores e Irregularidades en las Declaraciones 248-252) 5. Lectura, Corrección y Firma de la Declaración (253-255) 6. Certificación y Presentación de la Declaración (256-261) 7. Personas Hábiles para Tomar Declaraciones (262-264) 8. Acuerdos de las Partes para la Toma de Declaraciones(265) 9. Uso de las Declaraciones (266-267) 10. Decl. Prejud. o estando el proceso pend. de apelación (268-272) C. Interrogatorio de las Partes (273-279) 1. Aceptación (280-283) D. Inspección de Documentos (284) E. Examen Físico y Mental de las Personas 285-286) F. Inspección Judicial (287) G. Reconocimiento de Documentos Privados (288-289)
Antes de la demanda	Antes y durante el proceso
Juez	Inter-partes; sin intervención del tribunal
Previa prueba de temor justificado	Sin pre requisito
Fianza	Sin fianza salvo propiedad de tercero no parte
Evitar que pueda faltar o dificultar obtención de prueba en el proceso	Búsqueda de información antes de audiencia

Coincidimos con el citado autor en que a pesar de considerarlas un verdadero modelo de utilidad para el sistema del *civil law*, al menos en Panamá existe, como para toda obra, un margen de perfectibilidad que

centramos en algunas facetas del aspecto coercitivo que se omitió de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de EE. UU.

Sin embargo, no consideramos que, al menos en lo que concierne a la toma de declaraciones inter-partes, es decir sin intervención del tribunal, el tema de objeciones presente alguna dificultad ya que estas se deben plasmar en el acta que las transcribe para su posterior evaluación por el juzgador y, de considerarlo necesario y tratarse de alguna falta grave, promover la respectiva incidencia dentro de los términos de la ley de procedimiento.

Si bien es cierto que las normas que regulan las sanciones podrían mejorarse de *lege ferenda*, no menos cierto es que debemos recordar que cuando las reglas del Discovery fueron copiadas en el CPM, las de EE. UU. eran las de 1938. Posteriormente dichas reglas han venido sufriendo modificaciones importantes en 1970, 1993 y 2016.

Esto quiere decir que si el legislador panameño no ha vuelto a modificarlas, es evidente que nuestras normas no se hayan adaptado a la necesaria evolución que representa el avance jurídico procesal en el derecho que sirvió de fuente directa para nuestro Discovery.

Por otra parte, no debemos descartar que, en ausencia del remozamiento de las normas de conformidad con la fuente, el juzgador puede y debe adaptar las instituciones jurídico procesales, siguiendo a la escuela del Derecho Histórico y a la de la jurisprudencia progresiva y de intereses, de tal manera que se puedan interpretar extensivamente al momento de su aplicación al caso concreto.

7.2. Derecho extranjero

Una de las principales diferencias del Discovery de EE. UU. con el del Reino Unido reside en que en el primer caso, la mayoría de los procedimientos se realizan con jurado (oral), de tal modo que el demandante no va a contar con suficiente información para exponerla si no se le permite averiguar previamente datos relevantes desde el inicio del procedimiento.

Otra diferencia se encuentra en que en Reino Unido el procedimiento de Discovery se refiere principalmente a documentos y las facultades del peticionario son más limitadas evitando las denominadas "*fishing expeditions*" o "*fishing proceeeding*" utilizando el lenguaje de

Hickman vs Taylor, pudiéndose conocer cualquier asunto no sujeto a secreto profesional; y una tercera diferencia se centra en las personas sobre las que puede realizarse el Discovery: en el Reino Unido solo puede tener lugar respecto a quien pueda estar implicado en el caso pero no respecto a terceros, limitación que está cambiando pues ha habido modificaciones tendentes a atribuir mayores facultades de investigación a la autoridad judicial como lo expone Simpson (1996);en Estados Unidos y Panamá no existe esta limitación.

En litigios internacionales también hemos podido encontrar Estados como España que no admite los Discoveries introduciendo cláusulas como la que sigue:

> Todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que no ejecutará las comisiones rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países del *common law* con el nombre de *pre-trial discovery of documents*. España no acepta las comisiones rogatorias derivadas del procedimiento *pre-trial discovery of documents* conocido en los países del *common law*.

Las últimas modificaciones en EE. UU. de 2016 enmendaron la Regla 26(b) para incluir un estándar de proporcionalidad definiendo el descubrimiento como **aquello que es proporcional a las necesidades del caso** eliminando su anterior redacción que era demasiado amplia. El texto de la Regla 26 (b) (1) enmendada dice en parte:

> Las partes pueden obtener descubrimientos sobre cualquier asunto no privilegiado que sea relevante para el reclamo o defensa de cualquier parte y proporcional a las necesidades del caso, considerando la cantidad en controversia, la importancia de los problemas en juego…, los recursos de las partes, la importancia del descubrimiento para resolver los problemas y si la carga o el gasto del descubrimiento propuesto supera su probabilidad beneficio.

Anteriormente el tribunal tenía una amplia discreción para castigar la falta de preservación de documentos electrónicos, pero las enmiendas de 2016 definen más claramente las posibles consecuencias como a través de la Regla 37 (e) (1) que proporciona al tribunal una variedad

de instrumentos para abordar las fallas para preservar datos electrónicos incluyendo medidas no mayores que las necesarias para remediar la pérdida de datos guardados electrónicamente *Electronic Stored Information* (ESI).

No vemos tampoco con desdén la evolución de dichas reglas cuando la N° 16 dice:

> 1) *Divulgación inicial*.
> (A) En general. Salvo que esté exento por la Regla 26 (a) (1) (B) o según lo estipulado u ordenado por el tribunal, una parte **debe, sin esperar una solicitud de descubrimiento**, proporcionar a las otras partes:
> (i) el nombre y, si se conoce, la dirección y el número de teléfono de cada **individuo que probablemente tenga información reconocible**, junto con los sujetos de esa información, que la parte reveladora pueda usar para respaldar sus reclamos o defensas, a menos que el uso sea únicamente por juicio político;
> (ii) una copia, o una descripción por categoría y ubicación, de **todos los documentos, información almacenada electrónicamente y cosas tangibles que la parte reveladora tiene en su posesión, custodia o control y puede usar para respaldar sus reclamos o defensas**, a menos que el uso sería únicamente para el juicio político;
> (iii) un **cómputo de cada categoría de daños reclamados por la parte divulgadora**, **que también debe poner a disposición para su inspección y copia** según la Regla 34 los documentos u otro material probatorio, a menos que sea privilegiado o protegido de la divulgación, en el que se basa cada cómputo, incluyendo materiales relacionados con la naturaleza y extensión de las lesiones sufridas; y
> (iv) **para inspección y copia** según la Regla 34, **cualquier acuerdo de seguro bajo el cual una empresa de seguros puede ser responsable de satisfacer todo o parte de una posible sentencia** en la acción o para indemnizar o reembolsar los pagos realizados para satisfacer la sentencia.

Llama la atención que mientras que en Estados Unidos se apuesta por que las partes descubran dentro del proceso la mayor cantidad de

información, incluyendo datos electrónicos, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de España, por ejemplo, prohíbe medidas para mejor proveer[4] con las cuales los jueces oficiosamente podrían practicar pruebas con el objeto de dilucidar dudas al momento de fallar.

Podrá haber quienes digan que el Discovery obstaculiza el proceso pero esta actitud seguramente se deriva de su desconocimiento.Otros dirán que atrasa el proceso pero esto sólo demuestra los abusos que podrían derivarse de su mala utilización, y que no deben ser tolerado por los juzgadores.

La consolidación del Discovery en otras jurisdicciones como en Venezuela podría acabar con algunas discusiones académicas y prácticas al compararlas con el procedimiento civil (Rodríguez, 2017). No debemos perdernos en discusiones semánticas sobre el nombre que se le pueda dar a las instituciones procesales.Lo trascendente es su contenido derivado de las normas que las regulan y la efectividad con la que se puedan utilizar para el beneficio del conocimiento de la verdad.

---

4 54 ATC 354/1991, de 25 de noviembre. Se recomienda la lectura íntegra del citado auto que constituye una ilustrada pieza que medita acerca de la verdad en el proceso civil. 55 STC 149/1987, de 30 de septiembre. 56 art. 282, LEC; art. 377, CPCCN; art. 179, CPC. Cfme. ATC 73/1983, de 23 de febrero. 57 art. 435, LEC. La posición de la LEC 1/2000 es la adecuada desde el punto de vista de la política judicial, del derecho procesal y del derecho constitucional. La iniciativa probatoria del juez rompe el delicado equilibrio de la relación jurídica procesal que supone un tribunal imparcial. Un juez que asumelas cargas procesales de los litigantes, se termina convirtiendo en un no juez. No consideramos con ello que el juez deba asumir una actitud pasiva. El juzgador no es un espectador del proceso, es un sujeto que interviene activamente en la conducción del proceso garantizando la igualdad de los litigantes y asume al sentenciar un protagonismo excluyente. Nos pronunciamos decididamente en contra de las medidas de prueba ordenadas derechamente de oficio. 58 EISNER, Isidoro, Algo más sobre "rebeldía", "carga de la prueba" y "cuestiones de puro derecho", p. 910. 59 el art. 356 del CPCCN regula el contenido y requisitos de la contestación de demanda en el proceso ordinario, indicando que el demandado deberá "... 1) reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso. No estarán sujetos al cumplimiento de la carga precedente, el defensor oficial y el demandado que interviniere en el proceso como sucesor a título universal de quien participó

En Estados Unidos se ha interpretado de manera amplia permitiéndose acceso irrestricto a las fuentes de información. El término asunto no distingue entre lo sustantivo y lo procesal (o erróneamente llamado también adjetivo). Por ejemplo, preguntas acerca de responsabilidad y daños, así como sobre competencia han sido admitidas por los tribunales norteamericanos como claramente divulgables.

Como se podrá apreciar, las modificaciones a las Reglas Federales de Procedimiento Civil de EE. UU. son a nuestro modo de ver provocadoras de ser emuladas por nuestro CPM, con lo cual se confirma que se hace necesario investigar más sobre la evolución del derecho norteamericano para aprender de sus experiencias y su evolución jurídico procesal y jurisprudencial de tal manera que podamos enriquecer más nuestras propias instituciones en general y el Discovery en particular.

CONCLUSIONES

Las pruebas practicadas con anticipación a la audiencia oral en la que se dirimirá una causa impiden que los hechos se desvirtúen o se pierda información relevante, o que su práctica se imposibilite, y buscan conservar las cosas y circunstancias de hecho de la manera más fehaciente posible.

El Discovery constituye un mecanismo eficiente y efectivo así como económico, perspectiva que por sí misma debe servir para promover su utilización al permitir a un abogado saber tanto de un caso (con ciertas limitaciones), como el abogado que representa a la contraparte sabe. Los hechos, opiniones, conclusiones, teorías, y aun el material con que se prepara un proceso están allí para ser investigados permitiendo conocer lo bueno, lo malo y aun lo que podría parecer indiferente pues aquel a quien se presenta se verá precisado a investigar más su propio caso.

La institución fomenta y estimula a ser más diligente y utilizar métodos más económicos de intercambio de información. Su utilización exhaustiva deja pocas razones para decidir continuar con el proceso o terminarlo por transacción o negociación.

Newton descubrió, en otro contexto, que toda ventaja tiene una desventaja. También es así con el Discovery. Puede resultar caro, puede ser lento; puede forzar a la contraparte a prepararse mejor, o a reaccionar también utilizándolo y pueden cometerse abusos.

Pero sus normas no pueden aplicarse de manera automática o mecánica sino que requieren la comprensión de un filósofo legista y la aplicación de un artista jurídico, cualidades que todo abogado litigante debe poner en práctica, correspondiendo a la jurisprudencia irlas moldeando.

El Discovery suministra al abogado amplia oportunidad para descubrir casi cualquier cosa que necesite conocer, y el tribunal tiene la facultad de concederlo o negarlo. La parte que se oponga tiene la carga de la prueba para demostrar por qué no se debe permitir o conceder.

El término asunto a descubrir no distingue entre lo sustantivo o procesal. Por ejemplo, preguntas sobre responsabilidad y daños y competencia han sido admitidas como divulgables. Los tribunales pueden ampliar los límites. Las solicitudes serán conducentes si existe al menos posibilidad que la información pueda ser de relevancia.

Una utilización exhaustiva del procedimiento de Divulgación deja pocas razones a dos abogados sensatos cuya finalidad es satisfacer los mejores intereses de sus clientes en decidir continuar con el proceso o terminarlo por transacción o negociación. El procedimiento que hemos examinado suministra a los abogados amplias oportunidades para descubrir casi cualquier cosa que necesite conocer en un caso.

Al comparar sistemas de procesamiento se observa que en el procedimiento civil los litigantes son soberanos en lo fáctico y el juez debe ceñirse a las afirmaciones de las partes, por lo que tomando en cuenta la doctrina de la carga dinámica de las pruebas, los hechos así probados son vinculantes para el juzgador.[5]

---

[5] Sebastián Márquez Lamená, "La rebeldía como funcional al proceso civil", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 28, Universitat de València, Valencia, año 2012, págs. 1-23. El juez no puede considerar un hecho no sido afirmado por los litigantes ni omitir un hecho afirmado por ambas partes. La realidad del proceso (*quaestio facti*) es la que las partes le presentan. De ahí el adagio *quod non est in actis non est in mundi* construyéndose la verdad relevante al proceso.

Las discusiones semánticas o de denominación de la institución no debe estar en el centro de la discusión sino que ésta debe girar en torno al contenido y efectividad de las normas que la conformen, llámese divulgación, aseguramiento, prueba anticipada, discovery, etc.

No deja de ser importante determinar cuál es el momento en el que se inicia el proceso y si el procedimiento consta de una audiencia oral de fondo porque de lo contrario, es decir, si aún no se ha trabado la *litis* y por tanto se desconoce el objeto del proceso, y si no hay una audiencia oral, difícilmente podremos estar hablando de la misma institución que requiere de ambos elementos para su existencia. Es en la audiencia oral donde se evacuará el resto de pruebas aun no practicadas, que serán pocas si se hizo un uso inteligente y exhaustivo de la institución.

Ya se habla de e-discovery, es decir del método para descubrir los datos electrónicos o información digitalizada con la intención de usarlos como evidencia, pudiendo llevarse a cabo en una computadora o en la red, de donde son difíciles de destruir pudiendo recuperarse, lo cual exige experticia de los sujetos procesales.

El estudio de cualquier institución jurídica (el Discovery no es excepción) siempre irá retrasado al compararlo con los descubrimientos tecnológicos y con la evolución que sufre.De allí que recomendamos mantener un constante estudio comparativo para poner en práctica aquellas modificaciones que hayan demostrado su utilidad en el derecho comparado, especialmente en Estados Unidos donde más se ha desarrollado.

La efectividad de los principios del derecho procesal y de la prueba se ve mediatizada sin mecanismos como el Discovery. Si logramos que sólo esta idea tenga sentido para ustedes, hemos cumplido nuestro propósito.

REFERENCIAS

BENTATA, B. “Avances jurisprudenciales del procedimiento marítimo”. *Libro conmemorativo de X años de legislación acuática venezolana*. Editorial Colson S.A. Caracas, 2011.

BENTATA, B. y CHUMACEIRO, E. *El procedimiento marítimo*. III Congreso de Derecho marítimo. Asociación venezolana de Derecho Marítimo. 2004.

DE LA ROSA, G. "La prueba judicial y práctica del discovery en la Unión Europea". Art. 23 del CLH de 1970. *Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia*. 1970.

FERNÁNDEZ, A. *El procedimiento marítimo venezolano*. Ediciones marítimas venezolanas. Caracas, 2006.

GARCÍA, Rolando, "La necesidad de actualización del Discovery en el procedimiento marítimo", en *Memoria del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, *Revista del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal*, Editorial D'Vinni, Bogotá, 2012.

MÁRQUEZ LAMENÁ, Sebastián, "La rebeldía como funcional al proceso civil", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 28, Universitat de València, Valencia, año 2012.

MATHEUS, C. "Régimen Probatorio en el Procedimiento Marítimo", *Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas*, 2012.

RODRÍGUEZ, Argenis, "La Prueba de Discovery en el Procedimiento Marítimo", *Derecho Marítimo Venezolano*, 2017. Disponible en:

https://derechomaritimovenezolano.wordpress.com/2017/09/02/la-prueba-de-discovery-en-el-procedimiento-maritimo; consultado en fecha: 12 de junio de 2020.

SIMPSON, Reagan, *Civil Discovery and depositions*. *Trial Practice Library*, 2.ª ed., Wiley Law Publications, New York, 1996.

TARUFFO, M. "El proceso civil de "civil law". *Revista Ius et Praxis*, 12 (1): 69 – 94. 2006.

TARUFFO, M. *La prueba. Artículos y conferencias.* Metropolitana, Santiago, 8.

ULLOA, W. "Comentarios sobre la Prueba de Exhibición en la Ley Venezolana de Procedimiento Marítimo". *Derecho Marítimo Iberoamerican,* 2013.

VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1856.

YANNUZZI, S. *Régimen de Pruebas en el derecho marítimo venezolano*.Primeras jornadas de derecho procesal marítimo. Caracas: Gráficas Oregon C.A. Caracas, 2015.

Leyes

Estados Unidos de Norteamérica, *Federal Rules of Civil Procedure*, The Committee on The Judiciary House of Representatives U.S. Government Publishing Office Washington, 2016

La Haya, *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil*, publicado en el BOE, núm. 203, de 25 de agosto de 1987, pág. 26206 a 26221, hecho el 18 de marzo de 1970.

Panamá, *Código de Procedimiento Marítimo de Panamá*, publicado en Gaceta Oficial Digital, lunes 13 de julio de 2009.

Venezuela, *Decreto con fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo de Venezuela*, publicado en la Gaceta Oficial n.° 5.554 extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001

¿EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO VENEZOLANO EXISTE EL *DISCOVERY*?

DR. SALVADOR YANNUZZI.*

SUMARIO

Aclaratoria inicial. 1. ¿Qué es el Discovery? 2. El Discovery y el ordenamiento venezolano. 3. Mecanismos del Discovery. 3.a) La prueba documental. 3.b) Las deposiciones. 4.Conclusiones 5. Bibliografía.

* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

ACLARATORIA INICIAL

Si revisamos el procedimiento civil que nos rige, encontramos que existe un mecanismo establecido en el Código de Procedimiento Civil que tiene por objeto que los litigantes o, inclusive, terceros deban exhibir documentos que se encuentren en su poder, previa intimación, para que los presenten en el juicio, cuya finalidad, en el caso de que la solicitud se haga al contrario, es dejar constancia del contenido de los documentos cuya exhibición fue solicitada y admitida por el tribunal, o tener como cierto su contenido, de acuerdo a lo señalado por el peticionario, bien aportando una copia del documento o afirmando los datos que de él conozca el solicitante, por lo que es necesario que el solicitante aporte una prueba que constituya una presunción grave de que el instrumento se halla o ha hallado en poder del adversario, y agrega la norma la consecuencia de la falta de presentación del instrumento, que es tener como exacto su texto, tal como aparezca en la copia aportada o tener como ciertos los datos afirmados por el solicitante sobre el contenido del documento. En caso de presentarlo, se agregará al expediente, si su poseedor no lo requiere para otros menesteres, o se compulsará y se dejará constancia de su tenor o se reproducirá, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso de que el documento se encuentre en poder de terceros, la normativa no establece las mismas consecuencias, pero podría acarrear una responsabilidad que el interesado en que se aporte el documento al expediente, o se compulse su contenida, estaría en capacidad de exigir, habida cuenta de la obligatoriedad que impone la norma.

Sin embargo, en los dos supuestos planteados, se realiza de manera *intralitem*, ya que no es posible llevarlo a cabo antes del juicio, por las restricciones legales, aunque hemos sostenido que de manera

excepcional podría activarse este mecanismo para conservar un documento que pudiera desaparecer, debido a que quien lo posea podría destruirlo, inclusive, con fundamento en disposiciones legales.[1]

En materia marítima existe también una posibilidad de solicitar exhibiciones de documentos, grabaciones y registros, por lo que cabe preguntarse si ello puede enmarcarse dentro del *Discovery* o *Disclosure*, que se utiliza en países del *Common Law*, especialmente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América.

Por ello, la intención de este trabajo es establecer el alcance del *Discovery*, y si en el Decreto con fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo (en lo adelante El Decreto) está contemplado el uso de este procedimiento para anticipar pruebas entre las partes.

1. ¿QUÉ ES EL *DISCOVERY*?

Si hacemos una revisión del procedimiento civil federal de los Estados Unidos, nos encontramos que previa a la proposición de la demanda, las futuras partes reciben de la contraria, la mayor información sobre los aspectos que se ventilarán en la controversia que se tiene previsto incoar, lo que permite que puedan estar al tanto sobre la certeza y solidez de los argumentos de los futuros litigantes, lo que a su vez -en la mayoría de los casos- les evita alguna sorpresa derivada de los hechos que se discutirían en el juicio. Todo esto se realiza con un procedimiento denominado *Discovery* o *Disclosure*.[2]

¿Cuál es la finalidad de ello? El objetivo de este procedimiento es hacer mucho más fluido el juicio en cierne, debido a que las futuras partes -con ello- asumirán un nivel de conciencia sobre los fundamentos en los que el contrario está proyectando implementar su defensa, lo que les permite reconducir su posición argumentativa, buscar una solución

[1] El artículo 44 del Código de Comercio establece la posibilidad de destruir documentos, por cesar la obligación de conservarlos. Por ello, pensamos que pudiera usarse anticipadamente el mecanismo de la exhibición para resguardar su contenido o el interesado podría accionar por la vía de Amparo Constitucional, ante la amenaza de que se le conculquen derechos tutelados por la Constitución, como lo es el derecho a la prueba lo que conllevaría a la limitación del derecho a la defensa. En este caso, ello permitiría evitar la destrucción del documento que serviría de prueba de un hecho relevante para el juicio.

[2] Regulado en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP*)*.

concertada a la problemática o desistir de proponer el juicio si así lo considerara el futuro demandante, ante su debilidad frente a la fortaleza del futuro adversario.

Ahora bien, ¿qué es el *Discovery*? Carlos Sánchez López lo define como "*el procedimiento procesal a través del cual cada una de las partes puede obtener información de las otras, de cara a concretar el objeto de la controversia, determinar sus posiciones, y recopilar pruebas para el posterior proceso judicial*".[3] De acuerdo a dicha definición, lo relevante del *Discovery* es la posibilidad de pesquisar los elementos en que se van a fundar los contrarios, bien sean las afirmaciones que tienen previsto articular y las pruebas con las que comprobarán esas afirmaciones. De allí que, para el citado autor, los mecanismos más importantes del *Discovery* lo constituyen la aportación de documentos y las *depositions*,[4] los que analizaremos más adelante.

2. EL *DISCOVERY* Y EL ORDENAMIENTO VENEZOLANO

Christian Herrera Petrus[5] expresa que en las regulaciones del *common law*, especialmente en los Estados Unidos, no se exige un vínculo de relevancia tan claro en relación con los hechos alegados al entablarse el procedimiento (en los *pleadings* iniciales) porque estos son meramente indicativos y no delimitan definitivamente el debate procesal. Obviamente que ello contrasta con las disposiciones que regulan el ingreso de las pruebas al proceso en Venezuela, las que deben tener congruencia con los hechos que se debaten en el juicio,[6] de otra manera no serían admisibles, como regla general, y de admitirse por error o duda

[3] Carlos Sánchez López, "Discovery". Tomado de la página web https://sands.legal/blog/que-es-el-discovery/, el 15 de mayo de 2020.

[4] Ibidem.

[5] Christian Herrera Petrus, "Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental". http://afarbit.org/reflexiones-sobre-el-discovery-y-otros-aspectos-probatorios-del-common-law-en-el-arbitraje-internacional-desde-la-perspectiva-del-jurista-continental/?lang=es.

[6] La excepción la constituye el procedimiento laboral en Venezuela, porque la Ley Orgánica de Procedimientos del Trabajo exige que el material probatorio deben aportarlo las partes en la audiencia preliminar, y por disponerlo la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, debe ofrecerse en la instalación de dicha audiencia, cuando aún no se ha contestado la demanda.

sobre la pertinencia, legalidad, conducencia o legitimidad, se desecharía en la sentencia de mérito, si efectivamente estuviera contaminada con algunas de las condiciones indicadas. La excepción la constituye el adelanto de pruebas, mediante el retardo perjudicial por temor fundado de que el hecho pueda modificarse o desaparecer,[7] en razón de que en ese procedimiento no se explanan hechos y se limita a evacuar las pruebas en las que el solicitante pueda tener interés, por lo que no es posible determinar la pertinencia de la prueba que se aspira obtener; solamente el juez que sustancie dicho procedimiento podría pronunciarse sobre la legalidad en algunos casos. También podría anticiparse la captura de un hecho que pudiera tener relevancia, mediante la inspección ocular *extralitem*.[8]

Continúa afirmando Christian Herrera Petrus,[9] que de acuerdo con la *Rule* 26 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, para solicitar el *discovery* a la contraparte o a terceros basta con que el material probatorio buscado "*appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*";[10] nuevamente cabe el comentario realizado acerca de la admisibilidad de los medios de prueba que pretendan utilizar las partes para trasladar los hechos al proceso, de acuerdo a nuestra legislación. En caso de que se tengan dudas sobre la pertinencia de la prueba que se pretende obtener, debe admitirse a fin de no conculcar el derecho de defensa que incumbe a la parte, pero todo esto se desarrolla dentro del proceso; mientras que en el *Discovery*, como afirma Christian Herrera Petrus,[11] la conexión requerida con los hechos alegados de principio es solo tenue. La fijación definitiva de los hechos que configuran la contienda litigiosa se producirá en el juicio, ante juez y jurado,[12] como resultado de la previa exhibición de documentos y demás materiales.[13]

---

7 Procedimiento regulado en los artículos 813 - 818 del Código de Procedimiento Civil.

8 Ver artículos 1428 del Código Civil y 938 del Código de Procedimiento Civil.

9 Christian Herrera Petrus, Ob. Cit.

10 Traduce "pareciera razonablemente calculado para conducir al descubrimiento de evidencia admisible".

11 Christian Herrera Petrus, Ob. Cit.

12 En el sistema judicial venezolano no existe la figura del jurado.

13 Actualmente, en el procedimiento venezolano no se admite la exhibición de cosas, lo que estaba previsto en el Código de Procedimiento Civil anterior. Las disposiciones vigentes

Por ello, es en el juicio propiamente donde se determinará la relevancia de las pruebas.

Entre los beneficios que puede conllevar el *D*iscovery para los que mantienen la discrepancia, señala el citado autor que puede favorecer la igualdad procesal de las partes, evitando o limitando que una se imponga a la otra como consecuencia de sus mayores recursos económicos. Esta conclusión es relativa, porque la circunstancia de que una de las partes tenga una gran capacidad económica no modificaría los hechos, simplemente el *Discovery* permite conocer de antemano en qué elementos basaría la defensa. Obviamente que aquel que tenga mayores posibilidades económicas puede contratar una mejor defensa, en el sentido de que el equipo de abogados sea más avezado que los del contrario, e investigar más detalladamente los hechos. Agrega Herrera Petrus,[14] que como consecuencia de solicitar al contrario todos los materiales relativos a la disputa, impide el despliegue de actuaciones procesales sorpresivas que puedan mediatizar el sentido del veredicto del jurado (en nuestro caso del juez) sobre la base de un golpe de efecto durante el juicio. Como consecuencia de lo anteriormente indicado, es evidente, como lo expresa el autor de referencia, que el *Discovery*, favorece soluciones transadas o negociadas de los conflictos, porque permite a los litigantes evaluar mejor sus posibilidades de éxito en el pleito, al conocer con exhaustividad el material probatorio que valorará el jurado o el juez en los ordenamientos continentales.

De lo reseñado se desprende que en los procedimientos judiciales del *common law* existe una fase preliminar para examinar el material probatorio del contrario que no existe de manera obligatoria en Venezuela, y es bastante improbable que las partes se avengan a realizar un procedimiento extrajudicial en el que muestren el material probatorio, debido a que la cultura de litigio no está diseñada para ello. Es importante destacar que de acuerdo con nuestra legislación se pudieran anticipar algunas pruebas en el caso de que el hecho que se pretenda probar tenga la posibilidad de modificarse o desaparecer, y de no captarse

solamente permiten la exhibición de documentos que estén en posesión de las partes o de terceros.

[14] Christian Herrera Petrus, Ob. Cit.

anticipadamente haría nugatoria o desmejoraría la defensa del interesado en aportar dicha prueba, pero es una actividad que propondría una de las partes, aunque debe citarse al contrario para que tenga la posibilidad de controlar las pruebas que se pretenden evacuar, pero no sería una actividad que realizarían de consuno las futuras partes.

En esa fase preliminar, en el *Discovery*, es una obligación[15] para las partes colaborar recíprocamente, y para los terceros un deber,[16] para la obtención del material probatorio que eventualmente se utilizará en el juicio, cuya inobservancia acarrea severas sanciones para el infractor o el que niegue su cooperación.[17] En el ordenamiento venezolano, si bien está contemplado normativamente el deber de lealtad de las partes, de sus apoderados y abogados asistentes, simplemente les anuncia la existencia de su responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por su actuación temeraria o de mala fe;[18] en consecuencia no se le puede exigir coercitivamente a alguna de las partes en el juicio que colabore con el contrario en la producción de un material probatorio, simplemente el juez puede interpretar de la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, es decir, es una facultad del juez poder fijar el hecho si existieren causas para ello, lo que debe razonar.

En el *Discovery* se pueden distinguir, a grandes rasgos, tres fases, en la primera cada parte debe suministrar al contrario los nombres de las personas que tengan información relevante sobre los hechos relacionados con el juicio; en la segunda fase, recíprocamente, las partes se entregarán información relativa a los peritajes que serán utilizados

---

[15] Entendemos por obligación, los compromisos que se le imponen a las partes derivadas de la relación procesal, cuyo cumplimiento puede exigirse coercitivamente. En el caso del material probatorio, hay situaciones en las que la falta de cooperación de la parte que pueda suministrar la prueba, puede traerle consecuencias desfavorables, como lo es tener por cierto lo afirmado por el solicitante; o la falta de cooperación de una parte, puede permitirle al juez interpretar que la negativa a colaborar, confirma la exactitud de las afirmaciones del contrario.

[16] En nuestra legislación son los compromisos que le corresponden a los terceros con el proceso, que de no cumplirlos se les puede sancionar. Un ejemplo de ello, es el testigo contumaz, a quien se le puede imponer una multa o arresto proporcional.

[17] El objetivo de la sanción es evitar que se incumpla con el suministro de la información.

[18] Ver el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En la Ley Orgánica de Procedimientos Laborales, existe una norma con la misma redacción, pero con el agregado de que el juez puede sancionar al infractor.

durante el juicio; en la tercera fase, las partes se informarán acerca de los nombres de los testigos y de la documentación que será aportada como prueba durante el juicio.

No existe en el ordenamiento venezolano un procedimiento o mecanismo que permita imponer a las partes para que realicen una actividad probatoria determinada y menos que sea anterior a un juicio,[19] salvo que previamente lo hayan establecido ellas mismas, mediante un pacto probatorio,[20] lo que probablemente esté conectado con una relación contractual previa, en la que se estipule un mecanismo de conciliación.[21] En el procedimiento marítimo venezolano, como veremos, las exhibiciones se solicitan después de contestada la demanda y no previamente a la proposición del juicio.

3. MECANISMOS DEL *DISCOVERY*

Tal como se indicó precedentemente, y como lo señala Carlos Sánchez López,[22] los mecanismos esenciales del procedimiento del Discovery están constituidos por la aportación de la prueba documental y por las deposiciones (*depositions*), que corresponden a las actividades que se cumplen en la tercera fase, tal y como se ha indicado anteriormente. Procederemos a continuación a revisar a que se refiere cada una de ellas.

3.a) La prueba documental

El documento por su propia naturaleza hace alusión a una creación humana, ya que siempre va a contener una manifestación del pensa-

[19] La excepción seria el juicio de retardo perjudicial por temor fundado, al que se ha hecho referencia precedentemente.

[20] En Venezuela no existe una regulación para que las partes celebren pactos probatorios en los que se desplacen la carga de la prueba, o se exija de alguna de ellas una actividad determinada para demostrar un hecho. Sin embargo, encontramos normas en que permiten que las partes acuerden evacuar una prueba en la que tengan interés en cualquier estado y grado de la causa (Art. 396 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, estimamos que estos pactos son válidos, siempre y cuando se refieren a derechos disponibles y no hagan más onerosa la carga a quien se le desplaza, siguiendo en ello la normativa italiana.

[21] En el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, existe un mecanismo de conciliación, pero no hay referencia alguna al avance de pruebas o al intercambio de material probatorio.

[22] Carlos Sánchez López, Ob. Cit.

miento, independientemente de la clasificación en que pueda situársele y del soporte que lo contenga.

No existe un acuerdo en la doctrina para conceptualizar al documento, y para tratar de establecer de qué se trata, ubicamos algunas definiciones de documento que podrían enfocarnos para entender qué es la prueba documental. Devis Echandía, expresa que documento es "*toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera*";[23] el citado autor, enuncia que el contenido del documento "*puede ser declarativo – representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías. Por tanto el documento no es siempre un escrito*".[24] Más adelante, Devis señala que "*la inmensa mayoría de los autores, tanto civilistas como penalistas, se deciden por la tesis que nosotros defendemos y consideran el documento como un objeto susceptible de percepción visual, que representa un hecho y tiene, por esto mismo, significación probatoria*".[25] Carlos Viada y Pedro Aragoneses indican que documento es todo "*objeto físico susceptible de ser llevado a la presencia del juez*",[26] lo que obviamente es un concepto muy amplio, ya que todo lo que pueda ser trasladado constituiría un documento. Carnelutti lo define como "*una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho*"; podemos agregar que se trata de un hecho que corresponde a la objetivación del pensamiento que por el documento se puede conocer. Para Antonio Parra Quijano, documento "*es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto*

[23] Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Víctor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981. Pág. 486.

[24] Ibidem.

[25] Ídem. Pág. 491

[26] Carlos Viada – Pedro Aragoneses, *Curso de derecho procesal penal*. Tomo I. Madrid 1968. Pág. 385.

humano"; indiscutiblemente que el documento corresponde a una creación humana mediante la cual se manifiesta el pensamiento.

Ahora bien, la prueba documental puede estar en manos de la parte o de un tercero y no solo nos referimos a la documentación física, ya que en la situación social en la que nos desenvolvemos no es posible interactuar sin sistemas informáticos, por lo que en el *Discovery*, de ser el caso, deben suministrarse bases de datos con los documentos almacenados que contengan información relacionada a lo que se discute, así como establecer las bases o mecanismos para pesquisar información necesaria o relevante para el asunto. No obstante ello, por otra parte, no se puede obviar que en algunos casos, de acuerdo a la legislación venezolana, hay restricciones contempladas en la ley para la divulgación de ciertos documentos o para su uso, supuesto en el cual no pudiera utilizarse en un proceso, salvo que se cumplan con las exigencias establecidas para poder divulgar el contenido del documento. En efecto, existen prohibiciones legales para incorporar a un proceso las cartas misivas, si no constan las autorizaciones del remitente y del destinatario, y de incorporarse se considerarán ilícitas por lo que no podrían usarse en juicio, si no constan las aquiescencias a que se refieren los artículos 1.371, 1.372 y 1.373 del Código Civil, por lo que no deberían darle ingreso al proceso o desecharlas en la sentencia de mérito en el supuesto de que se hubieran admitido.[27] Tampoco podría usarse el mecanismo de la exhibición documental, ya que ello comportaría una violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia, y se trataría de una artimaña a fin de hacer ingresar una misiva al proceso sin que se hubieren otorgado las autorizaciones exigidas por la ley. En ese sentido se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la decisión proferida el 24 de septiembre de 2003,[28] mediante la cual procedió a inadmitir una exhibición documental, por cuanto era un tercero el autor de la carta misiva, y no constar en autos su consentimiento,

[27] Debe recordarse que en Venezuela la admisión de las pruebas es provisoria, en el sentido de que si la prueba promovida no es evidentemente ilegal o impertinente se le da entrada, salvo su apreciación en la sentencia de mérito. Consideramos que ello es aplicable también a la prueba ilegitima y a la inconducente.

[28] Ramírez & Garay. *Jurisprudencia venezolana.* Editorial Ramírez & Garay. Tomo 191. Caracas, Pág. 199. Aproseder en amparo. Sentencia número 2575.

tal como lo dispone el artículo 1372 del Código Civil, lo que nos parece procedente.

Por otra parte, hay informaciones que se encuentran en documentos de terceros que gozan de reserva, y tampoco podrían presentarse en un proceso si no se otorgan las autorizaciones respectivas, como lo serían las correspondientes a las transacciones bancarias, las que para ser divulgadas deben contar con el beneplácito de la Superintendencia de Bancos, de acuerdo a las regulaciones establecidas por dicho Organismo.[29]

También debe señalarse que existen documentos que están amparados por el secreto profesional como es el caso de las historias médicas, los documentos de contabilidad que reposen en los archivos de un profesional de la contaduría, los que no pueden ser divulgados sino a petición de la autoridad competente. En efecto, la Ley del Ejercicio de la Contaduría, en el ordinal 1ª de su artículo 11, prescribe que los contadores públicos deberán observar, en el ejercicio de las actividades que les son propias, las siguientes normas de ética: "*1) Guardar el secreto profesional, quedando en consecuencia prohibida la divulgación de información o la presentación de evidencia alguna obtenida como consecuencia de estas funciones, salvo ante autoridad competente y solo en los casos previstos en otras leyes*"; por lo que constituye una limitante. Otro tanto acontece con los Administradores Comerciales, quienes por mandato legal deben observar el sigilo profesional.

No puede perderse de vista, que pueden encuadrarse en el género documental tanto las filmaciones, fotografías y grabaciones,[30] que en

[29] Hay que aclarar que en la normativa procesal venezolana, las personas jurídicas están obligadas a suministrar información sobre datos o hechos acreditados en documentos, libros, archivos o papeles en general que lleven Bancos, Oficinas Públicas, Sociedades civiles o mercantiles, a requerimiento del tribunal, las que no podrán rehusar a informar invocando causa de reserva. Ver artículo 433 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, por una resolución de la Superintendencia de Bancos de Venezuela, las entidades bancarias no pueden suministrar información alguna hasta que ese Organismo lo autorice, aunque existe una lista de funcionarios que están habilitados para requerir información obviando esa autorización, en la que no se encuentran los tribunales civiles.

[30] No obstante que la tendencia en la doctrina jurisprudencial venezolana es la de otorgarle la condición de prueba libre. Ver sentencia Nº RC00769 del 24 de octubre de 2007, proferida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

algunos casos podrían constituir pruebas válidas,[31] pero en otros casos podrían ser ilegitimas.[32]

Si analizamos el artículo 12 de El Decreto encontramos que se permite tramitar de manera anticipada, a la oportunidad de la sustanciación de pruebas en el procedimiento marítimo, algunos medios de prueba, cuyo presupuesto de procedencia responde al peligro de que desaparezca el medio probatorio;[33] sin embargo, este adelanto probatorio no es previo al juicio, como se apuntó precedentemente, sino que se realiza una vez se ha iniciado el proceso, antes de la audiencia oral que prevé la normativa. Pensamos que la solicitud debe hacerse antes de la audiencia preliminar que corresponde convocar al juez, oportunidad en la cual las partes anunciarán los medios que pretenden utilizar para comprobar las afirmaciones de hecho que hayan realizado.[34] Sin embargo, la prueba documental no está prevista entre las que pueden valerse las partes; pero, de acuerdo a la previsión del artículo 16 de El Decreto permite dejar constancia del contenido del documento en el adelanto de pruebas antes del juicio, mediante la realización de una inspección judicial *extralitem*, la que debe ser instruida por un juez. Por tanto, no comparte de la naturaleza del *Discovery*, en la que no interviene el juez, salvo en algunas circunstancias en las que pudiera haber una desavenencia insalvable entre las partes.

Con respecto a los medios de prueba que pueden sustanciarse antes del juicio tenemos que puede promoverse la inspección judicial para cuya instrucción se aplicará la normativa prevista en el Código de

---

[31] Un ejemplo de ello, es el caso de las grabaciones ordenadas por la normativa legal o las obtenidas con el consentimiento de la persona o aquellas que se hayan realizado de manera voluntaria.

[32] Como serían aquellas obtenidas interceptando las comunicaciones, sin las debidas autorizaciones o aquellas obtenidas violando la privacidad. Sobre este tema puede consultarse a Salvador Yannuzzi. "La Prueba Ilegitima en Venezuela", en *III Jornadas Aníbal Dominici. Derecho Probatorio. Homenaje al Dr. Ricardo Henríquez La Roche.* Talleres Gráficos de Lito Formas. Septiembre 2011.

[33] Consideramos que cuando El Decreto se refiere a la desaparición del "*medio probatorio*", ello constituye un error de concepto, ya que el medio de prueba es el instrumento que la ley le otorga a los sujetos procesales para trasladar el hecho al expediente, que es el que puede modificarse o desaparecer. El medio de prueba este nominado en la ley.

[34] Sobre este aspecto puede consultarse Salvador Yannuzzi. *Régimen de pruebas en el procedimiento marítimo venezolano.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2015.

Procedimiento Civil, con el agregado de que debe citarse a aquel a quien se aspira oponer la inspección, salvo la imposibilidad de llevar a cabo la citación, lo que establecerá el juez, caso en el cual se designará un defensor judicial a fin de atender la evacuación de esa inspección. Igualmente, de acuerdo a la remisión que hace el artículo 3 de El Decreto, consideramos que podría promoverse un Retardo Perjudicial[35] por temor fundado de que el hecho que se pretende probar pueda modificarse o desaparecer por el transcurso del tiempo, pero estimamos que estaría excluida la prueba documental, las pruebas libres y la confesión provocada por el mecanismo de posiciones juradas.[36]

Por tanto, insistimos, no existe en el procedimiento marítimo venezolano, ni en el ordenamiento procesal venezolano, un mecanismo que permita exigir la presentación previa al juicio de la prueba documental que se encuentre en posesión de alguna de las partes o de terceros.[37] Aunque en el artículo 9 de El Decreto se establece la posibilidad de que las partes pueden solicitar al tribunal que ordene a la otra la exhibición de documentos, grabaciones o registros que estén bajo la custodia o control del requerido, no se trata -como afirma un sector de la doctrina- del *Discovery*, porque esta petición se realiza y se instruye *intralitem* y no es previa al juicio. También pueden solicitar las partes, inspección de naves, de mercancías, documentos o cualquier otro objeto que esté relacionado con lo debatido en el juicio, cuya negativa permite al juez extraer las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje, siempre y cuando el motivo fuere injustificado, como lo dispone el artículo 13 de El Decreto[38], pero todo ello se realiza una vez iniciado el juicio.

---

35 Ver nota 8.

36 Sobre este aspecto puede consultarse a Salvador Yannuzzi, *Régimen de pruebas en el procedimiento marítimo venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2015.

37 Hemos hecho referencia a que se puede exigir la presentación a una de las partes de un documento que se halle en poder del adversario. Igualmente, se puede requerir a un tercero la presentación de un documento que se encuentre en su poder, relativo al juicio; pero todo ello se realiza en un acto procesal, en la secuela del juicio, en presencia del juez, por lo que no es extrajudicial, como es el *Discovery*.

38 La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha relacionado la facultad concedida al juez por disposiciones que contengan ese supuesto, con la teoría de los actos propios, que permite extraer conclusiones de la conducta de la parte en el juicio, inclusive en etapa probatoria. Ver sentencia 176 del 20 de mayo de 2010. Compilación de Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay. Tomo 269. Pag. 543.

En consecuencia, consideramos que las exhibiciones e inspecciones a que se refiere El Decreto, no pueden asimilarse al *Discovery* regulado en el *common law*, e insistimos que estas se llevan a cabo dentro del juicio, mientras los mecanismos a los que estamos haciendo referencia se llevan a cabo extrajudicialmente, antes del inicio del juicio, en donde no interviene el juez, salvo en circunstancias muy excepcionales.

3.b) Las deposiciones

Cuando en el *Discovery* se refiere a las deposiciones (*depositions*), está aludiendo a la declaración oral que deben prestar las propias partes o los testigos. Algunos consideran que este mecanismo es de la mayor importancia y utilidad porque permite recoger una significativa información sobre hechos que interesan para el futuro juicio. Estas deposiciones se realizan en una sesión contradictoria, previo el juramento de aquel que debe prestar la declaración, sin la presencia del juez, las que quedan registradas por un medio mecánico de reproducción, declaración que se transcribe posteriormente y esa acta contentiva de la deposición se aporta al juicio. Obviamente que el interrogatorio está relacionado con los hechos objeto de la controversia, que pueden obtenerse de la documentación aportada y que estén vinculados de alguna manera con el que presta la declaración, por lo que de esta se obtienen elementos que pueden servir para tratar de fijar otros hechos adicionales. Sin embargo, el declarante puede abstenerse de contestar las preguntas en las que deba guardar el secreto profesional o que se trate de incriminarlo. Se permite el control de la deposición y el contrario puede hacer las repreguntas que estime convenientes, a los fines de ampliar, aclarar o invalidar el dicho del deponente. Obviamente, que la declaración de los testigos permite a las partes, evaluar el conocimiento que tiene quien expone sobre los hechos o el eventual interés que pudiera tener en las resultas del juicio. Por otra parte, permite a los interesados evaluar la posibilidad de comprobar los hechos, ya que la información que reciban de los testigos les puede permitir acopiar un material probatorio importante para demostrar la veracidad de los hechos que alegarán en el juicio. Otro tanto, se puede señalar de la declaración que presten las partes, ya que le permite al contrario fijar hechos antes del inicio del proceso; sin embargo, es de advertir que en Venezuela no se permite

provocar la confesión de la parte por el mecanismo de las posiciones juradas, sino dentro del juicio, de manera exclusiva. Efectivamente, de manera expresa, está excluida en el procedimiento de retardo perjudicial por temor fundado de que desaparezcan las pruebas.[39]

Si bien el artículo 12 de El Decreto, permite que en el procedimiento marítimo se adelante la deposición de testigos, esto se realiza antes de la audiencia oral, es decir, que ya el procedimiento se ha iniciado, por lo que se llevarán a cabo delante del juez, quien debe juramentar el testigo,[40] y dejar recuerdo de la declaración mediante un medio mecánico, para reproducirla posteriormente en la audiencia oral, pero quien dirigió la prueba fue el juez, dentro de la causa, y todo ello se llevó a cabo en un acto procesal. Igualmente, mediante el procedimiento de retardo perjudicial por temor fundado, puede alguna de las partes anticipar la declaración de un testigo, siempre y cuando existan causas que justifiquen el adelanto de la deposición, pero en este caso también se realiza en un acto procesal, en presencia del juez, lo que constituye una diferencia total con el *Discovery*.

Lo que más se aproxima, en el ordenamiento venezolano, a una deposición como la del *Discovery*, es la que se realiza en materia penal, ante el Fiscal encargado de la investigación, pero no se hace en presencia de la parte contraria y se lleva a cabo ante un funcionario facultado por la ley para tomar la declaración. La aproximación es porque la declaración no se lleva a cabo en un acto procesal.

En consecuencia, las actividades probatorias previstas en el procedimiento marítimo venezolano, necesariamente deben llevarse a cabo con la intervención de un juez, lo que no es propio del *Discovery* cuyas actuaciones se realizan anticipadamente al juicio, y son las partes quienes llevan adelante la sustanciación de las deposiciones y la pesquisa con los documentos que el contrario ha aportado.

---

[39] Debe recordarse que en este procedimiento solamente se limita a evacuar las pruebas promovidas por el solicitante, si el tribunal las admite. No existe relación alguna de hechos, y las posiciones juradas deben formularse con miras a la pertinencia de los hechos que tengan relación con el mérito de la controversia. Al no haberse articulados los hechos por las partes, no podría determinarse si están ajustadas a lo que se va a discutir en el futuro juicio.

[40] En Venezuela es una condición para la validez de la prueba de testigos, que se encuentre debidamente juramentado.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto, en el procedimiento marítimo venezolano no existe la figura del *Discovery,* por lo que las exhibiciones y declaraciones de testigos se realizan una vez iniciado el procedimiento, en presencia del juez, en un acto que este fije al efecto, mientras que en el *Discovery* se realiza de manera anticipada al inicio del procedimiento y no interviene el juez, salvo situaciones muy excepcionales.

En el *Discovery* se le puede exigir a las partes que declaren, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es posible, porque la intención de la declaración de parte es provocar la confesión, cuyo objetivo es fijar los hechos relativos al mérito de la controversia, que sean pertinentes, lo que se determinará cuando los litigantes hayan trabado la litis, al haber contestado la demanda el accionado, oportunidad en la cual se tendrá certeza de los hechos que se están controvirtiendo. En todo caso, las posiciones juradas (mecanismo para provocar la confesión) debe hacerse en un acto procesal, presenciado por el juez de la causa, quien debe juramentar a la parte; mientras que declaración de parte en el *Discovery* es extraprocesal, y no interviene el juez, sino en casos de excepción.

En el ordenamiento venezolano no se permite evacuar de manera anticipada la prueba documental, porque por su naturaleza no desaparece, salvo que se conozca que pueda destruirse o que ha transcurrido el lapso legal para conservarla; por ello, la prueba documental no se anticipa y se aporta en el juicio, a los fines de que el contrario la acepta o proceda a su impugnación por las causales establecidas en la ley. Solamente establece la legislación la posibilidad de que se solicite el reconocimiento de firma extendida en un instrumento privado, caso en el cual se puede tachar de falso y seguir el procedimiento respetivo, pero todo ello dentro de ámbito judicial y no extraprocesal. En cambio, es de la esencia del *Discovery* el mecanismo de la aportación de la prueba documental, antes y fuera del proceso.

Como colofón de lo expuesto, debe concluirse que en el procedimiento marítimo venezolano no existe el *Discovery*.

5. BIBLIOGRAFÍA

HERRERA PETRUS, Christian, "Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental". http://afarbit.org/reflexiones-sobre-el-discovery-y-otros-aspectos-probatorios-del-common-law-en-el-arbitraje-internacional-desde-la-perspectiva-del-jurista-continental/?lang=es.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo II, Víctor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981.

RAMIREZ & GARAY. *Jurisprudencia venezolana.* Tomos 191 y 269. Editorial Ramírez & Garay. Caracas.

_____ Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje.

SÁNCHEZ LÓPEZ, Carlos, "Discovery". Tomado de la página web https://sands.legal/blog/que-es-el-discovery/, el 15 de mayo de 2020.

VIADA, Carlos, y ARAGONESES, Pedro, *Curso de derecho procesal penal*. Tomo I, Madrid, 1968.

PALABRAS CLAVE:

Discovery.
Prueba.
Anticipada.
Documento.
Declaración.

KEY WORDS:

Discovery.
Proof.
Anticipated.
Document.
Statement.

PALABRAS DE CLAUSURA DEL FORO A CARGO DEL DR. LUIS COVA ARRIA, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.*

* Coordinador de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de los Cursos de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Individuo de Número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Páginas: 373-378 ISSN: 0798-1457

Me toca decir unas palabras en este foro, donde nuestros ponentes, con sus brillantes exposiciones y las repuestas a las preguntas, y, - aun con la brevedad que permiten estos eventos virtuales, los cuales han sido una parte positiva de la cuarentena a que nos ha sometido la pandemia del Civid-19- , nos han reseñado un aspecto muy importante del derecho adjetivo de nuestro sistema jurídico de derecho de la navegación.

La herramienta del *Discovery*, aún dentro del "*common law"*, es relativamente nueva, pues en el antiguo derecho inglés no existía y, lo más cercano que había, en la llamada "*equity"* de ese derecho, era el llamado "*Bill of Discovery*", en el cual las partes, previo al juicio, podían intercambiarse cuestionarios escritos.

Fue solo en el siglo XIX, cuando comenzaron a surgir en Inglaterra y varios estados de EE.UU., leyes de *Discovery,* permitiendo a las partes de un juicio, sin la presencia del Juez, tomar declaración a la contraparte o, a testigos, en circunstancias muy limitadas. El mecanismo era complicado, pues la parte que buscaba la declaración de su contraparte o, de un testigo, antes del juicio tenía que obtener una orden judicial demostrando que la persona que deseaba interrogar era de una edad muy avanzada o, con una salud precaria, o que estaba por salir fuera de la jurisdicción territorial del tribunal o, de cualquier manera, no estaría disponible para comparecer ante el tribunal cuando tuviese lugar el juicio. También el ámbito o alcance de las preguntas que se le podían hacer era muy limitado.

Fue en 1938, cuando se promulgó por el Congreso de los EE.UU., la primera *Ley de Discovery*. Desde ese momento, la herramienta fue tomada en las leyes de muchos estados de la Unión y, hoy en día es ampliamente usada en los procedimientos civiles, no sólo en los Estados Unidos, sino en el Reino Unido y la mayoría de los países del *common law*

La prueba más usada con la herramienta del *"Discovery"* en ese sistema legal, es la toma de declaraciones, no solo de las partes mismas, sino también de testigos. No hace falta una orden judicial para tomar esas declaraciones. Basta que la parte que desea tomarlas, notifique a la otra que desea tomarlas, indicando el lugar y la hora en que desea se haga la declaración. La declaración la hace el abogado, sin supervisión de autoridad judicial.

Por lo demás, esas declaraciones no son tomadas en la sala de audiencias de ningún tribunal, sino en las oficinas del abogado que la ha pedido, y ante una persona autorizada para tomarle juramento, no un Juez, usualmente un Notario, e incluso un taquígrafo, legalmente autorizado, de la misma oficina de ese abogado que toma la declaración.

Ese Notario o taquígrafo comienza la declaración poniendo al declarante bajo juramento de decir la verdad y solamente la verdad, como si estuviera ante un Juez. Luego comienza el interrogatorio, en el cual las preguntas que pueden hacerse están limitadas a que sean relevantes al caso presentado en la demanda y no sea *confidencial o privilegiada.*

Después que el testigo ha declarado ante el abogado solicitante de su declaración, el abogado de la otra parte, puede repreguntarlo. Una vez terminada la declaración, las notas taquígrafas son transcritas y entregadas al declarante para su firma, confirmando su autenticidad, pudiendo, si lo pide hacer cambios al final del documento, indicando que la versión final de sus repuestas difiere de las transcritas. Si se niega a firmar, el oficial que le tomo la declaración firma en su lugar, autenticando el documento.

Otra forma del *Discovery,* son las declaraciones hechas por escrito ante un Notario o taquígrafo autorizado. También la inspección de documentos y experticias, sin necesidad de intervención de un Juez, pueden efectuarse con el mecanismo del *Discovery*.

El procedimiento del *Discovery* en el *common law* ha logrado eliminar las sorpresas del juicio, permitiendo a ambas partes estar adecuadamente preparadas para el mismo. Asimismo, ahorran tiempo en los procesos y logran que haya una autocomposición anticipada de juicios.

Pues bien, el Dr. Salvador Yannuzzi, como hemos visto, nos ha dado una repuesta, contundente y clara, negando que esa herramienta

del "***Discovery"*** o, alguna forma de esa herramienta del ***"common law"***, esté admitida en la Ley de Procedimiento Marítimos de Venezuela.

Igualmente, pudimos, conocer con la exposición del Profesor Henry Morian Piñero, cómo se gestó la norma incorporada a nuestra LPM, y, con la del Juez Superior Marítimo, el Profesor Francisco Villaroel, como está regulada y las interpretaciones judiciales que nuestros tribunales marítimos han producido sobre la misma. Tuvimos, asimismo, la oportunidad de oír al primer Juez Marítimo de Panamá, el Profesor Nelson Carreyó, explicándonos esa herramienta de producción de pruebas anticipadas, en el derecho procesal marítimo panameño.

A pesar de la respuesta contundente que el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad católica "Andrés Bello", nos ha dado a la pregunta que se le hiciera, no dejo de reconocer que la norma del artículo 9 de la Ley de Procedimientos Marítimos, es una forma incipiente de *Discovery*, la cual unida con la posibilidad de la reforma de la demanda después la contestación, así como de ésta misma, aun sin haber habido reforma de demanda, es un aspecto que se asemeja a los procedimientos previos del derecho procesal civil de los países anglosajones.

En fin, tuvimos la oportunidad de tratar un tema de nuestro derecho procesal marítimo, de interés también para el derecho procesal civil en general.

Este foro, es el primero que hace nuestra especialización de derecho de la navegación y comercio exterior de la facultad de ciencias jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela, pero no será el último pues tenemos planes de hacer otros sobre temas diversos del derecho de la navegación y del comercio exterior.

Para terminar, le doy las gracias al presidente y al secretario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, doctores Humberto Romero-Muci y Rafael Badell, y a los demás miembros de número de la misma, por el apoyo que no dieron para celebrar este evento.

Igualmente quiero manifestar mi agradecimiento al Profesor José Sabatino Pizzolante, presidente y a los demás miembros del comité ejecutivo de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo por haber también contribuido a la realización de este foro.

No menos importante ha sido el apoyo del director de nuestro Centro de Estudios de Postgrado de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, el Dr. Armando Rodríguez García. Mil gracias, Armando.

No puedo terminar, sin dar nuestro agradecimiento a nuestra moderadora, la Profesora Patricia Martínez de Fortoul, por su excelente moderación, así como al abogado Juan Itriago, Director de Publicaciones y Eventos de la AVDM, quien, en sustitución del Dr. Sabatino, dada su imposibilidad -por razones ajenas a su voluntad - para estar virtualmente aquí presente, pronunciara las palabras de apertura de este foro. Finalmente, también mis gracias, a la Lic. Nathaly Montero y a todos en *Universitas,* por su valiosa colaboración técnica que nos permitió celebrar este foro virtual.

Y, de nuevo, mil gracias Salvador, Francisco, Nelson y Henry, por sus excelentes exposiciones.

Señores, buenas tardes, o, mejor dicho, buenas noches.

VIDEOCONFERENCIA MIGRANTES, PANDEMIA Y POLÍTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 23 DE JULIO DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN AL FORO A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 381-386 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta video conferencia sobre **"Migrantes, pandemia y política en el Derecho Internacional Privado"**, juntamente con el Instituto de Derecho "Tatiana Maekelt" y la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela, bajo el patrocinio tecnológico de ***Fundación Universitas.***

*

La pandemia causada por el Covid-19 tomó a la humanidad por sorpresa. Sus efectos globales nos agobian. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni los científicos, ni los médicos, ni los sistemas de salud. Ni siquiera los gobiernos e instituciones internacionales. Tampoco los trabajadores o los empresarios.

El derecho en particular fue desbordado por la emergencia o por el abuso de medidas exorbitantes empleadas para atenderla. Las diversas áreas del derecho son exigidas por los desafíos de la impredecibilidad y la anormalidad de estas circunstancias fuera del control de los afectados. La pandemia y las cuarentenas perturban a todo tipo de acreedores y de deudores, sea de obligaciones legales o contractuales y por supuesto, también, dejan sentir sus efectos sobre el tráfico jurídico externo.

Lo cierto es que, la pandemia del Covid 19 llegó en mala hora para Venezuela. La cuarentena nos sorprende cuando el estado de derecho y particularmente el control judicial han sido desmantelados. La economía y el sistema de salud están arruinados y confrontan a una población empobrecida, vulnerable a la infección y vapuleada en su dignidad, desmovilizada, subyugada por una dictadura totalitaria y lo que es más desolador, desangrada por la migración masiva de sus habitantes.

Toda esta perturbadora suma de complicaciones alteran la realidad económica y social del venezolano. A ello se añade que, la aparición

abrupta, exponencial de las tecnologías telemáticas que han sustituido los intercambios presenciales impedidos o limitados por las restricciones a la movilidad de las personas, pero de otro, todo ello incrementa las situaciones de interacción con los ordenamientos extranjeros y sus tribunales y con ello la complejidad jurídica de su solución.

**

El tema de esta video conferencia se refiere a las respuestas del derecho internacional privado venezolano ante las situaciones transfronterizas afectadas por la compleja crisis institucional que vive el país, la emergencia sanitaria creada por la pandemia y la diáspora migratoria.

Para darnos repuestas a estas interrogantes hemos reunido a un grupo selecto de especialistas en derecho internacional y derecho internacional privado en particular. La mayoría de profesores de la cátedra de derecho internacional privado y comparado la UCV y de la UCAB. Lo más importante, todos son discípulos dilectos de la inolvidable profesora Tatiana de Maekelt.

La primera intervención estará a cargo del Profesor Dr. Eugenio Hernández-Breton, Individuo de número y expresidente de la ACPS, quien nos dará cuenta de algunos asuntos jurídicos de interés que afectan actualmente a los entes del Estado venezolano o a los venezolanos y que son discutidos ante tribunales extranjeros.

Como dijimos, enfrentamos nuevas situaciones a las que es necesario dar respuesta adaptando los medios existentes de la mejor manera posible. La profesora Claudia Lugo Homquist, nos comentará casos de jurisprudencia extranjera a propósito de los graves riesgos asociados al tema del retorno del menor en casos de sustracción internacional parental, la cual constituye uno de los grandes retos actuales en el contexto de las familias transfronterizas, considerando lo establecido en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

Seguidamente, el profesor José Antonio Briceño, abordará los aspectos más relevantes en materia de jurisdicción sobre relaciones patrimoniales celebradas a través del internet y cómo el uso de la tecnología

puede ayudar a optimizar los procesos de cooperación judicial internacional en sus distintos niveles.

Continuando con los avances tecnológicos, el profesor Luis Ernesto Rodríguez Carrera, nos expondrá los cambios evolutivos que experimenta el arbitraje (sobre todo el arbitraje comercial internacional) en virtud del uso extendido de herramientas tecnológicas, como firmas y comunicaciones electrónicas (o digitales), y las videoconferencias, así como las alertas sobre ciertos peligros y riesgos en caso de que la instrumentalización de tecnologías se realice sin el debido cuido de principios y estándares en el espacio de la solución de controversias por medios electrónicos.

En la misma línea de acción tendremos la intervención del profesor Javier Ochoa, quien identificará fórmulas de cooperación eficientes en materia judicial internacional y, especialmente, en el tema de las pruebas, así como destacar su importancia en un mundo caracterizado actualmente por la globalización, la migración y la pandemia del Covid 19.

Las relaciones de turismo son frecuentemente relaciones de carácter internacional. Relaciones que ponen en contacto un ordenamiento jurídico con otros derechos, debido a la movilidad de las personas entre fronteras. El turismo es un sector económico severamente afectado por una situación cuyos efectos colaterales son aún muy inciertos. La profesora Claudia Madrid Martínez, nos hará una reflexión sobre los principales problemas planteados y las soluciones disponibles, tanto a los contratos internacionales como en los locales sobre relaciones de servicios turísticos.

También las relaciones laborales internacionales han sido contagiadas por la pandemia. Son casos emblemáticos la repatriación al país de origen de trabajadores, la suspensión o no renovación de permisos temporales de trabajo, la limitación de trabajadores extranjeros en las empresas, entre otros. El profesor Andrés Carrasquero Stolk, nos explicará la determinación del Derecho aplicable a los diferentes aspectos jurídicos afectados por el Covid-19 y la interacción entre este Derecho aplicable y las normas de aplicación necesaria o inmediata.

La pretendida salida de Venezuela de la OEA implicó el desconocimiento de importantes tratados de Derecho Internacional Privado interamericano por parte del Poder Judicial venezolano durante los años

2019 y 2020. La Sala de Casación Civil del TSJ dictó sentencias contradictorias en esta materia. Estas últimas fueron acatadas por los tribunales de instancia, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado venezolano ante el incumplimiento de los mencionados tratados. El Prof. Francisco Suárez expondrá los principales datos del problema, así como dará una perspectiva, basada en el derecho internacional, de la continuación de la representación internacional del país por parte del gobierno del presidente encargado de Venezuela, así como de la compleja interacción que ello supone para los tribunales venezolanos.

Finalmente, la profesora Betty Andrade nos hará una descripción de las medidas tributarias internacionales adoptadas frente a la pandemia.

***

Este foro está dedicado a la obra ejemplar de la Profesora Tatiana de Maekelt, Maestra de maestros, Individuo de número y expresidenta de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. **"Una vida dedicada a la Universidad venezolana y a sus estudiantes, al Derecho Internacional Privado y al Derecho Comparado, a la justicia, a la verdad, valiente, sin silencios"**. Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es un privilegio recordarla hoy…. y homenajearla en la voz de sus discípulos.

No puedo terminar estas palabras sin agradecer a todos los ponentes por su participación y muy especialmente al académico Carlos Acedo Sucre por la moderación del evento y a la profesora Claudia Madrid Martínez por su apoyo en la organización de este. Como siempre agradecidos por la impecable asistencia tecnológica de Fundación Universitas.

En nombre de las Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a este video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Muchísimas gracias a todos

Ft. Lauderdale, 23 de julio de 2020

VENEZUELA ANTE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS.*

DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

I. Introducción. II. El caso *Tenaris* ante el *US District Court for the District of Columbia*. III. El caso *Banco Central de Venezuela v. The Governor and Company of The Bank of England* ante la *High Court of England and Wales*. IV. El caso *Rodolfo Enrique Jiménez et al v. Luisa Palacios et al*. ante la *Supreme Court of Delaware*. V. Cierre.

---

* Versión escrita y revisada de la video conferencia dictada en el foro "Migrantes, Pandemia y Política en el Derecho Internacional Privado", realizado el 23 de julio de 2020, en homenaje a la doctora Tatiana B. de Maekelt.

** Individuo de Número; Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 387-394 ISSN: 0798-1457

I. INTRODUCCIÓN

Un gusto compartir con ustedes y estar presente en este homenaje que hoy la Academia de Ciencias Políticas y Sociales le rinde a la profesora Tatiana de Maekelt ¡Siempre en el corazón de todos nosotros!

¿Por qué he querido hablar hoy acerca del tema de Venezuela ante los tribunales extranjeros? Pues porque realmente son muy pocas las oportunidades que tenemos para enterarnos acerca de la actividad litigiosa del Estado venezolano ante tribunales extranjeros. Realmente la información que ha circulado a lo largo del tiempo es muy poca y en los últimos tiempos también ha sido considerablemente restringida. Sin embargo, el Estado venezolano, un monstruo multiforme de mil cabezas, tiene pendiente asuntos litigiosos en muy diversas partes del mundo. Yo he seguido con algún interés estos casos y he identificado por lo menos cuatro jurisdicciones principales en donde hay actividad judicial del Estado venezolano. No me voy a referir a la actividad arbitral sino a la actividad judicial propiamente dicha, en cuatro jurisdicciones, como son los Estados Unidos de América y allí a su vez tanto en jurisdicción federal como en jurisdicción de los estados (y en esta en diferentes estados y en el Distrito de Columbia), en el Reino Unido - particularmente en Inglaterra -, en Suiza y en Francia.

Yo he escogido para esta exposición, y en atención al tiempo que tengo, tres casos: Uno pendiente o mejor dicho objeto de reciente pronunciamiento por parte del *US District Court for the District of Columbia*, una decisión que culmina un proceso, la decisión de 17 de julio de este año 2020, en el asunto *Tenaris*, un caso de ejecución de un laudo CIADI. En segundo lugar, quisiera hacer unas breves referencias a un caso que también recientemente fue objeto de un pronunciamiento, el 2 de julio de 2020, por la Alta Corte de Inglaterra y Gales en el caso del

Banco Central de Venezuela v The Governor and Company of The Bank of England y, finalmente, hacer unos comentarios a otro litigio que tuvo una última decisión ayer mismo, 22 de julio, que está pendiente en el estado de Delaware, ante tribunales del estado de Delaware, en el asunto de *Rodolfo Enrique Jiménez et al v. Luisa Palacios et al*. Ya veremos de que trata, pero me refiero entonces a estos tres asuntos brevemente para destacar esos casos particulares.

Además, todos conocemos que la representación judicial, tanto nivel interno como externo o internacional, de la República, de los intereses de la República, le corresponde al Procurador General de la República. Esto es por disposición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Dejemos esto al margen y ahora entremos en los casos en los cuales vamos a ver asuntos jurídicos que afectan o tienen que ver con la política interna y la política internacional del mundo que impactan a Venezuela y que han sido objeto de pronunciamiento judicial.

II. EL CASO *TENARIS* ANTE EL *US DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA*

El primer caso, el caso *Tenaris*. Se trataba de lo que según el sistema jurídico de los Estados Unidos se refiere como la confirmación de un laudo. Un asunto CIADI en el cual varias empresas demandaron en arbitraje de inversiones a la República venezolana. Este asunto fue decidido con una condenatoria por violación de una serie de tratados bilaterales vigentes para Venezuela y la Unión Belgo-Luxemburguesa, por una parte, y, por la otra, entre Venezuela y Portugal, condenando a Venezuela. Luego surgió el tema de la ejecución de laudo. Se presenta el laudo por los demandantes victoriosos ante un tribunal de los Estados Unidos, ante un tribunal federal, que es el que corresponde en estos casos. El asunto que me interesa destacar hoy es la cuestión planteada con ocasión de la participación de los representantes venezolanos, quienes intervinieron no para objetar o enfrentarse a la ejecución, pero si para cuestionar algunos asuntos interesantes e importantes.

En la legislación de los Estados Unidos, en el sistema de los Estados Unidos, hay una doctrina, la *Merger Doctrine,* respecto de qué

impacto tiene una sentencia judicial sobre un laudo arbitral que es confirmado por una sentencia judicial. Según esta doctrina se entiende que el laudo arbitral se fusiona con la decisión que lo confirma. Para nuestro caso, el asunto importante, el que se discutió en el caso *Tenaris*, es el tema de la tasa de interés aplicable para el período post-laudo. En este asunto el tribunal arbitral que dictó el laudo había condenado al pago de intereses antes del laudo y también condenó al pago de intereses post-laudo. El tema fue cuál era la tasa aplicable al período post-laudo a la luz del *Merger Doctrine*, que es la doctrina de la fusión. El tribunal procedió a dictar su decisión examinando si a la luz de la referida doctrina se aplicaba la tasa de interés establecida en la legislación federal y no la tasa de interés que fijaba el laudo arbitral. Eso entró en una discusión muy interesante y el tribunal consideró que la decisión contenida en el laudo no era suficiente para desechar la aplicación de la tasa de interés establecida en la legislación federal de los Estados Unidos. Es decir, aquí la sentencia del tribunal dejó de lado lo que dijo el laudo o entendió que el laudo no era suficientemente expreso y claro en el asunto y lo sustituyó por la tasa establecida en la legislación federal de los Estados Unidos. Al respecto es interesante también señalar que intervinieron en el juicio no tan solo los representantes del gobierno del presidente Maduro, sino también aquí hubo participación de representantes de lo que se llama el gobierno del presidente Guaidó. Esos son los términos que se utilizaron allá.

III. EL CASO *BANCO CENTRAL DE VENEZUELA V. THE GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF ENGLAND* ANTE LA *HIGH COURT OF ENGLAND AND WALES*

El segundo asunto es el caso decidido hace poco tiempo, el 2 de julio de 2020, por la Alta Corte de Inglaterra y Gales, el caso del Banco Central de Venezuela contra el Gobernador del *Bank of England*, CL-2020-000384. Entre los distintos asuntos que se discutían estaba el tema de la representación, quién actúa por el Banco Central de Venezuela, quiénes son las autoridades del Banco Central de Venezuela, quién tiene legitimidad para representar a Venezuela. Aquí los tribunales ingleses procedieron de acuerdo con la doctrina tradicional entre

ellos, basada en el principio de separación de los poderes y de respeto a la decisión que tome el gobierno en materia de reconocimiento de gobiernos extranjeros. Aquí entró la discusión de si había habido un "des-reconocimiento" o un no reconocimiento de gobierno extranjero y qué era lo había sucedido a través de la declaración del gobierno inglés del 4 de febrero de 2019. El tribunal consideró que el texto utilizado o el lenguaje utilizado por las autoridades ejecutivas británicas en materia de relaciones exteriores era inequívoco y claro - y aquí sigue la expresión muy de la cultura inglesa para expresar estas cosas - y que no provenía de la boca del Oráculo de Delfos, es decir, no era un asunto para romperse uno la cabeza acerca de lo que dijo el gobierno del Reino Unido en ese tema venezolano. Este es un caso que apenas está comenzando si se quiere, porque el *High Court of England and Wales*, a pesar de su nombre, no es sino el tribunal de primera instancia que conoció de este asunto.

IV. EL CASO *RODOLFO ENRIQUE JIMÉNEZ ET AL V. LUISA PALACIOS ET AL.* ANTE LA *SUPREME COURT OF DELAWARE*

El último caso al que me voy a referir es un caso más complejo. Esta -como les dije- fue la última decisión en este asunto, confirmando una decisión anterior, y fue dictada ayer 22 de julio de 2020 por la *Supreme Court of Delaware*, esto es en jurisdicción estadal no jurisdicción federal, como fue el caso *Tenaris* que mencioné al principio de esta conferencia. Este asunto, recién confirmado ayer en el caso de *Rodolfo E. Jiménez et al v. Luisa Palacios et al*, Nr. 399, 2019, tiene que ver con el problema de CITGO y ¿Quién representa a CITGO? ¿Quiénes conforman la Junta Directiva de CITGO? etc. etc. Ayer la Corte Suprema de Delaware confirmó una decisión que había dictado otro tribunal de instancia de Delaware que se llama el *Court of Chancery* el 12 de agosto del 2019, y lo interesante también es que a todas estas, a pesar de la pandemia, a pesar de lo grave que esto ha sido allá en los Estados Unidos, todos estos asuntos han continuado su curso y han sido objeto de decisión. En este último caso hubo tres asuntos a considerar, a saber: Uno, la aplicación de la doctrina de la cuestión política o *Political*

Question; Dos, la aplicación de la doctrina del acto de Estado o *Act of State Doctrine*, para después, y Tres, analizar en último lugar quién conforma la junta de CITGO. Ahora bien, ¿Por qué litigar estos temas en el estado de Delaware? Resulta ser que CITGO y todas estas otras compañías relacionadas fueron constituidas en el estado de Delaware y ante esos tribunales es que debía discutirse o fue planteada esta cuestión para discutir quién tiene la representación societaria de estos entes.

El tribunal aquí comenzó por aplicar la doctrina de la cuestión política o de la *Political Question Doctrine* y basado en la doctrina de la separación de poderes dijo que la decisión del Presidente de los Estados Unidos, tomada por las razones que haya considerado, no son revisables en esta materia de política exterior. Es decir, la decisión del presidente Trump -él habrá hecho su propia valoración de la situación - la respeta este tribunal-. Entonces no es justiciable ese primer asunto por ser una cuestión política. La *Political Question* está fuera de la revisión de los poderes de los tribunales tanto a nivel estadal como federal. En segundo lugar, aplicó la conocida doctrina del acto de Estado o *Act of State Doctrine*. ¿Qué significa aquí la doctrina del acto de Estado? Esta doctrina establece que los actos adoptados por un soberano dentro de su propio territorio no son revisables por los tribunales de los Estados Unidos. ¿Qué significa esto que los actos de estado adoptados por quien se considera en este caso para los Estados Unidos el Presidente de Venezuela no son revisables ante los tribunales de los Estados Unidos? Significa que tales actos están fuera de la discusión judicial y aquí no se trata de aplicar o no el derecho venezolano, si se aplicó bien o no el derecho venezolano. Simplemente dijo el tribunal que la doctrina del acto de Estado impide a los tribunales de los Estados Unidos entrar a considerar la legalidad del acto adoptado por quienquiera que sea gobierno extranjero de conformidad con las decisiones del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, y después de haber adoptado eso vino el tercer punto ¿Quién es la Junta? y a continuación el tema de si las decisiones adoptadas para el nombramiento de esas personas que ocupan esa Junta constituyen actuaciones extraterritoriales respecto de los Estados Unidos. El tribunal sostuvo que el acto fue adoptado en Venezuela y aunque tenga efecto en los Estados Unidos sigue siendo un acto territorial adoptado - para los Estados Unidos - de conformidad con

quien ejerce las funciones ejecutivas en Venezuela. Este es un asunto bien interesante por las consideraciones tanto desde el punto de vista de Derecho Constitucional como desde el punto de vista de Derecho Internacional, en la forma en que estos asuntos son entendidos en los Estados Unidos, fundamentalmente a través de la doctrina desarrollada por sus tribunales.

V. CIERRE

Dicho esto, termino la exposición. Estos casos son simplemente una muestra de una cantidad de juicios que tiene pendiente Venezuela ante tribunales extranjeros, pero hoy solamente me remití a tres, dos en los Estados Unidos y uno en el Reino Unido.

LITIGIO INTERNACIONAL Y TECNOLOGÍA.

PROF. JOSÉ ANTONIO BRICEÑO LABORÍ*

SUMARIO

I. Introducción y Delimitación del Tema. II. Términos y condiciones de páginas web. III. Responsabilidad civil por daños sufridos a través de la Internet. IV. Forum rei sitae y bienes digitales. V. Problemas derivados de las relaciones jurídicas que involucran la tecnología de cadena de bloques. VI. ¿Nuevos criterios para nuevas personas? VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía

* Abogado, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado (UCV y UCAB). Ejerce el Derecho en ESCG Abogados, S.C. Email: jabricenol@outlook.com

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 395-412 ISSN: 0798-1457

El texto que abajo se presenta está basado en la ponencia oral rendida virtualmente el pasado 23 de julio de 2020 en el marco del evento "Migrantes, Pandemia y Política en el Derecho Internacional Privado", organizado conjuntamente por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela y el Instituto de Derecho "Tatiana Maekelt". No obstante, se han complementado ciertas secciones de la ponencia, para una mejor comprensión del tema. Agradezco nuevamente a los organizadores por la invitación a este evento.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

Para el evento de hoy me corresponde desarrollar el tema "Litigio Internacional y Tecnología". Si bien bajo este título podrían incluirse temas como la relación entre la tecnología y los problemas de jurisdicción, cooperación judicial internacional, tratamiento procesal del Derecho extranjero y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, yo he decidido concentrarme en el tema de la jurisdicción. Por ello, he planteado cinco problemas que involucran a la institución de la jurisdicción en el Derecho Internacional Privado con la Internet y las nuevas tecnologías.

Así, abarcaré en esta oportunidad los asuntos relativos a los términos y condiciones de las páginas web, la responsabilidad civil por daños sufridos a través de la internet, la aplicación del criterio del *forum rei sitae* ante supuestos que involucren bienes digitales, los problemas derivados de las relaciones jurídicas que involucran la tecnología de cadena de bloques y, finalmente, cómo el desarrollo de la inteligencia artificial podría generar la necesidad de reevaluar y ampliar los criterios personales existentes.

II. TÉRMINOS Y CONDICIONES DE PÁGINAS WEB

La mayoría de los servicios que utilizamos en línea, sean de correo electrónico (como *Outlook* o *Gmail*), de comercio electrónico (como *Amazon*, *Alibaba* o *eBay*), redes sociales (como *Facebook, Twitter* o *Instagram*) de videoconferencias (como *Zoom*) o de reproducción de contenido vía *streaming* (como *Spotify* o *Netflix*) regulan la relación entre los dueños de las plataformas y sus usuarios a través de términos y condiciones generales. La mayoría de estos instrumentos, por no decir la casi totalidad, incluyen cláusulas de elección de derecho aplicable[1] y, desde el punto de vista de la resolución de disputas, cláusulas de elección de foro[2] o cláusulas de arbitraje[3]. La relación entre los dueños

---

1 *Outlook*: el Contrato de Servicios de Microsoft, instrumento que regula todo lo relativo al uso de los productos, sitios web y servicios de Microsoft, incluyendo *Outlook*, prevé para los usuarios de Norteamérica y Sudamérica, fuera establece que la interpretación y los reclamos por incumplimiento derivados de dicho contrato se rigen por las leyes del estado de Washington, Estados Unidos de América y que, de resto, las leyes del país al que dirigen sus servicios regirá los demás reclamos (incluyendo los reclamos por protección del consumidor, competencia desleal y daño extracontractual) (cláusula 10.c. Consultado en https://bit.ly/2FumbwS). *Amazon*: En el caso de *Amazon*, sus Condiciones de Uso en los Estados Unidos, establecen igualmente como Derecho aplicable el del estado de Washington, Estados Unidos de América (consultadas en https://amzn.to/2FzsXkI). *Alibaba*: los Términos de uso e información legal de *Alibaba* establecen que, para los usuarios que se encuentren fuera de la China Continental, dichos términos se regirán por las leyes de Hong Kong (cláusula 12.7. Consultados en https://bit.ly/3ml1Uun). *eBay*: el Acuerdo de Usuario de *eBay* establece como Derecho aplicable el del estado de Utah, Estados Unidos de América (cláusula 18.A. Consultado en: https://ebay.to/2FAOqcZ). *Netflix*: los Términos de Uso de *Netflix* establecen como Derecho aplicable el de los Países Bajos (cláusula 8.1. Consultados en https://bit.ly/33iLQAA). Finalmente, se destaca que las las Condiciones de Servicio de *Google*, que rige el producto *Gmail* (consultadas en https://bit.ly/2ZwdUzG), las Condiciones de Uso de *Facebook* (cláusula 4.4. Consultadas en: https://bit.ly/33mzMi4), los Términos de Servicios de *Twitter* (cláusula 6. Consultados en: https://bit.ly/3kech1s), las Condiciones de Uso de *Instagram* (consultadas en https://bit.ly/2ZxLGV7), los Términos del Servicio de *Zoom* (cláusula 20.1. Consultados en https://bit.ly/33qjNPR) y los Términos y Condiciones de Uso de *Spotify* (cláusula 24.2. Consultados en https://spoti.fi/2RphyXE) establecen como Derecho aplicable el del estado de California, Estados Unidos de América. Todos estos instrumentos (salvo el de *Netflix*) coinciden en expresar que no se incluye dentro del Derecho aplicable las normas de Derecho Internacional Privado de cada uno de los ordenamientos elegidos. Todos los links indicados en esta nota fueron revisados el 13 de agosto de 2020.

2 *Outlook*: para los usuarios que se encuentren fuera de Europa, Oriente Medio y África, el foro elegido como jurisdicción exclusiva y foro competente es el de Luxemburgo (encabezado de la cláusula 10). *Gmail*: además de lo indicado en la nota anterior, las Condiciones de Servicio de *Google* establecen como foro competente el del condado de Santa Clara, California, salvo que la legislación local aplicable a la relación (la del usuario) prohíba resolver

de las plataformas y los usuarios se forma a través de los llamados contratos *click-wrap*, en donde el consentimiento de las partes se configura mediante una oferta de la empresa dueña de la plataforma y de la aceptación del usuario con solo hacer clic y aceptar los términos y condiciones previstos, lo que regularmente ocurre al momento de crear el usuario en la plataforma específica[4]. Respecto de estos contratos es necesario indicar lo siguiente:

1. Cuando hablamos de los términos y condiciones de servicios web como los indicados anteriormente, estamos hablando de contratos de adhesión de carácter internacional[5]. Su internacionalidad puede derivarse tanto de criterios jurídicos (como por ejemplo lugar de establecimiento o lugar de domicilio de las partes) como de criterios

---

ciertas disputas ante dicho tribunal, caso en el cual el usuario podrá plantear el litigio ante sus tribunales locales. *Facebook*: las Condiciones de Uso de *Facebook* establecen como tribunales competentes los siguientes: en primer lugar, el Tribunal Federal del Distrito Norte de California de los Estados Unidos y, en segundo lugar, cualquier tribunal estatal ubicado en el condado de San Mateo (cláusula 4.4). *Twitter*: los Términos de Servicios *Twitter* establecen como regla general que el foro competente está constituido por los tribunales federales o estatales del Condado de San Francisco, California, Estados Unidos (cláusula 6). *Instagram*: las Condiciones de Uso de Instagram establecen que el foro competente está compuesto por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Norte de California o por cualquier Tribunal Estatal ubicado en el Condado de San Mateo. *Zoom*: los Términos del Servicio de *Zoom* establecen que todo aquello que no esté cubierto por la cláusula de arbitraje dispuesta en el Anexo B, quedará sometido a los Tribunales Estatales del Condado de Santa Clara, California y los Tribunales Federales del Distrito Norte de California (cláusula 20.1). *Spotify*: los Términos y Condiciones de Uso de *Spotify* establecen como jurisdicción competente la del Distrito de California, para aquellos usuarios que se encuentren fuera de los Estados Unidos (cláusula 24.2). Todas estas cláusulas fueron revisadas en los links indicados en la nota 1, en la misma fecha.

3 Las Condiciones de Uso de *Amazon*, el Acuerdo de Usuario de *ebay* (cláusula 18.B), los Términos del Servicio de *Zoom* (Anexo B) y los Términos de Condiciones de Uso de *Spotify* (cláusula 24.2.4, solo para los usuarios dentro de los Estados Unidos) establecen como mecanismo de resolución de disputas el del arbitraje institucional administrado por la *American Arbitration Association*). Todas estas cláusulas fueron revisadas en los links indicados en la nota 1, en la misma fecha.

4 En el mismo sentido Claudia Madrid Martínez, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado venezolano", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13, Edición homenaje a James Otis Rodner S., 2020, pp. 208-209. Disponible en: https://bit.ly/2ZxRf5X (Consultado el 13 de agosto de 2020).

5 *Vid*., Claudia Madrid Martínez, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado venezolano", *ob.cit.*, pp. 210-211.

económicos, dado el alcance mundial que tienen la mayoría de estos servicios[6]. Esto plantea que los usuarios no puedan libremente negociar su relación con los dueños de la plataforma, sino limitarse (salvo contadas excepciones) a aceptar o rechazar sus condiciones. Por ejemplo, si un usuario no acepta los términos y condiciones que prevé *Facebook*, no podrá tener acceso a servicios como la propia red social de mismo nombre, al igual que a *Instagram* o a *WhatsApp*, dado que todas estas plataformas son propiedad de la mencionada compañía.

2. Dada la naturaleza de contrato de adhesión que tienen los instrumentos bajo estudio, se plantea la siguiente duda: ¿son válidas las cláusulas de elección de foro incluidas en ellos? Desde el punto de vista formal la respuesta es afirmativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado[7], aplicado de forma analógica, en concordancia con el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas[8], que establece en nuestro ordenamiento el principio de equivalencia funcional. No obstante, el problema aquí no versa sobre la forma, sino sobre la cualidad de las partes involucradas. En los servicios web más utilizados tenemos normalmente de un lado a compañías de alto calibre y de gran capacidad económica y del otro a usuarios (consumidores o empresas con menor poder de negociación) en una posición de debilidad, lo que puede resultar en que estas cláusulas se califiquen como abusivas, cuando a obligan a estas personas a litigar en un foro distinto a aquel donde están domiciliados[9].

---

6 Sobre la internacionalidad de las relaciones jurídicas ver Claudia Madrid Martínez, "La relación jurídica internacional. Repensando el objeto del Derecho internacional privado desde la perspectiva venezolana", en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*. CEDEP, ASADIP, Mizrachi & Pujol, Asunción, 2015, pp. 15-35.

7 Venezuela. *Ley de Derecho Internacional Privado*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.511 del 06 de agosto de 1998: *"Artículo 44. La sumisión expresa debe constar por escrito"*.

8 Venezuela. *Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas*, publicada en Gaceta Oficial No. 37.076 del 13 de diciembre de 2000: "*Artículo 4. Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.*
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".

9 En el mismo sentido, Claudia Madrid Martínez, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado venezolano", *ob.cit.*, p. 211.

3. En vista de lo anterior, ¿qué remedios existen frente a esta situación? Pues aquí podemos plantear dos casos: cuando la cláusula de elección de foro se alega como excepción al ejercicio de la jurisdicción y cuando la cláusula de elección de foro es la base para que nuestros tribunales asuman jurisdicción. A continuación, explicaremos brevemente cada uno de estos casos:

A. Cuando la cláusula de elección de foro se alega como excepción al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la defensa que tiene disponible el usuario es alegar la inderogabilidad de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, de conformidad con el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado[10]. Ante la ausencia de normas específicas de protección a los consumidores en las relaciones internacionales, la profesora Claudia Madrid Martínez[11] es de la opinión, con la cual concuerdo, de que es posible establecer un foro de protección a través del supuesto de inderogabilidad referido al orden público, especialmente cuando obligar al consumidor a litigar en el foro elegido puede implicar cargas excesivas que vayan en contra de los derechos a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[12].

Además, hay una protección adicional de la que puede beneficiarse el usuario, dado que según nuestra jurisprudencia el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción está limitado en el

---

[10] *"Artículo 47. La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano".*

[11] Claudia Madrid Martínez, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado venezolano", *ob.cit.*, pp. 230-232.

[12] [12] Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 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.*
El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

caso de los contratos de adhesión, según lo que expresa el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, aplicado analógicamente[13]. Partiendo de esta norma, la manifestación de voluntad de las partes de someterse a una jurisdicción extranjera mediante un acuerdo de elección de foro, deberá hacerse de forma expresa e independiente al contrato de adhesión, esto es, a los términos y condiciones establecidos en la plataforma web determinada. Esto ha sido especialmente planteado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia No. 01252 del 30 de mayo de 2000 (caso: *Corporación El Gran Blanco, C.A. c. Nedlloyd Lijnen, B.V. y Otra*)[14], siendo confirmado ello por la Sentencia No. 01761 del 18 de noviembre de 2003 (caso: *Gilberto Correa c. Dresdner Bank Lateinamerika A.G. y Otros*)[15].

B. Ahora, es también interesante la otra cara de la moneda, es decir, cuando el consumidor está domiciliado en el extranjero y el dueño de la plataforma demanda a dicho usuario ante los tribunales venezolanos, basándose en una cláusula de elección de foro establecida en sus términos y condiciones. En este supuesto pareciera que el usuario no tiene más alegato que lo indicado en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, aplicado analógicamente, en vista de que aquí no se involucra propiamente el orden público venezolano y lo más seguro es que nuestros tribunales no entren a defender los intereses de un foro extranjero de proteger a los consumidores domiciliados en su territorio.

Si bien tenemos actualmente algunas normas con las que podemos establecer un régimen de protección a los consumidores, lo ideal sería que en el futuro se retomara la regulación expresa y particular de los derechos del consumidor, tanto para las situaciones meramente domésticas como para aquellas que, como los casos que hemos planteado, tienen carácter internacional.

---

[13] Venezuela. *Ley de Arbitraje Comercial*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.430 del 07 de abril de 1998: *"Artículo 6. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*
En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente".

[14] Consultada en: https://bit.ly/32oC9S7. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2020.

[15] Consultada en: https://bit.ly/33o5bk5. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2020.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS SUFRIDOS A TRAVÉS DE LA INTERNET

Con la responsabilidad civil por daños sufridos a través de la internet surge una cuestión muy particular, dado que la ubicuidad de los medios digitales tiene la capacidad de potenciar la propagación de los daños. Pensemos en la lesión al honor y los demás derechos de la personalidad mediante publicaciones en redes sociales que se vuelven virales incluso más allá de la jurisdicción de la persona objeto de la publicación, la afectación del derecho a la privacidad de los datos, la lesión a la propiedad intelectual o al derecho de autor o incluso daños sufridos a partir de la publicación en línea de noticias falsas (*fake news*). Todas estas situaciones involucran información que puede ser accesible en cualquier parte del mundo. Se presenta entonces la cuestión de dónde se entiende verificado el hecho dañoso o sus consecuencias a los fines de determinar la jurisdicción.

Para los asuntos de responsabilidad civil extracontractual, además del criterio del domicilio del demandado, tenemos en nuestro ordenamiento jurídico el criterio del lugar de verificación de los hechos o *forum delicti commissi* establecido en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado[16]. Sobre esta norma se indica regularmente que es de interpretación amplia, esto es, que abarca tanto el lugar donde se produjo la causa generadora del daño, como el lugar donde se verifiquen los efectos del daño, siguiéndose así la línea marcada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia del 30 de noviembre de 1976 (asunto C-21/76, caso: *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. y Fondation Reinwater c. Mines de pótasse d'Alsace SA*)[17] en donde se interpretó en el sentido expresado una norma del Convenio del

---

[16] *"Artículo 40. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial.*
(...)
2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio;
(...)".

[17] Disponible en: https://bit.ly/3mlvLTt. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2020.

27 de septiembre de 1968 sobre la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (Convenio de Bruselas)[18]. Si bien ello es cierto, respecto de los casos particulares que comento considero que será necesario resolver los siguientes aspectos:

1. El primero es el de la concretización del criterio. Ante una situación como las planteadas al inicio de este punto, ¿cuándo se entendería que la causa generadora del daño se ha verificado en Venezuela? Se podría plantear que, por ejemplo, si la información o el hecho se cometió usando una dirección IP (o dirección de protocolo de internet) venezolana, se entiende que el hecho generador se hizo en Venezuela, pero ello es discutible. En primer lugar, porque existen aplicaciones y servicios que ofrecen máscaras de red o VPNs (*Virtual Private Network*), mediante las cuales se puede simular que se tiene una dirección IP de cualquier país del mundo, con lo que tal criterio no sería confiable. Además, en virtud de la arquitectura cliente-servidor en la que están basados la mayoría de los servicios web, la publicación de contenido normalmente pasa primero por un servidor que puede estar localizado en un lugar distinto de aquel en donde se encuentra el usuario.

Lo mismo se plantea desde el otro punto de vista, el del lugar donde se verifiquen los efectos del daño. ¿Si la información publicada en un sitio web es accesible en Venezuela eso quiere decir que ya nuestro puede entenderse como un lugar donde se han verificado los hechos del daño? Una respuesta afirmativa a la ligera no parece correcta, dado que en tal caso no se estaría asumiendo jurisdicción con base a un principio capital en nuestro sistema: el principio de proximidad razonable.

2. El segundo aspecto es el del alcance de la jurisdicción, es decir, si la persona lesionada puede solicitar una indemnización integral o si solo pueden demandar los daños que efectivamente se hayan verificado en nuestro territorio teniendo, por ende, que acreditarlos y probarlos para que ellos sean determinables por el juez.

---

[18] Claudia Madrid Martínez, "Criterios Atributivos de Jurisdicción en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado", en *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*. Coordinadoras: Tatiana B. de Maekelt, Haydée Barrios, Zhandra Marín Vargas, Maritza Méndez Zambrano. Serie Estudios No. 88. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, Caracas, 2010, pp. 145-146.

Si bien esto no ha sido estudiado hasta ahora por nuestra jurisprudencia ni por nuestra doctrina, nos puede servir de ejemplo el criterio que ha ido desarrollando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ejemplo, en la Sentencia del 25 de octubre de 2011 (asuntos C-509/09 y C-161/10, casos: *eDate Advertising GmbH c. X y Olivier Martínez y Robert Martínez c. MGN Limited*)[19], el Tribunal indicó que el artículo 5, número 3 del Reglamento (CE) No. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Comercial[20], debía interpretarse en el sentido de que *"en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido"*. Aquí ofrecían una respuesta tanto para la concretización del criterio de jurisdicción como para el alcance de la jurisdicción. No obstante, lo relativo al lugar de donde sea o haya sido accesible la información ha sido planteada en el sentido contrario por el propio Tribunal en un caso posterior.

En la Sentencia del 17 de octubre de 2017 (asunto C-194/16, caso: *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB*), en donde

---

[19] Disponible en: https://bit.ly/3htPtsw. Consultado el 13 de agosto de 2020.

[20] *"Artículo 5*
Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:
(...)
3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso
(...)". Disponible en: https://bit.ly/33nij9b. Consultada el 13 de agosto de 2020.

se discutía la vulneración de los derechos de una persona jurídica mediante la publicación en internet de información supuestamente inexacta sobre ella y la no supresión de comentarios que la afectan, el Tribunal estableció dos interpretaciones que interesan a nuestros efectos: (i) en primer lugar que el artículo 7, punto 2, del Reglamento (UE) No. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil[21] debía interpretarse en el sentido *"de que una persona jurídica, que afirma que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad, puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de dicha información, la supresión de esos comentarios y la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido ante los tribunales del Estado miembro en que se halla su centro de intereses"* y que en cuando la persona jurídica ejerciese la mayor parte de sus actividades en un Estado miembro distinto del de su domicilio *"esta persona jurídica puede, basándose en el lugar en que se ha materializado el daño, demandar en ese otro Estado miembro al presunto autor de la lesión"*; y (ii) en segundo lugar, que el mencionado artículo debía interpretarse en el sentido de que *"una persona que alega que la publicación de información inexacta en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad no puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de esa información y la supresión de esos comentarios ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible"*. Esta última interpretación es notable, dado que va en una dirección distinta al del caso anteriormente

---

[21] *"Artículo 7*
Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:
(...)
3) si se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil;
(...)". Disponible en: https://bit.ly/33nOSDL. Consultado el 13 de agosto de 2020.

planteado. No obstante, falta por ver si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante un caso propio de responsabilidad civil mantendrá la misma interpretación.

En tal sentido, interesará ver el desenlace de la solicitud de decisión prejudicial que recientemente ha planteado la Corte de Casación francesa en un caso de competencia desleal derivada de difamación en línea (*Gtflix Tv c. MX*[22]), en donde se discute especialmente la jurisdicción para conocer la petición de indemnización financiera por los daños causados. En resumen, se plantea si debe aplicarse el criterio del caso *eDate* que permite la fragmentación de la jurisdicción en virtud de los lugares en donde la información estuvo disponible, o si debe aplicarse el criterio del caso *Bolagsupplysningen*, que va en contra de tal posibilidad. Es de considerar que la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interesará igualmente para los casos puros de responsabilidad civil, en vista de los puntos planteados por la Corte de Casación Francesa.

Como vemos, la interpretación dada al criterio del *forum delicti commissi*, plenamente aplicable a supuestos donde existen conexiones con el mundo real, debe ser adaptada y, de ser necesario, modificada, para aquellos casos en donde el medio a través del cual se ha perpetrado y sufrido principalmente el daño es la internet. En vista de la naturaleza ubicua de los datos y contenidos colgados en la internet y su alcance de difusión, es necesario establecer criterios claros que sean conformes al principio de proximidad razonable.

IV. *FORUM REI SITAE* Y BIENES DIGITALES

En materia de disposición y tenencia de bienes muebles e inmuebles, el numeral 1 del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado prevé el criterio del lugar de ubicación de los bienes, también conocido como *forum rei sitae*[23]. Si bien a primera vista este criterio no

[22] Decisión disponible en: https://bit.ly/35BlM6C. Consultada el 13 de agosto de 2020.

[23] *"Artículo 40. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial:*

1. Cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República;

(...)".

pareciera plantear mayor problema, considero necesario determinar un criterio claro para establecer el lugar de situación de bienes digitales. Por ejemplo, imaginemos el caso de una persona domiciliada en Caracas, Venezuela, que demanda a otra domiciliada en Miami, Estados Unidos de América, litigio en el cual se discute la posesión o tenencia de una cuenta de *Instagram*, con más de 5 millones de seguidores y con la cual el demandante había podido lograr la licencia para publicitar algunas marcas importantes. Ante tal caso, ¿dónde debe entenderse ubicado el bien para los efectos de determinar la jurisdicción con base en el criterio del *forum rei sitae*? Recordemos que, al no definir la Ley de Derecho Internacional Privado lo que se entiende por lugar de situación de los bienes[24], especialmente en lo que respecta a los bienes muebles, en nuestro sistema se acude a los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, en donde son relevantes los artículos 106 al 110 del Código Bustamante. En tal virtud, nuestros tribunales tendrán dos opciones:

1. Determinar objetivamente el lugar de la situación del bien digital de que se trate. Esto sería ciertamente complicado si el bien no tiene ningún tipo de contacto con el mundo real. De igual forma, sería difícil establecer dicho lugar de ubicación a partir del lugar en donde esté ubicado el servidor que aloja el bien, dado que en muy pocos casos se consideraría entonces que nuestros tribunales tienen jurisdicción para conocer estos asuntos, además de que la localización de un bien digital en un servidor no es fija e invariable, sino más bien dinámica.

2. Concretizar el criterio a partir de un factor subjetivo: el domicilio del propietario o tenedor cuando este lugar esté ubicado en Venezuela. Esta pareciera ser la opción más conforme con el principio de proximidad en materia de jurisdicción, dado que si el bien está en un ambiente en donde su localización objetiva es complicada, su única conexión con el mundo real: su propietario o tenedor, puede ayudar a aterrizar el criterio en un lugar determinado.

[24] Claudia Madrid Martínez, "Criterios Atributivos de Jurisdicción en el Sistema Venezolano

V. PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS QUE INVOLUCRAN LA TECNOLOGÍA DE CADENA DE BLOQUES

Tal como lo hemos expresado en anteriores oportunidades[25], la cadena de bloques es un récord de transacciones distribuido en una red de usuarios que funciona bajo la arquitectura par-a-par (*peer-to-peer* o *P2P*) en el que la información es almacenada de forma permanente y casi inalterable mediante el uso de técnicas criptográficas. Esta tiene por características ser una red distribuida, de carácter transnacional, altamente resistente al fraude, que funciona bajo un esquema de pseudoanonimidad, cuya seguridad descansa en el uso de la criptografía y cuya gobernanza descansa en el uso de mecanismos de consenso[26].

Ahora bien, las dificultades que pueden plantear las relaciones jurídicas que involucran la tecnología de cadena de bloques, al menos aquellas denominadas públicas[27], se derivan propiamente del hecho de su distribución, deslocalización y carencia de una autoridad central, basándose en una red de usuarios que pueden estar situados en todo el mundo, por lo que parece que no pueden ser sujetas a un solo ordenamiento jurídico. Esto hace aún más patente el problema de concretizar los criterios de jurisdicción previstos en nuestro ordenamiento de forma tal que se respete el principio de proximidad, ante la ubicuidad de las relaciones desarrolladas en su entorno, pensemos en los comentados criterios de *forum delicti commissi* y *forum rei sitae* o también el lugar de ejecución del contrato, cuando por ejemplo se trata de un contrato inteligente puro, esto es, formado solamente por código informático y en donde los bienes o fondos involucrados en el contrato se encuentran también en la internet.

Además de ello, la tecnología de cadena de bloques plantea la necesidad anunciada por el profesor Eugenio Hernández-Bretón de esta-

---

de Derecho Internacional Privado", *ob.cit*, pp. 141-142.

25 José Briceño Laborí, "Arbitraje y Blockchain", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Julio-Diciembre 2019, No. 159, p. 417. Disponible en: https://bit.ly/3cjvR9D.

26 José Briceño Laborí, "Arbitraje y Blockchain", *ob.cit.*, pp. 424-426.

27 José Briceño Laborí, "Arbitraje y Blockchain", *ob.cit.*, pp. 423-424.

blecer mecanismos de excepción o vía de escape, que permita a nuestros tribunales separarse de la rigidez de la solución normativa[28], en donde el ejemplo clásico es el *forum non conveniens*. De tal manera, nuestros tribunales podrían declinar la jurisdicción cuando realmente no hay una conexión sustancial con nuestro foro y se demuestra en el litigio que hay otro foro más adecuado para conocer la disputa. Esta necesidad puede extenderse además a todas las disputas que hemos analizado en esta ponencia.

VI. ¿NUEVOS CRITERIOS PARA NUEVAS PERSONAS?

El Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo desde 2016 publicó un borrador de informe sobre las reglas de Derecho Civil sobre robótica[29], en la que propuso la creación de un estatus legal específico para robots: el de persona electrónica. La idea de este estatus es que estos robots tengan derechos y obligaciones y que puedan ser declarados responsables en virtud de cualquier daño que provoquen. Este reporte fue finalmente aprobado en 2017. A pesar de que es un concepto naciente y que con toda seguridad será objeto de revisión en el futuro con el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial, cabe plantear lo siguiente: al consolidarse la existencia de una tercera categoría de persona (junto a la persona natural y la persona jurídica), ¿cómo se atarán estas nuevas personas a un Estado? ¿a través de la nacionalidad, como Sophia, el robot humanoide con nacionalidad Saudí?[30] ¿se adaptará la noción de domicilio para incluir a estas personas artificiales? ¿se podrá otorgar personalidad a estos efectos a sistemas autónomos que no se presenten como un ente humanoide? Si bien en este momento son más las preguntas planteadas que las respuestas disponibles, consideramos que un futuro con litigios de humanos contra personas artificiales ya no solo es una idea digna de una serie de ciencia ficción.

---

[28] Eugenio Hernández-Bretón, "Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción", en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014. Porto Alegre, 30-31 de octubre*. Gráfica e Editora RJR, Porto Alegre/Asunción, 2014, p. 233.

[29] Disponible en: https://bit.ly/32runqz. Consultado el 13 de agosto de 2020.

[30] *Vid*, https://www.hansonrobotics.com/sophia/.

VII. CONCLUSIONES

En vista de lo planteado, cabe hacer las siguientes conclusiones:

1. Es necesario que en Venezuela se vuelvan a promulgar normas en materia de protección a los consumidores y que especialmente tomen en cuenta el comercio electrónico, los servicios en línea, y las formas en que las empresas dueñas de estas plataformas pueden imponer cláusulas abusivas a tales usuarios, como aquellas de elección de un foro extranjero.

2. Si bien en nuestra Ley de Derecho Internacional Privado disponemos de criterios tales como el *forum delicti commissi* (aplicable a la responsabilidad civil extracontractual), el *forum rei sitae* (aplicable a la materia de disposición y tenencia de bienes) y el *forum executionis* (aplicable a las disputas en materia contractual), es necesario que nuestra doctrina comience a idear de qué forma se podrán adaptar estos criterios a las daños verificados en línea, los bienes digitales y los contratos electrónicos que no tienen una conexión sustancial con el mundo real.

3. La tan nombrada ubicuidad de ciertos bienes y servicios en línea puede en el futuro plantear un resurgimiento de los criterios de jurisdicción de carácter subjetivo, dado que estos permitirían concretizar razonablemente la relación entre un bien, un servicio o un contrato con una Estado determinado.

4. El desarrollo de nuevas tecnologías como la cadena de bloques, los contratos inteligentes, los robots autónomos y la inteligencia artificial hará más evidente la necesidad de que los entes reguladores y los centros de investigación jurídica se conecten con los actores relevantes de estos sectores para que, a la vez y en la mayor medida posible, se garantice la seguridad de nosotros los humanos en el uso de dichas tecnologías, sin que se impida o torpedee su desarrollo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BRICEÑO LABORÍ, José "Arbitraje y Blockchain", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Julio-Diciembre 2019, No. 159, pp. 415-446. Disponible en: https://bit.ly/3cjvR9D.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción", en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014. Porto Alegre, 30-31 de octubre*. Gráfica e Editora RJR, Porto Alegre/Asunción, 2014, p. 219-234.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Criterios Atributivos de Jurisdicción en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado", en *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*. Coordinadoras: Tatiana B. de Maekelt, Haydée Barrios, Zhandra Marín Vargas, Maritza Méndez Zambrano. Serie Estudios No. 88. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, Caracas, 2010, pp. 99-173.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "La relación jurídica internacional. Repensando el objeto del Derecho internacional privado desde la perspectiva venezolana", en *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*. CEDEP, ASADIP, Mizrachi & Pujol, Asunción, 2015, pp. 15-35.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado venezolano", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 13, Edición homenaje a James Otis Rodner S., 2020, pp. 203-239. Disponible en: https://bit.ly/2ZxRf5X.

EL DERECHO DEL TURISMO EN VENEZUELA FRENTE A LA COVID-19.*

DRA. CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ.**

SUMARIO

I. El panorama global y la respuesta local. II. Características de las relaciones de turismo y COVID-19. III. La causa extraña no imputable como posible salida. A. Generalidades. B. Las relaciones de turismo durante la vigencia de las medidas. B. Las relaciones de turismo después de la vigencia de las medidas. IV. Lo que podemos esperar.

---

* Trabajo presentado en: C. Torres (ed.), *The Legal Impacts of COVID-19 in the Travel, Tourism and Hospitality Industry*, Estoril, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril, 2021, en imprenta.

** 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; Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; Parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

I. EL PANORAMA GLOBAL Y LA RESPUESTA LOCAL

A finales del 2019 ya se hablaba de un extraño brote de neumonía en Wuhan, posiblemente relacionado con el SARS, siglas inglesas para el *Severe Acute Respiratory Syndrome*[1]. Para el 22 de enero de 2020, el Imperial College de Londres confirma cuatro mil contagios del COVID-19 –antes llamado 2019-nCov– en Wuhan[2]. Y, en esa misma fecha, el *European Centre for Desease Prevention and Control*, reconoció que el impacto potencial de los brotes de COVID-19 era alto; que era probable una mayor propagación mundial; que para ese momento existía una probabilidad moderada de infección para los viajeros del espacio europeo que visiten Wuhan; que existía una alta probabilidad de importación de casos a países con el mayor volumen de personas que viajan hacia y desde Wuhan (es decir, países de Asia); y que existía una probabilidad moderada de detectar casos importados a países del espacio europeo. Además, consideró que, si se cumplía con prácticas adecuadas de prevención y control de infecciones, particularmente en entornos de atención médica en países europeos con vínculos directos con Wuhan, la probabilidad de que un caso reportado en la Unión Europea resulte en casos secundarios dentro de su espacio era baja[3].

El 23 de enero, las autoridades chinas decretan la "mayor cuarentena la historia" que mantuvo encerradas a casi 35 millones de personas[4].

---

1 https://www.dw.com/es/funcionarios-chinos-investigan-la-causa-del-brote-de-neumon%C3%ADa-en-wuhan/a-51845951 (Última consulta 15 de enero de 2021).

2 https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis/covid-19/report-2-update-case-estimates-covid-19/ (Última consulta 15 de enero de 2021).

3 https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/risk-assessment-outbreak-acute-respiratory-syndrome-associated-novel-coronavirus (Última consulta 15 de enero de 2021).

4 https://www.lavanguardia.com/internacional/20200124/473095411753/china-cuarentena-coronavirus-muertes-wuhan.html (Última consulta 15 de enero de 2021).

El virus empezó a expandirse por el mundo que impávido asistía a la propagación de un enemigo microscópico y desconocido.

En América, el primer caso se reportó en Estados Unidos el 21 de enero de 2020[5]. Sin embargo, para los primeros días de febrero, las preocupaciones en América Latina seguían asociadas a cuestiones económicas derivadas, fundamentalmente, de las restricciones al comercio con China[6]. Brasil reportó su primer caso el 26 de febrero, según refiere el primer reporte de la Asociación Panamericana de la Salud, que tiene fecha 31 de marzo. Para esa fecha ya había 188.949 casos confirmados, 3.561 muertes y 51 países afectados en la región[7].

Pero antes, el 12 de marzo, la Organización Mundial de la Salud no pudo más que declarar a la COVID 19 como una pandemia, e invitó a los países a no cejar en los esfuerzos por contener el brote pues se trata de una pandemia "controlable"[8].

A partir de esta declaratoria que reconoce el carácter global del problema, cada Estado empezó a tomar sus propias medidas para evitar la propagación del virus. En Venezuela, "…dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana" (art. 1 del Decreto de Estado de Alarma), el gobierno declaró el Estado de Alarma el día 13 de marzo[9], el cual se extendería, en principio, por 30 días.

El Estado de Alarma, que fue prorrogado el 12 de abril[10] y, nuevamente el 12 de mayo[11], dispuso una serie de medidas que acompañan a la "cuarentena social y colectiva" y al uso obligatorio de mascarilla en espacios públicos, y que suponen restricciones de circulación; suspensión de actividades educativas; suspensión de actividades laborales

---

5 https://www.telemundo.com/noticias/2020/01/21/el-coronavirus-llega-estados-unidos-reportan-el-primer-caso-de-la-enfermedad-cerca-de-tmna3650728 (Última consulta 15 de enero de 2021).

6 https://www.france24.com/es/20200208-coronavirus-el-golpe-a-la-econom%C3%ADa-se-siente-tambi%C3%A9n-en-latinoam%C3%A9rica (Última consulta 15 de enero de 2021).

7 https://www.paho.org/es/documentos/covid-19-respuesta-opsoms-reporte-1-31-marzo-2020 (Última consulta 15 de enero de 2021).

8 https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200312-sitrep-52-covid-19.pdf?sfvrsn=e2bfc9c0_4 (Última consulta 15 de enero de 2021).

9 *Gaceta Oficial* No. 6.519 Extraordinario, 13 de marzo de 2020.

10 *Gaceta Oficial* No. 6.528 Extraordinario, 12 de abril de 2020.

11 *Gaceta Oficial* No. 6.535 Extraordinario, 12 de mayo de 2020.

en sectores no esenciales y cuya prestación no sea posible a distancia; suspensión de vuelos, desde y hacia territorio nacional; suspensión de espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, espectáculos deportivos y demás eventos de aforo público; cierre de parques playas y balnearios; y expendio de comidas y bebidas solo en modalidad a domicilio o para llevar.

Así se verificó cierta contradicción entre la naturaleza del problema y la de las respuestas dadas al mismo. En efecto, tal como afirmó Ferrajoli, "emergencias globales como la del coronavirus deben afrontarse en la medida de lo posible a escala supranacional, no solo en garantía de la igualdad en derechos de todos los ciudadanos…, sino también de su eficacia, que depende en buena parte de la coherencia y homogeneidad de las medidas"[12].

No obstante, cada Estado, obrando de la manera que consideró mejor para proteger a sus habitantes y a sus sistemas de salud, ha adoptado medidas que, en esencia, no difieren entre sí, pero que responden a sus propias realidades. Todas estas medidas tienen un acentuado carácter local para, desde lo local, dar respuesta a un problema que ha demostrado ser global.

Estas medidas, y la pandemia que las provocó, han tocado a miles de millones de personas alrededor del mundo, afectando su vida personal, social, laboral, su cotidianeidad. Este fenómeno ha afectado, desde luego, al turismo. El 17 de marzo, el secretario general de la Organización Mundial del Turismo, Zurab Pololikashvili, reconocía que la Organización "observa que en distintos lugares del mundo se han introducido –y se seguirán introduciendo– **restricciones** totales o parciales **a los viajes**. Estas decisiones se adoptan con **la salud pública como preocupación primordial**" (negritas en el original)[13] y el 1 de abril reconoció que el sector turismo "es el más golpeado por esta crisis", sin que pueda predecirse hasta donde llegarán los daños[14].

---

12 Entrevista publicada en *El País*, 27 de marzo de 2020, https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html (Última consulta 15 de enero de 2021).

13 https://www.unwto.org/es/news/covid-19-declaracion-zurab-pololikashvili (Última consulta 15 de enero de 2021).

14 https://www.unwto.org/es/news/madrid-turismo-covid-19 (Última consulta 15 de enero de 2021).

Hasta el segundo semestre de 2020, se calcula que el 22% de llegadas se vieron impedidas durante los tres primeros meses del año y esta cifra ascendió a 57% tras la entrada en vigor de las medidas de confinamiento y restricciones de viajes. "Todo ello se traduce en una pérdida de 67 millones de llegadas internacionales y alrededor de 80.000 millones de dólares de los EE.UU. en ingresos (exportaciones del turismo)". Ahora se espera que el declive de llegadas alcance entre el 58 y el 78%[15].

La crisis del sector turismo supone, no solo la privación de la posibilidad de las personas de viajar, sino que trae como consecuencia la pérdida de empleos y el posible cierre de prestadores del servicio turístico. Ya hemos visto como la crisis financiera de la línea aérea AVIANCA se agudizó debido a la crisis, y terminó por obligar a una de las líneas aéreas más antiguas del mundo a acogerse voluntariamente al capítulo 11 de la Ley de insolvencia de Estados Unidos[16]; lo mismo hizo LATAM[17]. Muchas han sido las pequeñas posadas que no han podido reabrir sus puertas luego de la reapertura económica y aunque el gobierno ha reconocido la necesidad de reactivar el sector, sigue guardando silencio en relación con posibles ayudas económicas.

En el caso particular de Venezuela toda esta situación se ve agravada por la crisis política presente en el país desde hace unos diez años. Sin embargo, algunos ven esta situación como una oportunidad. En efecto, su propia situación interna, según afirma Oscar Shariff Hernández, ha hecho que Venezuela genere una especie de "coraza para situaciones de inestabilidad". De hecho, afirma Shariff Hernández, si se produce un cambio político, esta situación podría resultar en beneficio para el país, pero es necesario "…un cambio de visión que incluya dentro de sus principales políticas el desarrollo sostenible del destino turístico aprovechando la voluntad, capacidad técnica y profesional de distintas

---

15 https://www.unwto.org/es/news/covid-19-las-cifras-de-turistas-internacionales-podrian-caer-un-60-80-en-2020 (Última consulta 15 de enero de 2021).

16 https://www.reportur.com/aerolineas/2020/05/17/avianca-llevara-cabo-cuatro-fases-salir-la-ley-quiebras/

17 Fuente: https://www.bbc.com/mundo/noticias-52813659 (Última consulta 15 de enero de 2021).

organizaciones, asociaciones y fundaciones que hacen vida en el país y se preparan para el cambio del futuro"[18].

En todo caso, teniendo en cuenta este panorama, muchas relaciones turísticas quedaron en suspenso. Por ello nos interesa analizar, desde el Derecho del turismo en Venezuela, cual es la suerte que estas relaciones correrán y cuál podría ser la respuesta dada al turista frente a las mismas.

II. Características de las relaciones de turismo y COVID-19

Desde el punto de vista contractual, el turista se encuentra inmerso en una serie de complejas relaciones vinculadas a su propio desplazamiento, que incluyen desde el transporte en todas sus modalidades, hasta el alojamiento, pasando por otras prestaciones vinculadas a alimentación, visita de atracciones turísticas, entre otras. Estos servicios pueden ser contratados directamente con el prestador, o mediante intermediarios, como agencias de viajes y turismo o plataformas digitales que ponen a las partes en contacto.

Estas relaciones, aunque diversas, tienen características comunes que exploraremos brevemente, debido a que las mismas tienen influencia en las posibles respuestas que dará el ordenamiento jurídico venezolano. Veamos.

Las relaciones de turismo suelen ser contractuales y calificadas, en particular, como contratos de servicios[19]. En Venezuela, el turismo

---

[18] Oscar Shariff Hernández, "El futuro del turismo después del covid-19", en: *El Nacional*, 14 de abril de 2020. https://www.elnacional.com/opinion/el-futuro-del-turismo-despues-del-covid-19/ (Última consulta 15 de enero de 2021).

[19] Muchas de las aproximaciones al concepto de servicio se fundamentan en un listado de actividades que son calificadas como tal y en ellas suele incluirse, precisamente, al turismo. Así puede verse en el Documento de la Secretaría del GATT MTN.GNS/W/120, de 10 de julio de 1991 y en el Manual de Balanza de Pagos (Washington, 5ª ed., 1993) del Fondo Monetario Internacional. Algunos autores también han hecho sus catálogos de servicios y han incluido al turismo. Así puede verse en: Ricardo Luis Lorenzetti, *Contratos. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, Tomo II, pp. 12-13; Ricardo Luis Lorenzetti, Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica, *Revista Latinoamericana de Derecho*, No. 5, 2006, pp. 153 ss., especialmente p. 155; Manuel López Escudero, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 23; Henri Schwamm y Patricio Merciai, *Les entreprises multinationales*

incluso ha sido considerado como un servicio público[20]. Estas relaciones, además, tienen las características de las relaciones de consumo al relacionar a un prestador de servicios con un destinatario final de los mismos. Se trataría de relaciones *Business to Consumer* o B2C, relaciones que llaman a la aplicación del Derecho del consumo.

Además, con el auge del turismo colaborativo podrían plantearse como relaciones entre pares o *Peer to Peer* (P2P). Este tipo de relaciones suele nacer de forma directa o con la intermediación de plataformas que ponen a las partes en contacto, tal como ocurre, por ejemplo, con AIRBNB. El régimen de estos intermediarios, que generalmente trabajan con términos y condiciones bastante específicos, también entra en juego en la regulación de la relación turística.

Las relaciones de turismo son con frecuencia relaciones de carácter internacional. Se trata relaciones que ponen en contacto a nuestro ordenamiento jurídico con otros Derechos, debido a la movilidad de las personas a través de las fronteras[21]. El turismo en masa, como causa y efecto de la globalización, ha permitido al turista trascender de las fronteras de su país. Pero ese alejamiento de su domicilio lo hace vulnerable, lo enfrenta a situaciones y a normas que le son extrañas y, por ello, requiere protección.

En todo caso, esta característica activa el funcionamiento del Derecho internacional privado, rama del Derecho que desde su pluralidad metodológica[22] aborda el problema del turismo internacional. Lo

---

et les services, Dossier de l'Institut de Recherche et d'Information sur les Multinationales, Genève, 1985, p. 11.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia 1 de abril de 1986. En: Víctor Rafael Hernández-Mendible, "El Derecho administrativo y el Derecho del turismo", en: *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 653 ss., especialmente p. 663, nota 28. En esa ocasión, la Corte estimó que las actividades turísticas "… caben dentro de la amplia noción de servicio público aceptada por nuestra doctrina y jurisprudencia como objeto posible de contratación administrativa…".

21 Claudia Madrid Martínez, "La relación jurídica internacional. Repensando el objeto del Derecho internacional privado desde la perspectiva venezolana", en: C. Madrid Martínez, P. All, F. Argaña (eds.), *El acceso a la justicia en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, CEDEP, ASADIP, Mizrachi & Pujol S.A., Asunción, 2015, pp. 15 ss.

22 Henri Batiffol, « Le pluralisme des méthodes du Droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internacional Privé*, Vol. 139, 1973, pp. 75 ss.

hace, diremos en primer lugar, mediante normas materiales especiales, es decir, normas especialmente diseñadas para atender relaciones de tráfico jurídico externo. Este tipo de normas está presente, por ejemplo, en materia de transporte aéreo. Venezuela es parte del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de Varsovia de 1929[23], modificado por el Protocolo de La Haya de 1955[24], además en parte en una serie de tratados bilaterales sobre servicios aéreos[25], cuyo contenido deberá ser considerado a la hora de dar una respuesta al problema.

En ausencia de estas normas materiales especiales, entrarían en juego las normas de conflicto de leyes. Así, en Venezuela, en virtud de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales[26] y la Ley de Derecho internacional privado[27], los contratos internacionales se rigen por Derecho elegido por las partes y, en ausencia de elección, por el Derecho más vinculado con el contrato, el cual deberá ser determinado por el juez, considerando los elementos objetivos y subjetivos del contrato, además de los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

Considerando la inexistencia de regulación expresa por parte del sistema venezolano, las relaciones internacionales de consumo están sometidas a la misma solución aplicable a los contratos paritarios, con lo cual, en principio, es admisible que las partes elijan el Derecho aplicable. Sin embargo, en materia de consumo esta elección se convierte generalmente en imposición por parte del prestador de servicios. Así, en los contratos de transporte aéreo, por ejemplo, suele observarse la sujeción a la regulación contenida en los tratados internacionales.

Pero prestadores como Airbnb incluyen en sus términos y condiciones una cláusula de "elección" del Derecho irlandés, cuando el país

---

23 *Gaceta Oficial* No. 24.834, 1 de septiembre de 1955.

24 Venezuela lo adhirió el 26 de agosto de 1960, con reserva o declaración emitida conforme al artículo XXVI del Protocolo. Gaceta Oficial No. 632 Extraordinario, 14 de junio de 1960.

25 http://www.inac.gob.ve/?page_id=2167 (Última consulta 15 de enero de 2021).

26 Suscrita durante la CIDIP-V, México 1994, ratificada por Venezuela y publicada en la *Gaceta Oficial* No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

27 *Gaceta Oficial* No. 36.511 de 6 de agosto de 1998.

de residencia del usuario no sea Estados Unidos ni China. Esta elección, no obstante "no afecta a sus derechos como consumidor de acuerdo con las normativas de protección al consumidor de su país de residencia"[28]. La cláusula excluye, inoficiosamente, de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. La calificamos de tal manera, pues estos son contratos de servicios, los cuales son excluidos expresamente por la propia Convención (art. 3.2).

Esta "elección" de Derecho aplicable es acompañada por una elección de foro. De manera que, si el usuario actúa como consumidor, acepta someterse a la competencia no exclusiva de los juzgados irlandeses, pues el consumidor también podrá acudir a los tribunales de su domicilio. Si el consumidor es demandado por Airbnb, la empresa solo podrá actuar ante los tribunales de la residencia del consumidor. Si el usuario no es consumidor, sino que actúa como una empresa, tendrán competencia exclusiva los tribunales irlandeses.

Finalmente, el Derecho internacional privado actúa mediante normas internacionalmente imperativas, es decir, normas que son consideradas tan importantes y sensibles desde el punto de vista de los principios esenciales que se ordena su aplicación en todos los caos, o al menos en aquellos estrechamente vinculados con el foro, independientemente de si el caso está regido por un Derecho extranjero e independientemente del contenido de ese Derecho extranjero[29], "…normas que deben aplicarse 'inexorablemente' a los supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados, con prescindencia de lo dispuesto en las normas de conflicto del foro"[30].

Estas normas desplazan el sistema conflictual, incluso en los casos en que las normas de conflicto estén contenidas en tratados internacio-

---

28 https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#25 (Última consulta 15 de enero de 2021).

29 Michael Bogdan, "Private International Law as a component of the law of the forum: General course on Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internacional Privé*, Vol. 348, 2011, pp. 9 ss., especialmente 182.

30 Eugenio Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural en el Derecho internacional privado de los países de la América Latina* (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 15 de mayo de 2007), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007, p. 93.

nales. Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en 1958, en el célebre caso Boll[31]. Mediante las normas internacionalmente imperativas suele protegerse, por ejemplo, a los consumidores y aunque ciertamente no son la solución ideal para estos casos, cumplen una importante función tuitiva cuando los contratos internacionales de consumo, como ocurre en Venezuela, se entienden sometidos a la solución general en materia de contratos, quedando expuestos a la autonomía conflictual.

En las circunstancias actuales, las medidas tomadas por los Estados frente a la COVID-19 podrían ser calificadas como normas internacionalmente imperativas. Llama la atención en este sentido, el caso de Italia. Mediante el Decreto Ley No 9/2020[32], el gobierno italiano dictó medidas urgentes de apoyo para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica causada por COVID-19.

El artículo 28 de este decreto está dirigido, precisamente al turismo. El primer párrafo declara de imposible cumplimiento, en el sentido del artículo 1.463 del Código Civil italiano, las obligaciones derivadas de los contratos de transporte en todas sus modalidades y los paquetes turísticos. Luego dispone diversas medidas para el reembolso de las prestaciones cumplidas por tales conceptos. En su párrafo 8[33] , la norma citada califica las disposiciones contenidas en la misma, como "leyes de policía" en los términos de los artículos 17 de la Ley italiana de Derecho internacional privado[34] y 9 del el Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[35].

---

31 https://www.icj-cij.org/fr/affaire/33 (Última consulta 15 de enero de 2021).

32 https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/02/20G00026/sg (Última consulta 15 de enero de 2021).

33 Art. 28.8: "Le disposizioni di cui al presente articolo costituiscono, ai sensi dell'articolo 17 della legge del 31 maggio 1995, n. 218 e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, norme di applicazione necessaria".

34 L. 31 maggio 1995, n. 218 (1). Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (1/circ), en: http://www.esteri.it/mae/doc/l218_1995.pdf (Última consulta 15 de enero de 2021).

35 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF (Última consulta 15 de enero de 2021).

Con semejante auto calificación, criticada por algunos[36], el juez italiano, ante un caso de turismo internacional deberá aplicar estas normas necesariamente, desplazando con ello el sistema conflictual italiano e, incluso, el europeo.

En todo caso, aunque no haya un reconocimiento expreso como en el sistema italiano, difícilmente el juez venezolano dé un tratamiento diferente a las medidas tomadas por el gobierno. Así lo autorizan los artículos 11 de la citada Convención Interamericana[37] y 10 de la Ley de Derecho internacional privado[38]. De manera que ellas se impondrán al sistema conflictual, con un agravante adicional, las medidas venezolanas no son exhaustivas y dejan un importante margen de discrecionalidad al gobierno para tomar nuevas medidas en función del comportamiento de la epidemia. Además, no hay medidas particulares en materia de turismo.

Bien, las relaciones turísticas suelen constituir obligaciones a término esencial, es decir, lo común es que el acreedor pierda interés en el cumplimiento de la obligación una vez pasada la fecha establecida para ello[39]. El turista viaja en tiempo de vacaciones escolares o laborales y, justamente, hemos visto como la Semana Santa y las vacaciones de mitad y de fin de año quedaron atrapadas en medio de la pandemia dejando a muchas personas sin la posibilidad de viajar y al sector turismo severamente golpeado. El viaje por turismo también suele coincidir con

---

36 "*…this practice appears to be particularly questionable in cases such as that at issue, where the self-proclaimed overriding mandatory provisions do not appear to be "crucial" for safeguarding public interests within the meaning of Article 9(1) of the Rome 1 Regulation, but rather appear to be exclusively purported to protect private interests (for however widespread they may be)*". Ver: Weller, Matthias, Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus, en: https://conflictoflaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/ (Última consulta 15 de enero de 2021).

37 Art. 11, encabezamiento: "No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo".

38 Art. 10 "No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos".

39 María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho civil III. Obligaciones*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, p. 111.

la realización de espectáculos culturales o deportivos –también suspendidos por estos días– o con ocasiones especiales personales o familiares, como aniversarios, cumpleaños, entre otros.

Esta esencialidad del término en la ejecución hace que este tipo de obligaciones no admita retraso en el cumplimiento, sino que se trate de obligaciones definitivamente incumplidas pues, como hemos afirmado, el acreedor puede perder interés en su ejecución.

Finalmente, la relación de turismo reclama soluciones casuísticas, característica que junto al carácter local de las respuestas complica el panorama. En el caso venezolano no hay regulación especial para estos supuestos. Nuestra Ley de Turismo vigente[40] nada dispone respecto de los casos de imposibilidad de cumplimiento de la prestación derivada de la relación turística. De hecho, la regulación del contrato de prestación de servicios turísticos está prácticamente ausente de este instrumento, con lo cual se hace necesario recurrir al régimen general de los contratos. Esto genera una paradoja, pues se trata de relaciones que requieren regulación especial, y terminan sometidas, ante el silencio del legislador, a disposiciones que contienen soluciones generales.

Veamos algunas de las particularidades del Derecho venezolano al respecto.

III. LA CAUSA EXTRAÑA NO IMPUTABLE COMO POSIBLE SALIDA

Ante la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones derivadas de relaciones de turismo, y ante el silencio del legislador frente a esta materia en particular, hemos de recurrir, tal como afirmamos *supra*, a las soluciones generales del sistema venezolano en materia de contratos. En tal sentido, se hace recurrente la referencia a la figura de la causa extraña no imputable, como ese acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona ejecutar su obligación. En tales casos, el deudor se encuentra en la situación de serle imposible ejecutar

[40] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo, *Gaceta Oficial* No. 6.152 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014.

su obligación por causa de un acontecimiento que no pudo prever y que, por tanto, no estuvo en posibilidad de evitar[41].

En Venezuela, la doctrina suele incluir en la voz causa extraña no imputable, solo a la fuerza mayor y al caso fortuito[42]. Nosotros preferimos una noción más amplia que incluya todas aquellas causas que destruyen el vínculo causal entre la conducta del deudor y el daño. Así, además del caso fortuito y la fuerza mayor, consideramos como causa extraña no imputable, la culpa del propio acreedor y el hecho de un tercero; este último convertido, considerando las medidas tomadas por el Estado, en un hecho del príncipe.

Así, tanto la pandemia como las medidas tomadas por el Estado pueden calificarse como causa extraña no imputable, al ser impredecibles –¿Cómo prever la aparición del virus? ¿cómo prever la reacción del Estado? – y, además, irresistibles –¿Qué hacer ante el virus? ¿qué hacer ante las medidas del Estado?

Veamos ahora, brevemente, como se regula en Venezuela la causa extraña no imputable y sus efectos en el cumplimiento del contrato, mediante algunos casos concretos en materia de turismo.

A. Generalidades

El Venezuela, el incumplimiento del contrato parece tener cierto carácter objetivo, pues luego de ordenar que las obligaciones se cumplan tal como han sido contraídas, el artículo 1.264 del Código Civil, dispone que "El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de **contravención**" (resaltado nuestro). Así, incumplimiento es "cualquier falta de correspondencia entre la satisfacción prometida y la satisfacción procurada por el deudor"[43].

---

41 José Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, 2ª ed. actualizada de la jurisprudencia y legislación, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nos. 45-46, Caracas, 2001, p. 105.

42 José Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed. corregida y ampliada, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios No. 61, Caracas, 2006, p. 508.

43 Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*…, ob. cit., p. 725.

Al establecer la responsabilidad del deudor en caso de contravención, la norma alude a su participación en el incumplimiento, de manera que se tratará de un incumplimiento voluntario. Pero la contravención también puede provenir, precisamente, de una causa extraña no imputable con lo cual se producirá un incumplimiento involuntario y, en tal caso, el deudor no será responsable pues el legislador reconoce la imposibilidad que tal evento genera en relación con el cumplimiento de la obligación.

Así lo establece en el artículo 1.271 del Código Civil al disponer que "[e]l deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, **si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable**, aunque de su parte no haya habido mala fe".

Esta exoneración es innecesariamente reiterada en el artículo 1.272 *eiusdem*, al establecer que "[e]l deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido". Esta norma, además de redundante, deja fuera otras causas de dispensa tales como el hecho de un tercero o la culpa del propio acreedor. Aunque justo es reconocer que este silencio no se ha visto como un obstáculo para reconocer a estas últimas como causas extrañas no imputables al deudor[44].

Ahora bien, la imposibilidad del cumplimiento derivada de la causa extraña no imputable al deudor puede ser definitiva o temporal, de manera de ocasionar la extinción de la obligación o simplemente la suspensión de su cumplimiento. Consideremos que, tal como afirmamos antes, las relaciones turísticas suelen calificarse como obligaciones sometidas a término esencial, caso en el cual, en vista de la pérdida de interés en el cumplimiento por parte del acreedor, se produce en todo caso un incumplimiento definitivo y la consecuente restitución de la prestación que se haya ejecutado.

---

[44] De hecho, el artículo 1.193 del Código Civil, al regular la responsabilidad civil extracontractual, incluye como causas de exoneración a "falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor".

Pero la causa extraña también puede hacer más difícil el cumplimiento sin generar una imposibilidad propiamente tal, es decir, hacer que el cumplimiento sea excesivamente oneroso, caso en el cual deberá enfrentarse el silencio del Derecho venezolano en relación con la teoría de la imprevisión.

Para el análisis de estas situaciones, tomaremos como punto de inflexión el final de la vigencia de las medidas estatales, de manera de dar una mirada a la situación durante su vigencia de estas medidas y luego de ella.

B. Las relaciones de turismo durante la vigencia de las medidas

Durante la vigencia de las medidas, buena parte de las relaciones han quedado suspendidas. En efecto, el cierre de fronteras, la suspensión de vuelos y las restricciones a la circulación por tierra hacen imposible el cumplimiento. El problema se plantea, en este caso, no solo con el turista que no pudo salir del Estado de su domicilio, sino también con el turista que quedó atrapado en el lugar visitado. Hemos sido testigos de turistas varados alrededor del mundo, de cruceros en alta mar sin autorización para atracar en puerto alguno. Ocurrió con el Crucero Greg Mortimer, que luego de dos semanas logró fondear en aguas uruguayas para que sus pasajeros fueran llevados en un vuelo humanitario de regreso a Australia[45].

En Venezuela, casi 600 turistas europeos –la mayoría de ellos españoles– han regresado a sus países mediante dos vuelos humanitarios gestionados por la Embajada española en Caracas[46]. Lo propio ocurrió con 79 turistas rusos, bielorrusos y ucranianos que regresaron a sus países en un vuelo humanitario cuya gestión estuvo a cargo de embajada rusa[47].

---

45 https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52285382 (Última consulta 15 de enero de 2021).

46 https://www.abc.es/espana/abci-mas-100-turistas-espanoles-estaban-varados-venezuela-regresaron-madrid-202004170012_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (Última consulta 15 de enero de 2021).

47 https://www.abc.es/espana/abci-mas-100-turistas-espanoles-estaban-varados-venezuela-regresaron-madrid-202004170012_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (Última consulta 15 de enero de 2021).

Otros no han tenido tanta suerte y se han quedado atrapados en el lugar visitado. Ha ocurrido con extranjeros en Venezuela[48] y con venezolanos en el extranjero. Estos últimos, entre turistas y migrantes que regresan al país, no han tenido apoyo de gobierno venezolano en la autorización de ingreso de vuelos humanitarios[49].

En estos casos se plantea otro problema vinculado a la necesidad de los turistas de celebrar contratos con cláusulas abusivas, mediante los que se obligan a pagar precios excesivos por alojamiento y traslado. Los contratos celebrados en estas condiciones, como se sabe, estarían expuestos a nulidad.

En el caso del Derecho del turismo en Venezuela, tengamos en consideración que el turista es considerado como un consumidor. En efecto, el turista no se desplaza con el objetivo de realizar una actividad remunerada en el lugar visitado, situación que podría ubicarlo, más bien, en el ámbito de aplicación de las normas sobre trabajadores internacionales o dentro del régimen contractual especialmente referido a los contratos de prestación de servicios profesionales. El turista se desplaza con fines de ocio y recreación, objetivos distintos de los meramente profesionales. Podría en tal sentido afirmarse que el turista es el destinatario final de los servicios turísticos, lo cual coincide, en líneas generales, con el concepto de consumidor del Derecho venezolano[50].

---

48 https://www.elnacional.com/venezuela/atrapados-en-venezuela-una-pareja-de-turistas-argentinos-quedaron-varados-en-medio-de-la-cuarentena/ (Última consulta 15 de enero de 2021).

49 https://www.infobae.com/america/venezuela/2020/05/01/nicolas-maduro-rechazo-vuelos-humanitarios-para-trasladar-a-venezolanos-varados-en-eeuu/; https://www.infobae.com/politica/2020/05/04/hay-350-venezolanos-varados-en-argentina-que-quieren-volver-a-su-pais-y-no-reciben-respuesta-del-regimen-de-maduro/;https://www.abc.es/internacional/abci-menos-400-venezolanos-siguen-varados-espana-espera-maduro-abra-fronteras-202005100238_noticia.html (Última consulta en todas las páginas 15 de enero de 2021).

50 En efecto, aunque en Venezuela no existe una norma que determine lo que ha de entenderse por consumidor, pues, con la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (*Gaceta Oficial* No. 39.358, 1 de febrero de 2010). también se derogó la definición que había estado presente en el sistema venezolano, y que giraba en torno al criterio de destino final, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, hagan uso de expresiones como "destinatario final" o "consumidor final" para referirse a los consumidores. Ver, entre las decisiones más recientes: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0069, 11 de febrero de 2015 (*Municipio Sucre del Estado Miranda apela sentencia de 1 de*

Ahora bien, cuando el artículo 51 de la Ley Orgánica de Turismo establece los derechos de los turistas y visitantes, remite a la aplicación de los "derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente en materia de protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios", lo cual llama a la aplicación de la Ley Orgánica de Precios Justos[51]. Esta Ley contiene muy pocas disposiciones que regulan el Derecho del consumo en Venezuela, pero es lo única norma que ha quedado después de la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el acceso a Bienes y Servicios, y que "desarrolla" el artículo 117 de la Constitución[52].

Entre los derechos reconocidos por el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos está la protección de los consumidores "…en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses". Esta protección autorizaría al juez a anular los contratos que hayan sido celebrados por los turistas en condiciones abusivas y su

---

diciembre de 2005, dictada por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con motivo del recurso interpuesto por la sociedad mercantil Tecniauto, C.A.), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174153-00069-11215-2015-2011-0424.HTML; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0706, 17 de junio de 2015 (*Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) apela sentencia de 9 de julio de 2012, emitida por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Centro Occidental con motivo del recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad mercantil Compañía Brahma Venezuela, S.A.*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0707, 17 de junio de 2015 (*Municipio Valencia del Estado Carabobo apela sentencia de 9 de mayo de 2014, emitida por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, con motivo del recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad mercantil Autokia del Centro, C.A.*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML (Última consulta de todos los enlaces 15 de enero de 2021).. Estas decisiones fueron originalmente consultadas en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el cual se encuentra desde hace varios meses fuera de servicio. Por tal razón, hemos omitido los enlaces.

51 *Gaceta Oficial* No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

52 Art. 117. "Todas las personas tendrán 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. La ley establecerá 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".

aplicación estaría justificada en el hecho de que, en este momento, no existe en Venezuela normativa clara sobre las cláusulas abusivas en los contratos, que pueda ser aplicada en estos casos.

También podría pensarse en un caso de lesión objetiva. Sin embargo, aunque en Venezuela, la parte en un contrato bilateral tiene el derecho de solicitar la terminación o revisión del mismo por falta grave de equivalencia entre las prestaciones recíprocas acordadas[53]. Tal derecho se limita, de conformidad con el artículo 1.350 del Código Civil, a los casos y las condiciones especialmente expresadas en la Ley[54], entre los cuales no se encuentra el supuesto tratado.

Tengamos en consideración que, en el ámbito de la Ley Orgánica de Precios Justos, el legislador ha consagrado, bajo el delito de "usura", el mecanismo de la lesión objetiva. La mencionada Ley, en el encabezamiento de su artículo 58, dispone: "Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una **ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación** que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de cinco (05) a ocho (8) años" (resaltado nuestro).

En consecuencia, un contrato pactado de manera que facilite a una de las partes una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación, para usar los términos de la norma, estaría viciado de nulidad absoluta, debido a que esa falta de equivalencia de las prestaciones se considera una lesión objetiva que, por orden de la norma citada, se considera ilícita.

---

53 James Ottis Rodner, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas, 1995, p. 438.

54 El Código Civil admite la lesión en los siguientes casos: artículos 1.120 y 1.132, en materia de partición de la herencia; artículos 183 y 770, en materia de partición de la comunidad; artículo 1.680, en materia de liquidación de la sociedad civil; artículos 1.496 y 1.497, relativos a la venta de un inmueble con sujeción a su cabida o sujeto a medida; artículo 1.747, relativo al límite máximo de la estipulación de intereses convencionales en una y media parte del interés corriente del mercado; y artículos 1.663 y 1.664, relativos a repartición inequitativa de las pérdidas y ganancias y a la prohibición de las cláusulas leoninas en el contrato de sociedad.

C. Las relaciones de turismo después de la vigencia de las medidas

Luego del levantamiento de las medidas, habría que enfrentar bien la extinción de las obligaciones, bien su cumplimiento, si es que el acreedor conserva interés en él. Recordemos que, como hemos afirmado *supra*, es frecuente que las obligaciones derivadas de relaciones turísticas estén sometidas a término esencial, y, una vez pasado el momento, la prestación ha de considerarse definitivamente incumplida.

El célebre caso *Krell vs. Henry* decidido en 1903 por la Court of Appeal of England and Wales, Civil Division[55], puede servirnos como ejemplo. Este caso se planteó por causa de un contrato de arrendamiento de un apartamento con vistas a la ruta que seguiría la procesión de coronación de Eduardo VII, procesión que fue finalmente cancelada por enfermedad del Rey. Paul Krell demandó entonces a C. S. Henry por £50, que representaba el saldo de £75, monto total que la demandada se había obligado a pagar por el alquiler. La demandada reconvino y solicitó, más bien, el reembolso de las £25 que había pagado, debido a que, al cancelarse la procesión, el contrato había perdido su objeto.

El tribunal de instancia consideró que en el contrato había una condición implícita, conforme a la cual la procesión debía realizarse, por lo que falló a favor del demandado, lo que provocó la apelación del demandante. En alzada, el tribunal declaró sin lugar la apelación. Para ello, el juez Williams estimó:

> *I myself am clearly of opinion that in this case, where we have to ask ourselves whether the object of the contract was frustrated by the nonhappening of the coronation and its procession on the days proclaimed, parol evidence is admissible to shew that the subject of the contract was rooms to view the coronation procession, and was so to the knowledge of both parties. When once this is established, I see no difficulty whatever in the case.*

Así, a pesar de que las partes no lo establecieron expresamente en el contrato, el tribunal aceptó que el objeto del contrato era el alquiler

[55] https://www.trans-lex.org/311100/_/krell-v-henry-%5B1903%5D-2-kb-740/ (Última consulta 15 de enero de 2021).

del local para ver la procesión y, en ello, ambas partes manifestaron estar de acuerdo. De este modo, aunque el alquiler era materialmente posible, al cancelarse la procesión ya no había objeto para el cumplimiento.

Conforme al Derecho venezolano, la imposibilidad sobrevenida extingue la obligación, incluso en el caso de contratos con obligaciones bilaterales. En efecto, tal como afirma Mélich Orsini, "…en los contratos bilaterales si la obligación de una de las partes se extingue en ausencia de una culpa suya o por causa extraña no imputable, la obligación de la otra parte resulta igualmente extinguida"[56]. Aunque no existe una norma expresa que así lo determine, a tal conclusión puede llegarse a partir de los artículos 1.588[57], 1.634[58], 1.635[59] y 1.675[60] del Código Civil, de manera que puede decirse que el riesgo lo sufre el deudor de la obligación extinguida por el impedimento que no le es imputable (*res perit debitoris*). Esta solución, tal como admite la doctrina, es especialmente aplicable a los contratos bilaterales no traslativos de propiedad[61], como es el caso de los contratos de alojamiento o incluso de transporte[62].

---

56 Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*…, ob. cit., p. 790.

57 CCV, Art. 1.588. "Si durante el arrendamiento perece totalmente la cosa arrendada, queda resuelto el contrato. Si se destruye sólo en parte, el arrendatario puede, según las circunstancias, pedir la resolución del contrato o disminución del precio. En ninguno de los dos casos se debe indemnización, si la cosa ha perecido por caso fortuito".

58 CCV, Art. 1.634. "Si quien contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido mora en recibirla.- Si ha puesto sólo su trabajo o su industria, no es responsable sino por culpa".

59 CCV, Art. 1.635. "En el segundo caso del artículo precedente, si la cosa perece sin que haya culpa por parte del obrero antes de ser entregada la obra, y sin que el dueño esté en mora de examinarla, el obrero no tiene derecho para cobrar su salario, a menos que la cosa haya perecido por vicio de la materia o por causa imputable al arrendador".

60 CCV, Art. 1.675. "Si uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa, y ésta perece antes de haber sido realmente aportada, la sociedad queda disuelta respecto de todos los socios.- Queda igualmente disuelta en todos los casos por la pérdida de la cosa, cuando el solo goce ha sido puesto en común y la propiedad continúa correspondiendo al socio.- No se disuelve por la pérdida de la cosa cuya propiedad se ha aportado a la sociedad".

61 Ver: Oscar E. Ochoa G., *Teoría general de las obligaciones, Derecho civil III*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, Tomo II, pp. 497-498.

62 Para el caso de los contratos traslativos de la propiedad u otro derecho se admite el principio contrario –*res perit creditoris*–, pues el artículo 1.161 del Código Civil dispone que en estos

Ahora bien, en función del panorama descrito, ante la imposibilidad de cumplimiento derivada de las medias gubernamentales, el acreedor podría decidir entre la extinción de la obligación con las consecuentes restituciones que deberían comprender el 100% de lo pagado deduciendo los gastos administrativos que hayan podido efectuarse, o la renegociación de la obligación para un cumplimiento posterior.

Por ejemplo, Airbnb –a pesar de no ser parte en el contrato de alojamiento– ha permitido a sus usuarios cancelar las reservaciones y les ha ofrecido el reembolso del 100% de lo pagado en bonos para ser usados en la misma plataforma[63]. Booking, por su parte, se limitó a recomendar a sus usuarios la elección de ofertas flexibles que permitan cancelaciones y reembolsos[64]. Las principales líneas aéreas venezolanas han decidido permitir cambios de fechas y destinos sin tener que cancelar la penalidad[65], durante un año. Pero a diferencia de otras, no admiten cancelaciones ni reembolso[66].

---

contratos "la propiedad o derecho se trasmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado", con lo cual el comprador seguiría obligado a pagar el precio.

63 "…después de que la Organización Mundial de la Salud declarara el brote como una pandemia, el sábado tomamos la difícil decisión de poner en marcha una política internacional que permita a todos los viajeros cancelar las reservaciones que cumplen con los requisitos y recibir un reembolso total (incluidas las comisiones de Airbnb)". En: https://www.airbnb.com.co/resources/hosting-homes/a/a-message-from-our-founders-159 (Última consulta 15 de enero de 2021).

64 "Para las reservas realizadas el 6 de abril de 2020 o después, te recomendamos considerar el riesgo asociado al coronavirus (COVID-19) y las medidas que han tomado los Gobiernos. Si no reservas una tarifa flexible, es posible que no puedas optar a un reembolso. La petición de cancelación la gestionará el alojamiento teniendo en cuenta las condiciones de la reserva y las leyes de protección del consumidor aplicables. En estos tiempos de incertidumbre, te recomendamos reservar opciones con cancelación gratis. Si cambias de planes, podrás cancelar sin costes hasta la fecha límite del periodo de cancelación gratis". En: https://www.booking.com/covid-19.html?aid=304142&label=gen173nr- 1FCAEoggI46AdIM1gEaDKIAQGYAQq4ARfIAQzYAQHoAQH4AQuIAgGoAgO4AsSvnPYFwAIB (Última consulta 15 de enero de 2021).

65 Así lo hacen las principales líneas aéreas de Venezuela: https://www.laserairlines.com/noticia_single.php?id=20; https://twitter.com/aviorairlines/status/1260558318063550464; https://www.flyestelar.com/comunicados.php; http://www.conviasa.aero/public/img/ventanas_emergentes/comunicado1.jpeg (Última consulta 15 de enero de 2021).

66 https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/centro-noticias/noticias-avianca/terminos-condiciones-bono-avianca/ (Última consulta 15 de enero de 2021).

La otra posibilidad, como hemos adelantado, es la renegociación del contrato con fundamento en el cambio de circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en las reservas de vuelos y alojamientos para realizar un viaje familiar en temporada baja y que ahora solo pueda realizarse en temporada alta, con el incremento exponencial de costos que ello pueda suponer. Esta situación podría colocarnos en el terreno de la teoría de la imprevisión.

En Venezuela, la teoría de la imprevisión no está expresamente regulada y hemos de reconocer que ha habido cierta tendencia a privilegiar el principio de intangibilidad del contrato[67]. Sin embargo, también en nuestra doctrina encontramos concepciones favorables a su procedencia. En tal sentido, Urbaneja ha sostenido que "…si exigir al deudor que ejerce lo que ha prometido es un acto de justicia, por argumento a contrario resulta injusto exigirle que ejecute una prestación que, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se ha convertido en una cosa distinta de la convenida…". Exigir un cumplimiento en esos términos supondría exceder, en el ejercicio de ese derecho, los límites fijados por la buena fe[68]. Rodner también admite la procedencia de la imprevisión, salvo en los casos en los que "las partes expresamente han previsto una alteración en la economía del contrato"[69]. Rodríguez Ferrara fundamenta su procedencia en los principios de justicia, equidad y buena fe[70].

En nuestra opinión, la procedencia de la imprevisión puede afirmarse, en nuestro sistema civil, sobre la base del principio según el cual las obligaciones deberán cumplirse tal como han sido contraídas (Art. 1.264 CCV), considerando que la excesiva onerosidad no permitiría el cabal cumplimiento en especie. En todo caso, el fundamento más sólido para la teoría de la imprevisión dentro de nuestro sistema es –además de la elemental regla de hermenéutica jurídica según la cual,

---

67 Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*…, ob. cit., pp. 448-449.

68 Luis Felipe Urbaneja, *Concepto sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados* (Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 27 de octubre de 1972), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, pp. 38-40.

69 Rodner, *El dinero*…, ob. cit., pp. 521-523.

70 Mauricio Rodríguez Ferrara, *Introducción al Derecho de obligaciones*, 2ª ed. Actualizada, Ventana Legal Editores, Caracas, 2002, pp. 195-196.

en Derecho privado, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido– que "[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a cumplir no solamente lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley" (Art. 1.159 CCV).

En 2002 la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia admitió que, independientemente de la falta de un reconocimiento expreso de la imprevisión en nuestro Código Civil, la parte que tiene la intención de rescindir un contrato como consecuencia de la excesiva dificultad para el cumplimiento en los términos acordados debe invocar la teoría de la imprevisión como una excepción cuando se le demande el cumplimiento[71].

En caso de tratarse de un contrato internacional, la imprevisión podría ser aceptada como consecuencia de la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales[72], pues tanto la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales como la Ley de Derecho internacional privado venezolana establecen que en busca del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, el juez "[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales", ordenando además que se apliquen, "…cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (arts. 9 y 10 CIDACI; 30 y 31 LDIPV).

Sobre la base de estas disposiciones, el juez venezolano puede, en efecto, recurrir a la *Lex mercatoria* y, en consecuencia, a los Principios

---

71 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0241, 30 de abril de 2002 (*Arturo Pacheco Iglesia et al. C. Inversiones Pancho Villas, C.A*), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0241-300402-00376-00164.HTM (Última consulta 15 de enero de 2021).

72 UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016*, Rome, UNIDROIT, 2016, en: https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016 (Última consulta 15 de enero de 2021).

UNIDROIT, cuando las partes la elijan, en ausencia de elección y para complementar el Derecho estatal elegido por estas o determinado por el juez[73].

Pero esta solución de los Principios UNIDROIT podría incluso alcanzar a los contratos internos, pues el Tribunal Supremo, en Sala Civil, ha aceptado aplicarlos para caracterizar los artículos 1.151 y 1.153 del Código Civil venezolano, que tratan la violencia como vicio del consentimiento, reconociendo que los Principio representan "…tendencias modernas que informan los principios de la contratación comercial", y que se trata de principios generales aceptados en el Derecho comparado[74].

IV. LO QUE PODEMOS ESPERAR

Lo que podemos esperar es un aumento importante en la litigiosidad. En efecto, en los casos en que los usuarios no se encuentren satisfechos con las soluciones ofrecidas por los prestadores de servicios turísticos, van a querer arreglar sus problemas con ayuda de los tribunales. Consideramos además que, en muchos países, Venezuela incluida, los tribunales no prestaron servicios durante un tiempo relativamente prolongado, con lo cual se puede esperar que las nuevas causas se acumulen.

Sería conveniente que los Estados vayan pensando en soluciones alternativas para estos casos, de manera que el volumen de trabajo no sea un obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. En este sentido el arbitraje también puede ser de gran ayuda para desahogar a la jurisdicción ordinaria y brindar una tutela efectiva.

En todo caso, sea cual sea la vía elegida, el operador jurídico deberá tener presente la magnitud de un problema que nos ha sobrepasado

---

73 Claudia Madrid Martínez, "Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria"*, en: C. Madrid Martínez (ed.), *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp. 333 ss.

74 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0176, 20 de mayo de 2010 (Rafael Enrique Alfonzo Sotillo c. Instituto de Clínicas y Urología Tamanaco, C.A. et al.), en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.HTML (Última consulta 15 de enero de 2021).

a todos y buscar soluciones que, a la vez que brinden satisfacción a los derechos del turista, no terminen por asfixiar a un sector que ha sido severamente golpeado por una situación cuyos efectos colaterales son aún inciertos.

EFECTOS FISCALES DE LA PANDEMIA EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LATINOAMÉRICA.

DRA. BETTY ANDRADE RODRÍGUEZ.*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Medidas a corto plazo. 2.1. Procedimentales y materiales (préstamos estatales que incrementa la liquidez de los particulares). 2.2. Medidas materiales (incrementa la liquidez, estimula actividades, constituyendo un gasto fiscal del Estado). 2.3. La experiencia venezolana. 2.4. Medidas procedimentales (actividades de fiscalización y comunicación). 2.5. La experiencia venezolana. 3. Medidas a mediano plazo. 3.1. Los tipos de medidas adoptadas. 3.2. La experiencia venezolana. 4. Medidas a largo plazo. 5. El trabajo remoto, teletrabajo o e-working. 5.1. Medidas a mediano plazo. 5.2. Medidas a largo plazo. 6. Conclusiones.

* Abogado summa cum laude egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Tributario (trabajo especial de grado mención excelencia) de la Universidad Central de Venezuela y Doctor en Ciencias, Mención Derecho (tesis de grado mención excelencia) de la misma Universidad. Profesora de la Cátedra de Derecho Financiero en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Senior Research Associate del International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).

Páginas: 439-469 ISSN: 0798-1457

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos meses, el mundo ha tomado una serie de medidas fiscales para combatir los efectos económicos nocivos de la pandemia. Desafortunadamente, Venezuela se ha retrasado en la aprobación y puesta en práctica de la mayor parte de estas medidas. En todo caso, aun dispone de la oportunidad de corregir su postura actual considerando que el Covid-19 nos acompañará por un período prolongado y que sus efectos se sentirán en la economía y en la sociedad a largo plazo.

Lo primero que tenemos que considerar es que el Covid-19 llegó inesperadamente y ha generado una gran incertidumbre. Desconocemos cuánto tiempo durará la enfermedad, el número de olas, su severidad, la posibilidad de su escalada y, con ello, qué tan duras deberán ser las medidas en el tiempo, su extensión y la intensidad de los daños económicos que se producirán a mediano o largo plazo. Ello implica que ni los particulares ni los Estados pueden hacer una planificación a mediano o largo plazo sobre ella, generando mucha inseguridad, como uno de los aspectos esenciales de este tema. En el caso tributario, los contribuyentes quieren saber qué pueden esperar del Estado, si tienen o no obligación de pago de los tributos mientras duren las medidas más restrictivas, qué va a pasar en los próximos años y sobre todo si tienen que hacer adaptaciones a sus actividades económicas. Lo que ya podemos prever es que varios sectores como el transporte aéreo, hotelero, turístico, etc. tendrán que hacer una serie de adaptaciones para poder continuar prestando sus actividades en esta nueva etapa del mundo.

En este contexto, la mayor parte de los países del mundo adoptaron una serie de medidas a corto, mediano y largo plazo. Estas medidas podrían ser agrupadas cronológicamente como las medidas destinadas a *resistir*, *levantarse* (con el desescalamiento) y *reconstruir* (reinventar

un nuevo mundo, la creación de la "nueva normalidad"). Posiblemente el mundo nunca vuelva a ser exactamente como era antes de la pandemia y ello requerirá la adaptación correspondiente de los negocios. Este ciclo de medidas puede repetirse varias veces en la medida en que se den nuevos focos u olas de la enfermedad. El mundo está mostrando que posiblemente se dicten muevas y en algunos casos más estrictas medidas de contención y sea necesario repetir todas las medidas de la primera fase o, al menos, algunas de ellas. Es posible que no vuelvan a verse casos de confinamiento como los que ya existieron, pero sí restricciones a la movilidad o al ejercicio de determinadas actividades económicas.

Establecido este panorama, en este trabajo haremos una revisión de las medidas tributarias a corto, mediano y largo plazo, para compararlas con las decisiones adoptadas en Venezuela hasta la fecha. Es importante indicar que nos limitaremos aquí a referirnos a las medidas tributarias adoptadas por distintos Estados, excluyendo de ello las estrictamente fiscales no impositivas, por lo cual no trataremos medidas tales como la aprobación de ayudas económicas para el sustento de familias o negocios, el financiamiento de actividades económicas y otro tipo de asistencias financieras distintas de las estrictamente tributarias.

Por último, consideramos pertinente aclarar que ésta es la versión escrita de la ponencia presentada con ocasión del foro organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales titulado "*Migrantes, Pandemia y Política en el Derecho Internacional Privado*"[1] llevado a cabo

[1] Al tratarse de la versión escrita de una ponencia, el número de notas de pie de página en el presente trabajo está reducido a su mínima expresión. En todo caso, el soporte de las afirmaciones realizadas en el presente escrito, así como la relación de las medidas adoptadas alrededor del mundo en materia de Covid-19 puede consultarse en los siguientes documentos: OCDE, Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience, 19 de mayo de 2020, en: https://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm; Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers, 19 de mayo de 2020, en: https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-administration-responses-to-covid-19-measures-taken-to-support-taxpayers-adc84188/; OCDE, Tax Administration Responses to COVID-19: Recovery Period Planning, 26 de mayo de 2020, en: http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-administration-responses-to-covid-19-recovery-period-planning-0ab5481d/; OECD, Tax Administration: Privacy, Disclosure and Fraud Risks Related to COVID-19, 26 de mayo de 2020, en: http://

el 23 de junio de 2020 en homenaje a la magnífica Profesora Tatiana de Maekelt. Tuve el honor de ser su alumna en el Doctorado de Ciencias, mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela y su guía, impulso y ejemplo fueron vitales para culminar con éxito mis estudios de Doctorado y especialmente, mi tesis doctoral al conducir su génesis y sus primeros trazos en el inolvidable taller de tesis que dirigía. Un sincero y sentido homenaje por uno de los mejores docentes de nuestra patria.

2. MEDIDAS A CORTO PLAZO

Las medidas tributarias a corto plazo son aquéllas que tienden a cubrir las necesidades inminentes derivadas de la llegada de la pandemia. Éstas son necesarias porque el inicio de la pandemia en el mundo occidental coincidió con el vencimiento del plazo para la presentación de declaraciones y/o pago de tributos en diversos países del mundo, lo cual vino aparejado con la adopción de medidas de distanciamiento social y el surgimiento de una cantidad de gastos inesperados en el sector salud.

En consecuencia, las medidas fiscales a corto plazo debían procurar, en primer lugar, garantizar la seguridad física tanto de empleados y trabajadores públicos como privados. Cualquier medida adoptada implicaba que los trabajadores se refugiarían en sus casas, lo cual generaría limitaciones e inconvenientes para la preparación de declaraciones, cálculo de tributos a pagar y trámites de pagos, entre otros eventos. Si, por ejemplo, era necesario trasladarse a las oficinas para preparar las declaraciones de rentas porque allí estaba la documentación correspondiente y era requerido permanecer en casa, evidentemente eso tenía que

---

www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-administration-privacy-disclosure-and-fraud-risks-related-to-covid-19-950d8ed2/; CIAT/IOTA/OCDE, *Tax Administration Responses to COVID-19: Business Continuity Considerations*, OECD, Paris, 2020, en: https://www.ciat.org/Biblioteca/Estudios/2020_COVIT19_ciat_iota_ocde.pdf;OCDE, OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis, 3 de abril de 2020, en: http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/; Rogers-Glabush, J. y Morales, T., Emergency Tax Measures in Response to the COVID-19 Pandemic, European Taxation Journal Articles & Papers IBFD, Vol. 60, No. 7, 2020.

ser tomado en consideración por los Estados para exigir la presentación de declaraciones y pago de tributos en un plazo determinado, evitando caer en contradicciones entre una orden de confinamiento y el cumplimiento de un deber formal tributario.

En segundo lugar, las medidas fiscales debían atender a los problemas de liquidez. Las empresas, al cesar o reducir sus actividades pasaron a tener déficit de liquidez, lo cual afectaría directamente la supervivencia de los negocios y el mantenimiento de los puestos de trabajo. Evidentemente, la pandemia hacía precisa la atención especial de los Estados en la preservación de las fuentes de empleo, por lo cual los Estados debían procurar una forma de preservar la liquidez de las empresas para mantenerlas a flote durante la vigencia de las medidas a corto plazo. Por eso, este conjunto de medidas a corto plazo, se relacionan con la *resistencia del sector económico.*

Por su parte, la necesidad de dotar a las instituciones médicas y asistenciales con recursos para combatir la pandemia y que existan o se potencien estudios de curas y vacunas es también vital para poder comenzar medidas reales y efectivas de desescalamiento.

Sobra decir que los riesgos de contagio son mayores en los países que no pueden adoptar en la práctica las medidas de contención, en la medida en que un sector importante de la población precise mantenerse activo en la calle para poder realizar sus actividades y no poder acudir al teletrabajo o formas alternativas de sustento. Sabemos sobradamente que Venezuela es uno de esos casos.

Atendiendo a estas necesidades, las medidas fiscales a corto plazo pueden ser agrupadas de la siguiente forma:

2.1. Procedimentales y materiales (préstamos estatales que incrementa la liquidez de los particulares)

Las primeras medidas que pueden ser adoptadas son aquéllas por las cuales el Estado hace préstamos estatales e incrementa la liquidez de los particulares. Estas medidas son consideradas préstamos estatales, aun cuando estemos hablando de medidas tributarias, porque implica que el Estado otorgue un diferimiento para el pago de los tributos, por lo cual, recaudará las sumas correspondientes en una fecha posterior a

la originalmente prevista para ello, otorgando un financiamiento a los contribuyentes para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

En la experiencia comparada veremos distintas formas de diferimiento de tributos. Algunas veces, el diferimiento aplica automáticamente, esto es, a todos los contribuyentes que se encuentren en una determinada situación. Otras veces, el diferimiento es acordado bajo requerimiento, algunas veces para todos los tributos y en otros, sólo para algunos tributos. También veremos que en algunos casos el diferimiento es acordado para todos los contribuyentes y en otros sólo para los que están afectados por el Covid-19, pudiendo este hecho estar o no sujeto a prueba (esto es, las administraciones podrían decidir listar las actividades que estarían amparadas por el diferimiento o podrían decidir que el diferimiento sea analizado caso por caso). En otros casos, el diferimiento aplica sólo a pequeñas y medianas empresas, considerando que las grandes empresas tendrán la capacidad de cumplir con sus obligaciones tributarias, considerando que contarán con la liquidez necesaria para hacer frente a sus obligaciones tributarias y seguir adelante con sus actividades.

En todo caso, para el otorgamiento de estos diferimientos puede ser importante considerar qué tipo de actividades están realizando las empresas potencialmente beneficiadas con esta prórroga, dado que las empresas que pueden operar remotamente a través de medios tecnológicos e internet están más protegidas de las consecuencias del covid-19 y las medidas de confinamiento que las empresas de la economía tradicional, por lo cual es posible que no requieran de estas medidas de protección especiales o las requieran en un menor grado.

Un aspecto adicional a considerar en el diseño de los diferimientos de pago es el plazo por el cual éstos deben extenderse. La pregunta obligatoria es hasta cuándo debe mantenerse esta prórroga a fin de evitar que se generen problemas de liquidez en el Estado y también evitar que se acumulen las deudas en los particulares. La acumulación de estas obligaciones ocasionaría no sólo un déficit presupuestario en el gobierno, sino que las propias empresas carezcan de los medios para el cumplimiento total de las obligaciones diferidas. Por ello, el otorgamiento de estas prórrogas debe ser suficientemente prolongada para el alivio financiero requerido por las empresas, pero también suficientemente

cortas como para evitar mayores daños patrimoniales tanto en el sector público como privado.

Otro punto que se ha manejado es que no deberían causarse intereses moratorios sobre los montos debidos en caso de otorgamiento de prórrogas, conclusión que consideramos obligada, al no existir mora del deudor por el otorgamiento de la extensión por el acreedor. Tampoco se configurarían los supuestos para la imposición de sanciones, toda vez que el pago ocurriría dentro de los plazos acordados. Sin embargo, diversos Estados también han considerado la opción de no eximir del pago de intereses causados, sino de reducir las tasas de interés aplicable, basado en la idea de que ambas partes de la relación jurídico-tributaria compartan los riesgos de la pandemia entre el Estado y los particulares[2].

Otras variantes han sido implementadas en el diferimiento de pago. Una de ellas sería acordar la extensión del plazo de cumplimiento estableciendo que si el particular renuncia a dicha extensión, se otorgará una reducción del monto que originalmente adeuda el contribuyente. Una disposición como la indicada pretende motivar a las empresas a que procuren no hacer uso de la prórroga si no les es estrictamente necesario, reduciendo así la presión fiscal en el Estado por el otorgamiento del financiamiento respectivo.

---

[2] Sin embargo, se ha planteado el debate sobre si la imposibilidad de cumplimiento del deber formal o material correspondiente debido a causas de fuerza mayor, sea porque no existe la posibilidad material, física, de cumplimiento o sea porque los fondos correspondientes que debían estar destinados al pago de tributos deben ser destinados a la protección del patrimonio propio, debe generar la causación de multas e intereses a cargo de los sujetos pasivos que formalmente incumplan estas obligaciones. En varias legislaciones -incluyendo legislaciones latinoamericanas- la solución ha sido formalizar en la normativa una *condonación* de multas e intereses por el cumplimiento con retardo.

Sin embargo, si es posible probar que existe la imposibilidad de la preparación de la declaración de rentas o de la realización del pago correspondiente, sea porque no es posible acceder a la oficina o sede donde se encuentra la información correspondiente o no hay acceso a los portales o instrumentos de pago, por ejemplo, y queda evidenciado que se agotaron todos los esfuerzos para efectuar el pago respectivo, entonces quedará claro que no procede la causación de intereses moratorios porque el retardo en el pago no es imputable al deudor. Tampoco deberían generarse multas por ese pago con retardo, pues existe una eximente de responsabilidad verificada en este supuesto. Eso en todo caso implica que en cuanto se habiliten los mecanismos que permitan cumplir con la declaración y pago correspondiente la persona deberá proceder a hacerlo. En todo caso, el contribuyente deberá ser capaz de probar esta situación irresistible que impide el cumplimiento correspondiente para oponer la no causación de intereses o la imposición de multas por el pago tardío.

En algunos debates se ha cuestionado que el diferimiento en la presentación de la declaración puede tener un impacto negativo en la determinación de la procedencia de reembolsos de impuestos. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en los casos de jurisdicciones que prevén la práctica de retenciones totales en la fuente y que aguardan al cierre del ejercicio económico para la presentación de la declaración definitiva y con ella determinar si procede algún reembolso por retenciones hechas en exceso, tal como podría ser el caso de la aplicación de tasas de retención reducidas previstas en los convenios para evitar la doble imposición (como es el caso de los pagos por intereses o regalías en muchos Estados). En este caso, el otorgamiento de una extensión puede ser contraproducente para las empresas que estén esperando hacer la presentación de la declaración para obtener el reembolso correspondiente. Sin embargo, se ha argumentado que la extensión del plazo para la presentación de la declaración no necesariamente implica que las empresas tengan que hacer uso del mismo, es decir, una empresa puede presentar su declaración cuando lo tenía originalmente pautado, iniciándose regularmente su proceso de reintegro o de reembolso, sin que se vea afectada por el otorgamiento de las prórrogas.

Otra opción que es manejada es el otorgamiento de fraccionamientos de pago, donde ocurre la presentación de la declaración de impuesto (al tener la capacidad operativa para generarla), pero donde se difiere el pago del tributo determinado por falta de liquidez. La situación variará en cada caso dependiendo de los elementos que ocasionan la demora respectiva: si la capacidad de proceder al cálculo del tributo, la posibilidad de proceder a su pago o ambos.

Asimismo, se estudia la posibilidad de acordar la suspensión del pago de anticipos de impuestos o la reducción del monto de los anticipos debidos. Ello podría ocurrir en el caso de los anticipos debidos en concepto de Impuesto sobre la Renta en el caso venezolano, en la medida en que puede esperarse que la declaración de rentas del ejercicio 2020 no reportará mayores enriquecimientos para un número importante de empresas. Ello, en consecuencia, deberá conllevar a que las empresas no se vean obligadas a pagar anticipos de este tributo o a que lo sean en un monto menor del que originalmente se habrían causado,

posibilidad que está contemplada en el propio artículo 161 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta venezolana[3].

2.2. Medidas materiales (incrementa la liquidez, estimula actividades, constituyendo un gasto fiscal del Estado)

En esta opción el Estado sí renuncia al cobro de tributos. Se trata del otorgamiento de exenciones o de reducciones de tasas impositivas aplicables. Las exenciones, principalmente con efectos a corto plazo, están destinadas a garantizar la dotación de los hospitales y la posibilidad de que las personas cuenten con los insumos para una protección adecuada. Por eso hablamos de exenciones de diversos tributos como los impuestos de donaciones, Impuesto al Valor Agregado e impuestos de importación. Es el caso de las exenciones de impuestos sobre donaciones o Impuesto al Valor Agregado sobre insumos que son donados a hospitales, del impuesto sobre donaciones hechas con propósitos caritativos, de los tributos aduaneros sobre importaciones de insumos médicos, gel antibacterial y bebidas alcohólicas que pueden ser usadas para su fabricación. También se refiere a la protección de sectores económicos vulnerables, acordando la exención del impuesto al turismo, sector hotelero, transporte de pasajeros, espectáculos públicos, etc.

Se da también como alternativa no eximir, pero sí reducir las alícuotas de los tributos aplicables sobre los mismos productos indicados (mascarillas, soluciones antibacteriales, soluciones antisépticas, jabón, etc.), así como la reducción de las tasas de los tributos aplicables sobre los sectores vulnerables en la medida en que puedan seguir operando (restaurantes, cafés, hoteles, etc.).

Otro caso es la reducción de las tasas de las contribuciones de seguridad social, o la suspensión o exención de pagos de estas contribuciones para garantizar la preservación de la nómina evitando así la realización de despidos masivos, implementándose en consecuencia medidas que reducen la presión fiscal sobre el mantenimiento de los trabajadores.

---

[3] Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Retenciones, Gaceta Oficial No. 5.662 Extraordinario del 24 de septiembre de 2003.

Medidas como las antes indicadas pertenecientes a ambos grupos -procedimentales y materiales- han sido adoptadas en Latinoamérica en países tales como Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Panamá, Perú y Uruguay.

2.3. La experiencia venezolana

En el caso venezolano lo único que encontramos es la Resolución No. 079 dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Salud[4], en la cual se exonera del IVA los impuestos, tasas y otros tributos por las importaciones definitivas de mascarillas, tapabocas, medicamentos y otros insumos relacionados realizadas por los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, destinados a evitar la expansión del Covid-19.

En consecuencia, las medidas son bastante más reducidas que las adoptadas en otras partes del mundo, incluyendo en nuestro hemisferio. No puede apreciarse la existencia de una serie de medidas claras bien sea destinadas a financiar el pago del tributo o a efectuar renuncias fiscales para la protección de la salud y de los distintos sectores económicos afectados por la pandemia.

2.4. Medidas procedimentales (actividades de fiscalización y comunicación)

En general se trata de la suspensión de los procedimientos de fiscalización, comunicación y de la suspensión de los plazos para el cumplimiento de requerimientos administrativos (tal y como podría ser el caso de la obligación de presentación de una declaración informativa, ante la incapacidad de efectuar los traslados necesarios para la recolección y procesamiento de información para su elaboración).

También incluye la adopción de medidas por parte de las administraciones tributarias para facilitar la comunicación a distancia (tal y como es el caso de la habilitación de líneas telefónicas, chats, etc.).

[4] Publicada en la Gaceta Oficial No. 41.854 del 3 de abril de 2020.

Por su parte, las auditorías en curso se suspendieron en diversos países del mundo y, en aquellos casos en los cuales no fueron suspendidas, se acordó enfocarlas en ciertos aspectos claves, por ejemplo, evitar que existan fraudes en los beneficios otorgados sobre actividades económicas específicas como consecuencia de la pandemia (evitando que haya manipulaciones para que personas a las que no está dirigida la exención o beneficio se beneficien de ellos). En consecuencia, se trata de auditorías puntuales para aspectos muy específicos.

En el mismo sentido, se ha acordado la suspensión de los procesos penales fiscales, la suspensión de plazos de presentación de recursos o, en su lugar, la habilitación de la presentación electrónica de los recursos.

En lo que se refiere al trámite de los procedimientos recursivos en curso, se ha previsto *(i)* la suspensión de la actualización de las multas o la causación de intereses (por ser la causa de la demora en la decisión del recurso no imputable al deudor-contribuyente) o *(ii)* la rápida decisión de recursos para aumentar la certeza jurídica de los contribuyentes a fin de que los administrados puedan conocer sus obligaciones.

También se ha previsto suspender los procedimientos de ejecución de créditos fiscales o, en su lugar, prohibir o limitar el embargo de bienes que son necesarios para la protección del mínimo vital. Ambos constituyen mecanismos alternativos entre sí y dependen de una decisión de mayor o menor intervención en el patrimonio del particular.

Asimismo, en caso de acordarse la suspensión de los procedimientos de ejecución de créditos fiscales, las administraciones reclaman la posibilidad de dictar medidas de aseguramiento que eviten que, mientras está suspendido el procedimiento de ejecución, los contribuyentes se insolventen o enajenen sus activos.

De igual forma, se prevé que si se suspenden las auditorías y los procedimientos administrativos, también deben suspenderse los plazos de prescripción para evitar que se pierda la oportunidad de hacer efectivos los derechos tanto de los contribuyentes de obtener reembolsos de determinadas cantidades como de la administración del cobro de obligaciones tributarias.

Se habla también del aceleramiento del proceso de reintegro de los tributos pagados en exceso para aumentar la liquidez de los contribuyentes y la suspensión en los países en los que esto existe, de la publicación de los datos de los contribuyentes que presentan moratoria fiscal. Ello es así por cuanto, al estar suspendidos los procedimientos, no puede conocerse con exactitud quienes son los contribuyentes que presentan una situación de moratoria.

Medidas como las indicadas pueden verse en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Honduras, El Salvador, Guatemala, México y Panamá.

2.5. La experiencia venezolana

En el mes de marzo de 2020 se generó alarma sobre el vencimiento inminente del plazo para la presentación de la declaración y pago del Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio fiscal 2019 que operaba, para un universo importante de contribuyentes, el 31 de marzo. No fue el único tributo cuyo cumplimiento se vio afectado por las medidas de contención del covid-19, pero fue uno de los más relevantes. Las limitaciones al cumplimiento de esta obligación llevaron a que se elevaran diversas solicitudes al Ejecutivo Nacional para que otorgara una prórroga o extensión del plazo de pago del tributo como había ocurrido en otros Estados.

Sin embargo, la única medida que fue dictada es el Decreto de emergencia No. 4.160 prorrogado por Decreto No. 4.186[5] cuya Disposición Final Sexta fue interpretada en el entendido de que de ella se desprendía la existencia de una prórroga o extensión de la obligación de presentación de requerimientos y cumplimiento de obligaciones. Ahora bien, es importante considerar que el artículo 8 del Decreto No. 4.160 establece que es el Presidente quien puede ordenar la suspensión de actividades. Por su parte, la Disposición Final Sexta dispone que "*la suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las*

[5] El Decreto No. 4.160 fue publicado en la Gaceta Oficial No. 6.159 del 13 de marzo de 2020 prorrogado por Decreto 4.186 publicado en la Gaceta Oficial No. 6.528 del 12 de abril de 2020.

restricciones a la circulación que fueren dictadas no podrá ser considerada causa imputable al interesado". La consecuencia de esta disposición es lógica: hay una causa extraña no imputable que hace que ninguna de las partes deba sufrir las consecuencias derivadas de la suspensión de las actividades. Ello quiere decir que no deberían generarse intereses por demoras derivadas de esta suspensión o interrupción. Ahora, cuando se hace una lectura literal de la norma, ésta parece referirse a la suspensión de procedimientos administrativos ya iniciados, es decir, de procedimientos en curso. Además se habla de actividades suspendidas por el Presidente, siendo que la Administración Tributaria nacional había continuado sus actividades habituales, por lo cual no resulta tan claro afirmar que este Decreto de emergencia aplica a los casos de diferimiento del pago de las declaraciones impositivas.

Sin embargo, una interpretación más global del sentido del Decreto de emergencia y bajo el entendido de que pueden existir causas que justifiquen que los particulares no puedan presentar la declaración de rentas, pues no puede pedirse a los particulares que prioricen la presentación de las declaraciones rentas sobre la protección de su propia salud y la de sus trabajadores, es entender que esta disposición lo que pretende es establecer que, en la medida en la cual no se pueda cumplir con una actividad conexa con la administración por causas que no sean imputables al administrado, ello no podrá repercutir negativamente en el patrimonio de ese administrado. Sobre la base de una argumentación similar Humberto Romero-Muci mantuvo en su cuenta de twitter que la Disposición Final Sexta habilita la extensión del plazo para la presentación de la declaración y pago de Impuesto sobre la Renta. Como puede verse, la redacción de la Disposición Final Sexta puede dar lugar a diversas lecturas, atribuyéndoles un sentido más o menos garantista, según el caso.

3. MEDIDAS A MEDIANO PLAZO

Las medidas a mediano plazo aplican cuando comienza la desescalada, en donde es previsible una reducción de la capacidad de pago de los tributos, la necesidad de proteger el desarrollo de las actividades económicas y la capacidad de subsistencia de las familias. En este caso

las medidas deben concentrarse en los sectores especialmente vulnerables tales como turismo, entretenimiento, restaurantes, cafés, salas de concierto, etc. que no han producido ingresos durante la etapa de contención. También hay que considerar que el levantamiento de las medidas de contención es gradual, por zonas y actividades económicas, con posibles retornos a distintas formas de confinamiento y nuevas paralizaciones de actividades.

El problema podría ser visto en forma excesivamente simplificada: si la empresa o el particular no tuvo renta, pues no se causará el hecho imponible del Impuesto sobre la Renta, sin que se requiera la adopción de medidas adicionales para proteger al particular-contribuyente. Sin embargo, hay que tomar en consideración la necesidad de adoptar medidas que permitan la recuperación económica. También es posible que se den disparidades que devengan de las diferencias de la disponibilidad de la renta entre ingresos pagados y causados, por lo cual una empresa formalmente podría tener ingresos pero carecería de la liquidez necesaria para el pago de los tributos. Además, una información como la indicada no tomaría en consideración el impacto de la pandemia sobre todos los tributos, dado que algunos de ellos, basados en otras mediciones de riqueza distintas a la renta, deberían ser efectivamente pagados - como el caso de los impuestos al patrimonio-, sin importar la generación de rentas positivas en un ejercicio específico.

Las medidas a mediano plazo también deben motivar la investigación y generación de vacunas y medicación adecuada, así como toda forma de protección de los sectores de salud durante el ciclo completo de la pandemia, lo cual puede requerir del otorgamiento de incentivos fiscales para el financiamiento de tales actividades.

La adopción de cualquier esquema a mediano plazo debe considerar la existencia del severo déficit económico de todos los países del mundo -sin que Latinoamérica esté exenta de ello-, que requerirá de medidas especiales de reconstrucción. Es esperable que para el siguiente ejercicio económico muchas empresas no tengan la posibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales, así como que las empresas requieran contar con un mayor capital retenido para reconstruirse o reinventarse. Es necesario recordar que gran parte de este proceso ha llevado al mundo a la llamada “nueva normalidad” que conlleva que las

empresas tengan que hacer importantes adaptaciones en sus procesos productivos. Todo este panorama requiere de la implementación de una serie de medidas a mediano plazo, tales como el otorgamiento de exenciones y beneficios fiscales que permitan impulsar el desarrollo económico, así como la exención de rentas extraordinarias, por ejemplo, de las que hubieran percibido los trabajadores de salud por su esfuerzo extraordinario durante la pandemia. Evidente resulta también la necesidad de eximir los ingresos de los sectores más vulnerables, como podría ser el caso del sector turismo.

3.1. Los tipos de medidas adoptadas

Medidas del tipo mencionado han sido adoptadas en algunos países latinoamericanos como es el caso de Argentina, Chile, Colombia, México, Perú y Uruguay.

Las medidas adoptadas están esencialmente relacionadas con la exención del pago del Impuesto sobre la Renta u otros tributos sobre toda una serie de eventos o ingresos (o entradas económicas) que han surgido durante la pandemia. Tal es el caso de las exenciones otorgadas sobre los bonos acordados a personas naturales para el sustento de su familia durante la cuarentena especialmente en los casos de suspensión de salarios, sobre las ayudas de fondos públicos otorgados para combatir la pandemia, sobre bonos pagados a cierto tipo de trabajadores por su ayuda durante la pandemia, por ejemplo médicos, trabajadores de supermercados, repartidores, etc., sobre bonos para compensar gastos de trabajadores que se encuentran en régimen de teletrabajo (tales como agua, electricidad, impresiones, etc. que normalmente eran asumidas por el empleador al prestar los servicios en la oficina correspondiente[6]), sobre pago de salarios de los trabajadores de los sectores más afectados (tales como turismo, restaurantes, organización de eventos, salud, etc.[7]),

[6] Estos pagos no deberían realmente calificar como ingreso sino como reembolso de los costos asociados a la prestación del servicio a favor del patrono, por lo cual no requeriría su consagración como una exención, pero es la práctica que se ha visto asumida por algunos Estados.

[7] Esto se derivaría de la aceptación de distintos empleados -como es el caso de los trabajadores del sector de transporte aéreo de pasajeros- de reducir su salario para preservar su empleo. En este caso, el otorgamiento de la exención correspondiente pretende restaurar al menos en parte el equilibrio económico del trabajador derivado de esa renuncia económica.

sobre ingresos de negocios al detal, hospitales y sectores de entretenimiento, sobre pagos de impuesto al patrimonio y otros que no dependen de la generación de rentas (por ejemplo, inmuebles urbanos, vehículos, mínimos tributables, etc.) y sobre impuestos sobre pagos electrónicos (para fomentar la economía electrónica y pagos electrónicos para que las personas no se desplacen para la adquisición de bienes y servicios).

Por su parte, otros Estados no han acordado exenciones como las antes indicadas, pero sí han previsto reducciones de las tasas impositivas de ciertos tributos para los sectores más vulnerables, como es el caso del turismo, transporte, entretenimiento, etc.

Dentro de estas medidas a mediano plazo -pensadas para pagos causados en 2021 o eventualmente en 2022- también se considera el otorgamiento de créditos fiscales sobre el Impuesto sobre la Renta por gastos extraordinarios incurridos, como el caso de la descontaminación de espacios de trabajo, arrendamiento de inmuebles (cuando la empresa tuvo que detener sus actividades), inversiones en publicidad, donaciones para ayudar a combatir el Covid-19, etc.

Otras medidas han permitido la conversión de costos en gastos para el cálculo del Impuesto sobre la Renta, permitiendo la deducción inmediata de costos asociados a inversiones en la producción de bienes claves para la contención, protección y combate de la enfermedad. De igual forma, se ha permitido la deducción de las donaciones hechas para combatir la pandemia.

Igualmente, se ha previsto permitir la modificación del uso del método FIFO al método LIFO para aumentar los costos del inventario que serían deducibles en la siguiente declaración de Impuesto sobre la Renta.

En otros supuestos se ha permitido corregir puntualmente las reglas de determinación de la renta que pasaría de causada a pagada para ciertos supuestos, como arrendamientos y arrendamientos financieros (especialmente si la suspensión del cobro de arrendamientos deriva de una orden gubernamental).

Por último, se ha previsto el diferimiento de pagos mínimos del Impuesto sobre la Renta -como fue el caso del Impuesto a los Activos Empresariales- al menos por un año.

3.2. La experiencia venezolana

La única experiencia concreta en el tema es el Decreto de exoneración del Impuesto sobre la Renta publicado el 2 de abril de 2020[8] en el cual se exonera del Impuesto sobre la Renta el enriquecimiento anual de fuente territorial obtenido por personas naturales residentes durante el año 2019, cuyo salario normal o ingreso proveniente del ejercicio de su actividad, al cierre de dicho período no supere tres salarios mínimos vigentes al 31 de diciembre de 2019 (Bs. 450.000 o 9.000 U.T.). La norma también consagra que si se hubieren hecho pagos totales o parciales del Impuesto sobre la Renta sin considerar esta exoneración, se reconocerá dicho crédito fiscal que podrá ser aplicado contra los pagos de ejercicios posteriores.

Dado que el Decreto fue publicado luego del vencimiento del plazo para presentar la declaración de Impuesto sobre la Renta, el efecto práctico de una medida como ésta es que quienes presentaron su declaración de rentas de 2019 tendrán un crédito fiscal contra deudas futuras, sea contra las cuotas remanentes del Impuesto sobre la Renta de 2019, sea contra impuesto de ejercicios futuros. El Decreto ha sido muy criticado y considerado insuficiente por el ínfimo monto de la base de exoneración (al punto que la inmensa mayoría de los venezolanos obtienen ingresos muy superiores a dicha base) y que, además, el Decreto llega a destiempo, toda vez que para la fecha de su emisión una gran parte de los venezolanos ya debieron haber hecho desembolsos para el pago del tributo correspondiente. Además, se ha indicado que para el próximo ejercicio fiscal -2021- el monto del crédito fiscal oponible contra el pago del impuesto respective estará completamente consumido por la inflación, careciendo de efecto práctico alguno.

4. MEDIDAS A LARGO PLAZO

Se refiere a las medidas que se dicten una vez superada la contingencia y que lleven al establecimiento y afianzamiento de la nueva normalidad. Entre otras cosas, ello requiere el reconocimiento de que hubo

[8] Decreto No. 4.171 del 2 de abril de 2020 publicado en la Gaceta Oficial No. 6.523.

una aceleración de la digitalización de la economía y el establecimiento del teletrabajo (*e-working*) como una forma normal de prestación de servicios, plenamente incorporada al proceso productivo.

Las empresas necesitan desahogos financieros para que el sector económico continúe creciendo. Sin embargo, es fácil identificar propósitos encontrados en la actuación estatal. Por un lado, la necesidad de que las empresas se estabilicen, que se reconstruyan los puestos de trabajo, que se atienda a la necesidad de las empresas de hacer adaptaciones para continuar realizando sus actividades económicas, incluyendo establecimiento de medidas de seguridad en los establecimientos, ampliación de las distancias en locales comerciales, modificación de espacios en transportes públicos y privados, instalación de pantallas y otros elementos de protección en locales y oficinas, etc. Si las empresas deben cambiar, debe haber estímulo a esa resiliencia. Imponer un cambio forzado sin un estímulo u apoyo económico sólo va a producir mayor colapso económico. El Estado debe estimular que este cambio efectivamente se materialice. También los sectores más vulnerables por la mayor duración de las medidas de contención deben tener una protección especial, así como los servicios médicos. La deuda pública y privada también debe ser objeto de atención especial para contar con los capitales necesarios para la reconstrucción.

Sin embargo, por el otro lado, los Estados necesitan obtener mayores recursos económicos para financiar las medidas gubernamentales lo cual ocurriría naturalmente con el incremento de los ingresos tributarios. Resulta entonces claro que las medidas Covid-19 se presentan aquí entre dos límites con intereses contrapuestos: medidas fiscales para la protección de las empresas frente a la mayor generación de ingresos tributarios.

Dentro del primer grupo, es decir, el otorgamiento de beneficios e incentivos fiscales, podemos encontrar medidas orientadas a otorgar alivios tributarios para las empresas, como el caso del traslado de pérdidas sufridas por sucesivos ejercicios fiscales, sea hacia ejercicios futuros o pasados (*loss carry back*) que generaría una mayor liquidez de las empresas, la reducción de alícuotas de impuestos pagaderos por los bancos sobre intereses por préstamos otorgados a determinados sectores, la depreciación acelerada de ciertos bienes tangibles e intangibles y otras

"super-deducciones" (deducciones extraordinarias que normalmente no se hubieren permitido o que son mayores que la erogación efectiva en la que incurrió el contribuyente y que resulten en una reducción de la base de cálculo del impuesto), la modificación del método de cálculo del costo del inventario del FIFO al LIFO lo cual permitiría reducir la base de cálculo del tributo y los beneficios fiscales y rebajas de impuesto por inversiones en sectores clave (servicios médicos, farmacéuticas, prevención de riesgos, etc.). Este último aspecto es particularmente relevante para estimular la realización de inversiones en sectores económicos que requieran la asistencia financiera.

Sin embargo, hay un punto de especial atención para la vigencia y efectividad de estas medidas. En tanto el mundo se mueve en torno al otorgamiento de estas medidas, paralelamente la OCDE está hablando de la creación de una tasa de tributación mínima efectiva a lo largo de todos los países del mundo a través del denominado Pilar 2 de la tributación de la economía digital[9]. El fundamento principal de esta propuesta es que todos los Estados graven la renta con una tasa mínima efectiva y si algún Estado no aplica dicha tasa, entonces el país de la residencia será el que gravará el diferencial hasta llevarlo a ese monto mínimo. Esto ha generado diversas críticas sobre el esquema propuesto por la OCDE, toda vez que si el país de la fuente desea crear beneficios fiscales para atraer inversiones, dicho incentivo se vería anulado por el país de la residencia al gravar ese diferencial, con lo cual el sacrificio económico del país de la fuente sería incremento del ingreso del país de la residencia. Este efecto se ve hoy aún más potenciado con el Covid-19 cuando se habla del otorgamiento de incentivos fiscales asociados a la recuperación económica y que se pueden ver totalmente anulados y perder todo efecto si el país de la residencia toma provecho de esos incentivos económicos otorgados por el país de la fuente. En consecuencia, será necesario que cualquier decisión adoptada con relación a esta propuesta, permita mantener la efectividad de las medidas fiscales de recuperación económica.

---

9 OCDE, *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal ("GloBE") - Pillar Two*, 8 de noviembre de 2019, en: https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf.

Ahora bien, tal y como indicamos anteriormente, la otra cara de la moneda está dada por quienes consideran que es necesario generar mayores ingresos tributarios en la era post-pandemia (o lo que parece convertirse en una larga etapa de pandemia). Los Estados necesitan mayores fondos para hacer frente a la pandemia, pero ello no debe hacerse atentando contra el precario equilibrio económico de las empresas durante este período. Para la generación de estos ingresos tributarios se generan ideas como la creación de nuevas contribuciones de seguridad social obligatorias para los empleadores a fondos de asistencia médica, dando más atención al sector salud que el otorgado hasta el día de hoy. También se habla de crear gravámenes sobre los intereses de las cuentas de ahorro con saldo mayores a ciertas cantidades que actualmente se encuentran exentas.

Asimismo, la economía digital es tratada como el nuevo petróleo, derivada del aceleramiento de la digitalización de la economía como consecuencia de la pandemia. La gran discusión que surge es si debe seguirse adelante con la implementación de nuevas medidas tributarias sobre la economía digital, incluyendo la puesta en marcha del Pilar 1[10] por el cual se permitiría que las jurisdicciones de los mercados tengan poder tributario para gravar estas actividades económicas. La economía digital es vista entonces desde dos perspectivas: la potencial fuente de nuevos ingresos tributarios o el sector económico del cual depende el resurgimiento de la economía y que merece especial protección.

Debemos entender que cada sector económico ha sido impactada en forma muy diferente con la pandemia, empezando por sectores muy afectados, como el sector turismo. También hay otros sectores en proceso de migración, que están en vías de convertirse en negocios digitales y cuyo proceso se vio acelerado por la pandemia, como el caso de los bancos digitales, la educación online y el fortalecimiento del teletrabajo. Otro sector es el de la economía digital tradicional ya existente y asentada antes de la pandemia y que de alguna forma se ha

[10] OCDE, Public consultation document Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One, 9 de octubre de 2019, en: https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf

visto exponenciada con todo el proceso derivado de la migración hacia la digitalización de la economía, como puede ser el caso de empresas como Zoom, Amazon o Micosoft Teams, derivado del incremento de las compras online, así como la utilización de estos recursos como herramientas de comunicación y trabajo. El comportamiento de la economía, en consecuencia, ha sido muy diferente en los distintos sectores económicos lo cual ha generado grandes debates de los actores gubernamentales sobre si deben crearse nuevos tributos o incrementar las cargas impositivas de la economía digital.

Por un lado, algunos sectores indican que no deben crearse nuevos tributos sobre este sector, porque de la economía digital dependerá la recuperación económica global. Ese grupo considera que deben crearse nuevos impuestos sobre otros elementos, como los tributos a la emisión de carbono, disposición de desechos plásticos y demás tributos verdes, asociados a los gravámenes de actividades no deseadas y que permitirían controlar el calentamiento global. Dentro de este mismo sector también debemos incluir a quienes -como el caso del paquete de medidas tributarias presentado por la Unión Europea en 2020[11]- consideran que debe hacerse énfasis en el combate de la evasión y elusión fiscal en lugar de en la creación de nuevas cargas tributarias.

Otro sector ha sido muy activo en la defensa de que deben crearse nuevos tributos sobre este sector económico, traducidos en impuestos nacionales como el impuesto a los servicios digitales en cada país sobre la economía digital y, asumiendo posiciones aún más duras, sosteniendo la creación del impuesto a las ganancias excedentarias.

Esta última posición se fundamenta en la idea de que una serie de empresas, especialmente las empresas digitales, se han beneficiado de los efectos de la pandemia. La realidad es que como el mundo ha migrado a la economía digital y están siendo utilizadas una serie de nuevas plataformas para el desarrollo de las actividades económicas, hay una serie de operadores económicos que tienen una ganancia extraordinaria que no hubieran obtenido si no se hubiese producido la pandemia. Por

[11] Comunicación (2020) 312 final de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo Europeo sobre el Plan de Acción para la tributación justa y simple apoyando la estrategia de recuperación de 15 de julio de 2020.

ello, distintos autores, como es el caso de Avi-Yonah[12], habla de la posibilidad de crear un impuesto a las ganancias extraordinarias, aplicando para ello el precedente del impuesto a las ganancias extraordinarias creado luego de las guerras mundiales para quienes se beneficiaron de la situación derivada de estos conflictos bélicos. El último caso registrado en este sentido se trató del impuesto a las ganancias excedentarias existente entre 1940 y 1950 en los Estados Unidos. La base de cálculo estaba determinada por la diferencia entre las rentas del ejercicio gravable y el promedio de rentas de un número de años anteriores (en los precedentes, se trató del promedio de las rentas obtenidos por el contribuyente en los cinco ejercicios anteriores) más un porcentaje determinado de las inversiones de capital. El resultado era gravable con una alícuota del 95% sobre el diferencial, con lo cual la mayor parte de esas ganancias excedentarias pasaba al Estado en forma de tributos.

El fundamento de una propuesta como la indicada es evitar que alguien se aproveche de la crisis, corrigiendo las injusticias, sobre la idea de que no debe haber unas personas que se beneficien de la pandemia mientras otros se perjudican con ella. Pero la gran pregunta es si realmente hay un "*aprovechamiento de la crisis*" o si simplemente se trata de entidades que estaban en el mejor lado posible al momento del comienzo de la crisis y que, dentro del riesgo propio de la ejecución de toda actividad económica, obtuvieron un resultado favorable de su inversión. Asimismo, un tributo como éste puede violar el principio de neutralidad fiscal que parte de la idea de que la tributación no debe intervenir en el normal funcionamiento del mercado y no pueden ser los tributos los que determinen la conducción de la economía -dejando de lado el caso de los tributos con fines parafiscales, muy específicos para corregir ciertas conductas-. Pareciera que así lo que tuvimos fueron ganadores y perdedores y las empresas de la economía digital fueron los grandes ganadores de la particular situación de 2020, pero se vieron favorecidos de buena fe pues ellos no realizaron conducta alguna que

[12] Avi-Yonah, Reuven S., *Taxes in the Time of Coronavirus: Is It Time to Revive the Excess Profits Tax?*, University of Michigan Public Law Research Paper No. 671, University of Michigan Law & Economy Research Paper No. 20-008 (9 de mayo de 2020), en: SSRN: https://ssrn.com/abstract=3560806

generara la crisis. Asimismo, debemos entender es que la reconstrucción del mundo en la era post-pandemia pasa por la economía digital, de tal manera que afectar el desarrollo de este sector económico no parece una decisión sabia a largo plazo.

Un último grupo considera que, en lugar de crear nuevos tributos o reglas sobre el sector, debe continuarse adelante con los proyectos ya iniciados por la OCDE para la tributación de la economía digital, fundamentado en los Pilares 1 y 2 presentados por este ente[13]. Es una aproximación ambiciosa, ya que la OCDE comenzó estos trabajos en 2015 sin que hasta la fecha se haya podido lograr resultados sobre las reglas de tributación de la economía digital[14]. Estados Unidos ha manifestado no estar de acuerdo porque considera que una decisión acelerada, no pensada, sólo terminará ahogando a este sector económico que es el único que ha sobrevivido sin problemas la pandemia. Hay otra visión más académica que considera que si se toman decisiones a prisa sólo estaríamos aportando soluciones superficiales no sustentadas en bases jurídicas sólidas y que no podrían soportar los cambios normales que se deriven de la evolución de los negocios digitales, es decir, que rápidamente las nuevas medidas dictadas no serían capaces de determinar el origen de las rentas gravables en nuevos modelos económicos repitiéndose el problema que dio origen al rediseño de las normas fiscales.

Existe cierto consenso general en que si no se llega a un acuerdo sobre las propuestas de la OCDE se continuarán dictando medidas unilaterales, posibilidad que es rechazada por este ente dado que ello generará supuestos de doble imposición, por no existir acuerdo sobre el factor de conexión que permita gravar estas actividades digitales. La proliferación de las medidas unilaterales efectivamente puede terminar

---

[13] Fundamentalmente los Pilares 1 y 2 de tributación de la economía digital propuestos por la OCDE. El Pilar 1 estaría orientado a la creación de nuevos nexus y reglas de atribución de resultados que permita a las jurisdicciones del mercado gravar una parte de las rentas derivadas de la realización de las actividades económicas digitales. Por su parte, el Pilar 2 lo que quiere es garantizar que todos los Estado graven con, al menos, una base determinada. Si uno de los Estados está gravando por debajo de esa alícuota mínima efectiva, sería el país de la residencia el que procedería a tributar ese diferencial.

[14] OCDE, OECD to stick to digital tax negotiation timetable despite US opposition, 18 de junio de 2020, en: https://mnetax.com/oecd-to-stick-to-digital-tax-negotiation-timetable-despite-us-opposition-39092

afectando severamente a la economía digital, lo cual se ve contrario a la necesidad de reconstrucción económica en la era post-pandemia. Estados Unidos[15] ha reaccionado ante la proliferación de las medidas unilaterales y desde el año pasado ha indicado que impondrá medidas punitivas sobre la importación de productos provenientes de los países que creen este tipo de tributos, por considerar que este tributo era una práctica de comercio injusta que atentan contra las empresas americanas. Esta fue exactamente la controversia generada entre los Estados Unidos y Francia en 2019 al dictarse el impuesto a los servicios digitales francés y que en enero de 2020 llegó a la decisión de que ni Francia aplicaría el tributo a los servicios digitales a las empresas americanas ni Estados Unidos impondría tarifas punitivas sobre la importación de productos franceses hasta que se llegase a un consenso. Estados Unidos sigue abriendo investigaciones contra quienes creen estos impuestos unilaterales.

5. EL TRABAJO REMOTO, TELETRABAJO O E-WORKING

La realidad ha venido imponiendo el teletrabajo como una modalidad de despliegue de actividades económicas. Tal y como se ha planteado recientemente, se espera que al menos un 20% de la nómina de las empresas continuará trabajando remotamente a futuro[16] por distintas razones, incluyendo exigencias de los propios trabajadores que han logrado realizar sus labores a distancia de forma eficiente y el ahorro

[15] BloombergTax, New EU Tax Proposals Later if OECD Talks Fail, Top Official Says, 28 de mayo de 2020, en: https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/new-eu-tax-proposals-later-if-oecd-talks-fail-top-official-says; Financial Times, US takes aim at digital services taxes in UK and EU, 2 de junio de 2020, en: en: https://www.ft.com/content/e8edf57b-f87f-439e-ac1d-56ba28a96b78, CNBC, A new trade war? U.S. opens new investigations into countries planning digital taxes, 3 de junio de 2020, en: https://www.cnbc.com/2020/06/03/us-probes-uk-india-brazil-the-eu-and-others-for-digital-tax-plans.html; Reuters, US pulled out of stalled talks on digital services taxes: Lighthizer, 17 de junio de 2020, en: https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-digital/u-s-pulled-out-of-talks-on-digital-services-taxes-lighthizer-idUSKBN23O36B.

[16] Deloitte, How is the pandemic reshaping the nature of work? Beyond the crisis, part 4: COVID-19 and our working world, en: https://www2.deloitte.com/nl/nl/pages/human-capital/articles/covid-19-how-is-the-pandemic-reshaping-the-nature-of-work.html?id=nl:2sp:3tw:4covid-brand:5awa:6:abt7:20200602:work

de costos de las empresas al no requerir mantener infraestructuras a disposición de toda su nómina de trabajadores. La situación creada por la pandemia ha generado la necesidad de revisar los efectos del teletrabajo a mediano y a largo plazo, dependiendo de la permanencia de esta modalidad de despliegue de actividades económicas.

A mediano plazo el tema se refiere a la movilización *temporal* de factores de conexión de las actividades económicas, la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición y la atribución de resultados de actividades económicas a jurisdicciones específicas. En el caso de los convenios para evitar la doble imposición, las disposiciones orientadas a determinar la residencia (artículo 4 del Modelo OCDE), la existencia de un establecimiento permanente (artículo 5 del Modelo OCDE) y el lugar de gravamen de los ingresos por servicios prestados bajo relación de dependencia, consideran el número de días que ciertas personas se encuentran en un Estado determinado para crear nexo con dicho Estado. La pandemia ha conllevado que muchas personas se quedaran atrapadas en un determinado lugar y estén prestado servicios desde su casa cuando, en la generalidad de los casos, debieran estar prestando servicios en otro lugar. Estos cambios pueden ser o no permanentes, generando medidas y decisiones a mediano y largo plazo.

5.1. Medidas a mediano plazo

Muchos trabajadores se movilizaron antes y durante la pandemia y quedaron ubicados en sitios distintos a los de su trabajo, bien sea porque estaban en movimiento para el momento en que se inició el confinamiento, porque no se sentían seguros donde se encontraban originalmente y pudieron moverse a su país de residencia o reunirse con su familia. Sin embargo, en principio este movimiento estaría ocurriendo de forma temporal, según lo que ha sido la apreciación inicial de la OCDE[17], por cuanto no se ha producido abiertamente una manifestación de reforma de los procesos de generación de actividades

[17] OCDE, OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis, 3 de abril de 2020, en: http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/

económicas. Este movimiento temporal de trabajadores genera dos fuentes de análisis.

El primer elemento de análisis es la determinación de la residencia de las personas jurídicas. Del texto de los tratados, así como de la aplicación de los procedimientos amistosos, es posible que la residencia de las personas jurídicas sea considerada existente allí donde ocurra la administración efectiva de la empresa, lo cual normalmente es asociado al lugar de localización de los directivos de la empresa. Si los directivos de la empresa no pueden viajar como consecuencia de la pandemia, lo que la OCDE ha dicho es que como esta situación es temporal y obedece a causas de fuerza mayor, no puede ser un elemento para cambiar o determinar la residencia de las personas jurídicas. Esto es, el hecho de que un directivo o trabajador se encuentre en un determinado lugar como consecuencia de restricciones de viaje no puede ser tomado en consideración para precisar dónde se lleva a cabo la administración efectiva de la empresa, por tratarse de un elemento temporal donde no ha habido modificación del negocio hacia su digitalización o hacia su administración remota.

Estas mismas razones son las que se toman en cuenta para decir que los cambios temporales de ubicación de los empleados tampoco debe influir en la determinación de la existencia de un establecimiento permanente, porque esto no implica un cambio en la operación del negocio a largo plazo. No hay ánimo de permanencia en esta actividad ni tampoco se puede considerar tiene disponibilidad sobre el lugar de prestación del servicio que es la vivienda habitual o temporal del trabajador. La suspensión temporal de obras tampoco debe resultar en la eliminación de un establecimiento permanente de construcción de obras.

El segundo factor a ser analizado es la residencia y tributación de los trabajadores. Un número importante de convenios para evitar la doble imposición sigue la redacción del artículo 15 del Modelo de la OCDE, que prevé la tributación concurrente entre el país de la residencia del trabajador y el lugar de prestación del servicio en forma habitual. El problema es equivalente al anterior: determinar qué ocurre si el trabajador está trabajando en un determinado lugar y no puede llegar al lugar donde normalmente hubiera prestado sus servicios. La sugerencia de la OCDE es que los Estados lleguen a un acuerdo de que

se establezca una ficción de que estos trabajadores continuaron prestando sus servicios donde originalmente ello debió ocurrir. Ello porque esa persona está, por razones excepcionales que no son atribuibles ni a la empresa ni al trabajador, ubicada en un lugar distinto donde se suponía que debía estar. El mismo régimen debería aplicar en el caso de los subsidios de salarios otorgados a los trabajadores durante la suspensión de las actividades, por entender que estos pagos deben ser asimilables a los salarios, siguiendo para ello el párrafo 2.6 de los Comentarios al artículo 15 del Modelo OCDE.

Existen algunas disposiciones en ciertos tratados que hablan de los trabajadores fronterizos, es decir, personas que viven cerca de la frontera de un país y cruzan esa frontera para prestar servicios en el otro país. En esos casos lo que recomienda la OCDE es que se entienda que se grava la actividad donde debió llevarse a cabo su actividad económica, aun cuando esté prestando servicios desde su domicilio como consecuencia de la pandemia. Se trata de una medida excepcional.

Por su parte, la residencia de los trabajadores deberá determinarse por el lugar donde existencia presencia habitual y lazos efectivos con una jurisdicción y no por el número de días transcurridos en esa jurisdicción.

5.2. Medidas a largo plazo

Ahora bien, otro punto a considerar es el caso donde el teletrabajo pasa a ser una forma normal de desempeño y no un elemento temporal. En este caso, hay un incremento en la desmaterialización y dispersión de las actividades. Probablemente muchas personas se queden trabajando en distintos países y se disminuyan las reuniones físicas de los trabajadores y directivos.

Si éste es el nuevo normal, el primer problema es determinar dónde está la directiva de las empresas para precisar su logar de administración efectiva. Hoy en día el Modelo OCDE determina que la solución de los conflictos de residencia deberá ser resuelto por acuerdo amistoso entre los Estados involucrados, pero el problema pasa a ser cuáles son los lineamientos que se van a emplear cuando los directivos estén dispersos entre distintas jurisdicciones. Esto también va a traer problemas

en la aplicación de las reglas de precios de transferencia, pues la regla general es que las actividades son atribuidas en donde se encuentran las funciones, activos, y riesgos y la pregunta es dónde se van a desarrollar las funciones cuando estos trabajadores estén distribuidos en distintos países con el teletrabajo.

Los trabajos remotos también pueden generar dudas sobre si se crea o no establecimiento permanente, habiendo señalado algunos autores que hay que atender al rol de cada uno de esos trabajadores que están prestando actividades remotamente[18]. Sólo en la medida en que ellos están realizando la actividad principal de la empresa puede entenderse que ellos pueden constituir establecimiento permanente de su empleador. También se ha considerado que el concepto de establecimiento permanente que ha sido utilizado hasta la fecha dejará de tener utilidad, debiendo migrar hacia un nuevo concepto que hable de la relación entre la empresa y un mercado específico. La recaracterización del concepto de establecimiento permanente obedece al hecho de que la ubicación de un trabajador en una jurisdicción determinada en los casos de teletrabajo pasará a ser de tal forma aleatoria que no debería ser determinante para la creación de un establecimiento permanente (el trabajo pudo por igual ser prestado en cualquier jurisdicción).

Por su parte, en el caso de los trabajadores, la residencia se va a determinar donde se tienen los lazos más cercanos y en el caso del artículo 15 del Modelo OCDE que ya había sido comentado, existen precedentes, por ejemplo españoles, donde el tema del teletrabajo ya había tratado y donde va a haber un divorcio entre la residencia del empleador y la localización del empleado. Ello podría ocasionar que se deduzcan los gastos en una jurisdicción y se graven los ingresos en otra jurisdicción donde está residenciado el empleado.

Un último punto a considerar es qué pasa cuando no sea fácil ubicar dónde se encuentra el empleado, tratándose de trabajadores que pueden estar en cualquier sitio, porque todo lo que necesitan para la realización de su trabajo es un equipo de computación y una conexión a internet, de

[18] Baker, Phillip, COVID-19 and Fiscal Policies: International Tax in the Time of COVID-19, Intertax, Vol. 48, No. 8, 2020, pp. 805-813, en: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/48.8/TAXI2020079

forma tal que su localización no es relevante para el empleo. Ello puede generar supuestos de doble no tributación porque sea difícil precisar el lugar de su residencia y sea difícil precisar cuál es el lugar de prestación del servicio. Todos estos elementos requerirán mayor desarrollo para la precisión de los factores de conexión de las actividades económicas desplegadas a través del teletrabajo.

6. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, el fenómeno del Covid-19 ha influido duramente en el desarrollo de la economía, no únicamente durante sus inicios, sino como consecuencia de su prolongación en el tiempo y en el espacio. Los distintos sectores económicos se han visto obligados a hacer adaptaciones de sus actividades económicas. Algunos sectores han resultado más favorecidos, al anticiparse a la digitalización de la economía y la masificación del internet como medio de comunicación y trabajo.

Lo anterior implica que no todos los sectores económicos se han visto impactados por igual por la pandemia. Es fácil identificar a los sectores más vulnerables a este fenómeno, lo cual genera la necesidad de los Estados de generar medidas a corto, mediano y largo plazo para hacer frente a la pandemia y a sus efectos en la economía. Los Estados también deben adoptar medidas que permitan lograr los desarrollos necesarios para el combate y la prevención de la enfermedad, incluyendo en desarrollo de vacunas y medicamentos que logren el restablecimiento de la normalidad en la mayor medida posible.

Muchos consideran que la normalidad como era conocida no volverá. Con la extensión de la pandemia a lo largo del tiempo esta afirmación parece cada día más válida. Las adaptaciones hechas por las empresas en sus procesos productivos, la regularización del teletrabajo, la reducción o adaptación de las infraestructuras, prolongada en el tiempo pasarán a formar parte de la nueva forma de ejecución de las actividades económicas. Para el establecimiento de esta nueva forma de intercambio económico han resultado esenciales las empresas de economía digital, quienes han resultado ser las menos perjudicadas con la

pandemia, por haber estado listas para el salto en los procesos económicos derivado de la digitalización de las comunicaciones y el trabajo. Los Estados deben contribuir al fortalecimiento de esta nueva forma de desarrollo económico.

En consecuencia, el balance entre las exigencias y concesiones del Estado, aunque no fácil, es obligatorio. Los Estados deben procurar obtener mayores ingresos tributarios para hacer frente al déficit económico pero sin ahogar a los debilitados sectores económicos. La búsqueda de este equilibrio ha generado muchos debates sobre las potenciales fuentes de estos ingresos fiscales extraordinarios. Posiblemente, como se ha propuesto en la Comisión Europea, una de las soluciones más justas -aunque no la más simple- sea concentrarse en el combate del fraude fiscal, logrando una distribución equitativa de la carga tributaria entre el universo de los contribuyentes.

VIDEOCONFERENCIA EL DERECHO PENAL Y SUS DESAFÍOS EN TIEMPOS DIFÍCILES. HOMENAJE AL DR. TULIO CHIOSSONE 29 DE JULIO DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN AL FORO A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 473-480 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta video conferencia sobre los desafíos del Derecho Penal en estos tiempos difíciles para Venezuela, en homenaje a la memoria del Dr. Tulio Chiossone, gracias al patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas.***

I

Sin lugar a duda, la humanidad vive momentos difíciles y turbulentos.

La pandemia del COVID 19 ha puesto al planeta en el dilema elegir entre la vida y la salud o la economía y el crecimiento económico. Se trata de temas interconectados e interdependientes: La salud y la vida son indispensables para el fortalecimiento de las economías y, a su vez, el desarrollo económico es fundamental para combatir el hambre y la insalubridad, sin los cuales la vida es insostenible.

En el caso venezolano, la situación ha sido doblemente preocupante por la improvisación y la falta de información fiable acerca de los contagios y los decesos. La pandemia se nos presenta en el peor de los momentos de Venezuela en toda su historia republicana.

El derecho penal y carcelario están insólitamente en cuarentena. Durante la pandemia se practica un derecho penal del enemigo para la iniciación de procesos penales o la ejecución de detenciones arbitrarias para quienes, presuntamente, incumplen las medidas sanitarias, tratándoseles como sujetos peligrosos e incurriendo en discriminaciones, vejaciones y estigmatizaciones de los afectados. Lejos de un tratamiento sanitario la experiencia demuestra la aplicación de un tratamiento policial y militar que genera zozobra y pánico en la población.

El derecho penal es utilizado como una herramienta de persecución y de control social contra la población. La Academia ha denunciado cómo los principios y exigencias del derecho penal han sido marginados para darle entrada a un derecho penal sin garantías, omnicomprensivo, con normas emanadas del Poder Ejecutivo, por las cuales se pretende sancionar no por hechos concretos, sino por actitudes, sospechas o, simplemente, por una supuesta "peligrosidad" que se infiere de la condición apreciada de ser "disidente", todo esto echando mano a tipos penales abiertos, de expresión, de evidente y calificada naturaleza política (delitos de desacato o de ofensas a funcionarios públicos, conspiración, instigación al odio, resistencia a la autoridad) o recurriendo a la invocación del delito de "Asociación", acuñado a todo perseguido político, en descabellada referencia al artículo 37 de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, motivo de la pandemia del COVID-19, como instrumento de control e intimidación de la ciudadanía. En síntesis, nos encontramos con procesos penales que han sido totalmente desvirtuados, permitiendo el recrudecimiento de la corrupción en el Poder Judicial.

No pueden soslayarse los llamados de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para Derechos Humanos que reconoce las constantes violaciones al debido proceso y a los derechos humanos cometidos desde los tribunales ordinarios y militares, así como desde el Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y Tribunal Supremo de Justicia. Cabe destacar que entre estos procesos se cuenta el juzgamiento de los particulares a través de leyes inconstitucionales y el uso de la privación 'arbitraria' de libertad en contra de aquellos considerados de alguna manera 'enemigos'. El juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares se ha convertido prácticamente en la regla.

El Estado venezolano incumple su obligación de proteger a los venezolanos, situación que se vive transversalmente en todos los sectores del país. Tenemos así que el drama carcelario es dantesco. Se afirma que diariamente fallece un preso y en 41 centros penitenciarios "no hay control de las autoridades". Se estima que existen alrededor de 46.775 detenidos, de los cuales el 57% de estos están bajo el control de los "pranes" y el otro 43 % bajo el control del Servicio Penitenciario. Las enfermedades tales como tuberculosis, hepatitis, malaria y sida se han

convertido en las primeras causas de muerte en los sitios de reclusión. Esto sin tomar en cuenta las masacres que son recurrentes en dichos sitios; es decir, el Estado venezolano tiene a los reclusos a la deriva en vez de garantizar la rehabilitación de los detenidos, de cumplir con los procedimientos legales para determinar la inocencia o la culpabilidad de éstos o de sencillamente satisfacer las necesidades diarias de este grupo de personas. El Estado venezolano no cumple ni siquiera con los tratos mínimos que deben otorgarse a los reclusos, conforme a la normativa internacional de protección a los derechos humanos. Las condiciones de detención de los presos políticos son todavía más inhumanas; son sometidos a diversos vejámenes, a la vez que se entronizan las prácticas de torturas en los cuerpos de seguridad.

Estos escenarios desoladores han sido infectados por los miasmas del crimen organizado transnacional y como éste minimiza el valor de la dignidad de nuestros nacionales. El narcotráfico, la trata de personas, la esclavitud, la corrupción, la extracción ilegal de minerales precisos, el ecocidio en el arco minero del Orinoco y otros ecosistemas, son flagelos constantes en la vida de los venezolanos.

Pero en Venezuela también se escenifica la amenaza del terrorismo internacional, combinado con la presencia de la guerrilla colombiana y la proliferación de bandas organizadas. Todas esas organizaciones criminales asociadas con el régimen de facto actúan potenciadas por el expolio de las riquezas naturales y patrimoniales de nuestro país, ya desde hace varios lustros.

Venezuela también sufre las manifestaciones más grotescas y descomunales de la Gran Corrupción y del soborno nacional y transnacional que arruinaron al fisco a través de un régimen de controles sobre la economía y la propiedad privada. Su impacto fue la hiperinflación y las mega devoluciones. La total destrucción de la economía personificada en la disfunción de su moneda. Sus efectos más perversos: la escasez de alimentos, medicinas y gasolina. La hambruna, la diáspora migratoria y la desesperación son efectos del sistema de botín ("*spoils syste*m") instaurado en Venezuela por altos funcionarios civiles y militares, testaferros, familiares, comisionistas y contratistas, bajo el amparo de los controles económicos y la expoliación de los hiper abundantes ingresos petroleros y mineros del país. A ello se une la extendida "corrupción

menor" que hace insoportable la vida cotidiana de la ciudadanía por las alcabalas y variopintas formas de extorsión y chantaje.

A nivel internacional los organismos multilaterales hacen enormes esfuerzos, en su labor de escrutinio de los derechos humanos y el ejercicio de la responsabilidad internacional de proteger (R2P), mediante distintas acciones ante la Corte Penal Internacional, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, así como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos esfuerzos vienen secundados por las ONG tanto nacionales como internacionales.

El desafío para nuestro amado país es la lucha por una transición hacia la democracia; es luchar contra estas poderosas tendencias, en un contexto turbulento, bajo las premisas del Estado de Derecho, el respeto de los DDHH y un sentido democrático de la Justicia.

II

El tema de esta video conferencia se refiere a las respuestas que debe dar el derecho penal venezolano ante las situaciones afectadas por la compleja crisis institucional que vive el país, la emergencia sanitaria creada por la pandemia, la criminalidad nacional e internacional, la corrupción y la necesidad de explorar estrategias judiciales y no judiciales para la persecución de criminales, la reparación a las víctimas de los daños causados por la criminalidad que carcomió la institucionalidad democrática, con el firme propósito de prevenir futuras violaciones o abusos en Venezuela.

Para darnos repuestas a los desafíos del derecho penal en estos tiempos difíciles, hemos reunido a un grupo selecto de especialistas en la materia.

La primera ponencia estará a cargo del admirado académico y gran jurista del Derecho Penal venezolano, el Dr. Alberto Arteaga Sánchez. Su intervención versa sobre **Los desafíos de la Justicia Penal Venezolana: el drama carcelario**. El Dr. Arteaga, con su sapiente y larga experiencia académica y de libre ejercicio profesional, pondrá el acento en las disfunciones del sistema de administración de justicia penal y sus efectos letales en la creciente y hacinada población de nuestras cárceles.

La segunda ponencia está a cargo del destacado profesor y exmagistrado Ángel Zerpa. Su tema: **"Las desventuras revolucionarias del proceso penal venezolano en el Siglo XXI"**. El Profesor Zerpa disertará acerca de las deformaciones del proceso penal en los últimos años y cómo se ha convertido en un instrumento de persecución al margen del Estado de Derecho y en violación de los DDHH. El disertante abordará aspectos puntuales de los desafíos del Derecho procesal penal en una esperada realidad post pandémica y deseablemente post apertura política.

Seguidamente, el Prof. Fernando M. Fernández nos hablará de los desafíos del Derecho Penal Empresarial en torno a sus principales enemigos: la corrupción y el crimen organizado. Su exposición se intitula: "**Justicia penal transnacional: crimen organizado y corrupción"**.

La Embajadora Profesora Milagros Betancourt nos hablará sobre **Justicia penal internacional y transicional.** En su presentación nos pondrá al día acerca de dos temas palpitantes e interdependientes: la justicia transicional y el sistema de justicia penal internacional.

Finalmente, la Dra. y Profesora Thairi Moya nos explicará en qué consiste el examen preliminar que realiza la Corte Penal Internacional (CPI) en relación con la petición de investigación por la comisión de delitos de ***lesa humanidad*** en las dos situaciones presentadas en relación con Venezuela, tanto por la remisión una denuncia formulada por 6 Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como la hecha por el régimen venezolano.

III

Este foro está dedicado a la memoria y a la obra ejemplar del Profesor Tulio Chiossone, Maestro de maestros, Individuo de número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El Dr. Chiossone es considerado como el primer propulsor de la humanización y modernización del sistema penitenciario venezolano, asimismo, precursor de la Bioética y fundador de los estudios de Criminología en Venezuela. De pensamiento crítico, investigador acucioso y con laudable originalidad, Tulio Chiossone fue un penetrante conocedor de la ciencia jurídica y de vastísima cultura en distintos campos del

saber[1]. Sus enseñanzas nos inspiran, nos comprometen y nos orientan en estos tiempos difíciles para el derecho penal en Venezuela.

No puedo terminar estas palabras sin agradecer a todos los ponentes por su participación y muy especialmente al académico Julio Rodríguez Berrizbeitia por la moderación del evento y al profesor Fernando Fernández por su apoyo en la organización de este. Como siempre agradecidos por la impecable asistencia tecnológica de Fundación Universitas.

En nombre de las Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Muchísimas gracias a todos

Ft. Lauderdale, 29 de julio de 2020

[1] Margarita Belandria, "Semblanza del jurista venezolano Tulio Chiossone", en *Dikaiosyne* No. 19 Revista semestral de filosofía práctica, Universidad de Los Andes, Mérida–Venezuela Julio-diciembre de 2007, p. 189

LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA PENAL VENEZOLANA: LA TRAGEDIA CARCELARIA.

DR. ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ.

1. En primer lugar, mi agradecimiento al Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Dr. Humberto Romero Muci y a su Vicepresidente, el Dr. Julio Rodríguez Berrizbeitia, por sus palabras introductorias o de presentación, con la especial referencia al homenajeado en este foro el Dr. Tulio Chiossone Villamizar.
2. Precisamente, en segundo lugar, no puedo dejar de hacer una mención muy sentida al maestro, Don Tulio, quien fuera mi profesor de Derecho Penal Especial y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; al amigo, quien me distinguió con su confianza y me propuso para la Sub-Dirección del Instituto de Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en los años setenta, y a quien me correspondió el honor de sustituir en la Dirección en 1981; al hombre público; al académico; al ciudadano ejemplar; al jurista integral, de quien dijera José A. Zambrano, que llevaba el libro de las leyes a la altura del corazón; al padre del penitenciarismo en Venezuela, inspirador y redactor de la Ley de Régimen penitenciario de 1937 y en la cual se sentaron las bases del nuevo derecho penitenciario en Venezuela, debiendo destacarse en este campo, entre otros a Francisco Canestri, Elio Gómez Grillo, Mirla Linares Alemán y, por supuesto, a los nuevos y esforzados luchadores por los derechos de los presos entre otros, Carlos Nieto Palma, Humberto Prado y Marino Alvarado.

Creo que se impone rescatar la lectura de las Apuntaciones de Derecho Penitenciario del Dr. Chiossone (1954); El Sistema Penitenciario de Mirla Linares A. (1981); toda la obra de Elio Gómez Grillo, redactor del artículo 272 de la Constitución vigente, esculpido, para no ser cumplido; y los trabajos de Francisco Canestri, sobre esta materia.

3. En tercer lugar, una referencia breve al tema que se me ha asignado sobre el drama de nuestras cárceles como desafío de la justicia penal venezolana.
   3.1. En Venezuela, no solo estamos afectados por la pandemia del coronavirus, sino que vivimos y padecemos los embates de otra verdadera tragedia social y, como parte de ella, la tragedia de los verdaderos "depósitos de presos", como decía Chiossone que albergan a más de 100.000 reclusos, los cuales sufren penas que, en su mayoría, no les han sido impuestas, en establecimientos que no cumplen con las exigencias mínimas sanitarias, regidos por un Código Orgánico Penitenciario de 2013, pero desconocedor de las reglas mínimas para los reclusos y sin el personal de custodia y vigilancia civil profesionalmente preparado para ello.

Precisamente, son estos los cuatros pilares de un sistema penitenciario, entre nosotros, con **grietas** profundas que deben ser reparadas o que ameritan una ***sanatio in radice***.

- Las edificaciones han sufrido un proceso de **destrucción** o de **deconstrucción**, escenarios de luchas de mafias, pero no se han puesto en funcionamiento nuevos establecimientos, ni centros de rehabilitación.
- El Código Orgánico Penitenciario contiene innumerables disposiciones erróneas, confusas o contrarias a los principios que rigen la materia o a los derechos humanos, para citar una sola de ellas, las que regulan el uso de armas letales para impedir la fuga (artículo 105).
- El personal penitenciario de custodia tiene deficiencias: la vigilancia y cuidado interno la tiene el Ministerio para el Servicio Penitenciario y la "seguridad" externa, la guardia nacional.

Pero el aspecto fundamental que quiero destacar y en torno al cual gira el horror de nuestras cárceles es la denominada inversión del sistema penitenciario, que ya analizaba Francisco Canestri y que en, definitiva, se constituye en la negación de la justicia penal: se trata del dramático cuadro de nuestros encarcelados en un limbo e incertidumbre

procesal que los coloca en situación de indefensión y que se convierte en el caldo propicio para la violación de sus derechos.

Esta denegación de justicia se traduce en la inocultable realidad de una mayoría de reclusos o presos, con derecho a un proceso justo y sin dilaciones indebidas, que se encuentran en la condición de procesados, en un 60% y solo un 40% están bajo condena, estos últimos, también en un 75% sujetos a una pena impuesta sin juicio por la fórmula de la **admisión de los hechos,** convertida en trocha para escapar a un proceso penal que se prolonga ***sine die***.

- En nuestras cárceles, entonces, hay "**presos** sin condena" (en mayoría) "**presos condenados con juicio**"; "**presos condenados sin juicio**" y, como decía Marino Alvarado, simplemente, "**presos sin proceso**", inclusive, con boletas de excarcelación, simplemente, en fórmulas absurdas que traducen la suma arbitrariedad de un sistema que se ensaña con los más débiles y vulnerables en un estado sin derecho y sin justicia.

Los procesos penales en Venezuela se inician en un determinado momento, a través de la vía de la **flagrancia,** que no es flagrancia, convertida en regla y no paralizada en tiempos de pandemia y luego se prolongan al margen de los **lapsos procesales**, salvo algunos que son ineludibles para "preservar el juicio en prisión" y luego se rigen por la "ley del diferimiento", que, en definitiva, sí se cumple de manera inexorable, en sus múltiples formas de expresión. Para ejemplo de ello, una audiencia preliminar puede resultar diferida de hecho por tiempo indefinido, como lo reclaman los presos, cuando tienen la oportunidad de expresarse.

Se trata del denominado por algunos "retardo procesal" que, a fin de cuentas, convierte el proceso y la prisión preventiva en la verdadera **pena** que engañosamente se impone a quien cae en la maraña de la "justicia penal» y que debería ser llamado por su verdadero nombre de «**retardo criminal del proceso"**, generador de violencia, de muertes, de enfermedades carcelarias o contagiosas y de sufrimiento prolongado de familiares y allegados de los presos. Y valga la oportunidad para remarcar la importancia de las expresiones que, inclusive, se han divulgado entre abogados: "**privados de libertad"** y **no presos**; **uso excesivo**

de la fuerza y no uso delictivo de la fuerza; "ejecuciones extrajudiciales", "por ajusticiamientos; y medidas sustitutivas" por medidas cautelares, ya que teóricamente el proceso en libertad es regla.

El quid, entonces de la tragedia penitenciaria es la realidad de un sistema de administración de justicia que no funciona y un proceso penal que no cumple con su objetivo de establecer la verdad de los hechos y garantizar la justicia y el derecho, desvirtuado para convertirse en la pena anticipada a la que todos estamos expuestos.

3.2. Ahora bien, a este problema o nudo del problema se añade otro no menos grave: la prisión preventiva se cumple, no en establecimientos o centros de reclusión dignos, con las condiciones mínimas exigidas por seres humanos y ciudadanos, sino que unos 65.000 presos, como lo apunta Carlos Nieto, se encuentran en retenes policiales o sedes policiales para estadas máximas de 48 horas, convertidas, en el presente, en cárceles permanentes, quedando unos 45 mil reclusos en las cárceles tradicionales, las cuales, a pesar de la propaganda oficial del nuevo régimen, distan mucho de ajustarse a las normas internacionales humanitarias sobre la materia.

En estos calabozos policiales se violan los derechos humanos, el hacinamiento es intolerable y, por añadidura, todo esto ha traído como consecuencia que se le hayan acordado a funcionarios policiales tareas que no le corresponden, en perjuicio de sus actividades en beneficio de la colectividad.

3.3. Finalmente, cabe hacer referencia a otro nuevo elemento que debe llamarnos a la más seria reflexión: el Ministerio de Asuntos Penitenciarios regularmente y, de manera particular, en esta época de alarma o pandemia, decide sobre la libertad de los presos y otorga beneficios a los penados sin participación alguna de los jueces de ejecución, promueve al denominado "Plan Cayapa", dificultado por los traslados de los jueces y fiscales o, sencillamente, un sedicente "régimen de confianza", interpretado con absoluta discrecionalidad por el Ejecutivo.

Quiero concluir mis palabras, haciendo de nuevo referencia al Dr. Chiossone quien, al presentar ante el Congreso en 1937 el Proyecto de Ley de Régimen Penitenciario, apuntaba que el motivo no era otro que "la reivindicación definitiva del preso venezolano, abandonado en las manos de la más pavorosa desorientación jurídico-penal, y que no puede perder nunca su propia condición de hombre".

Y una vez más, cabe también hacer referencia al Papa Francisco, quien señalaba en 2014, en dura crítica a la prisión preventiva o sin condena que "las deplorables condiciones de detención que se verifican en diversas partes del planeta, constituyen a menudo un auténtico rasgo inhumano y degradante, muchas veces producto del sistema penal, otras veces de la carencia de infraestructuras y de planificación, mientras en no pocos casos no son más que el resultado del ejercicio arbitrario y despiadado del poder sobre las personas privadas de libertad".

Dejo hasta aquí estas breves y duras consideraciones, que deben ser objeto de la más seria reflexión para los retos y desafíos de la justicia penal en Venezuela.

Caracas, julio de 2020

LA JUSTICIA PENAL TRANSNACIONAL. EL *IUS PUNIENDI* CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LA GRAN CORRUPCIÓN TRANSNACIONALES.

DR. FERNANDO M. FERNÁNDEZ.

SUMARIO

I. Introducción y contexto. II. Justicia penal transnacional y la extradición. III. La delincuencia organizada transnacional. IV. Delitos de la DOT que son perseguidos por la justicia penal internacional. V. Conclusiones. VI. Bibliografía consultada.

Páginas: 489-508 ISSN: 0798-1457

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

1. La justicia penal transnacional es aquella modalidad de la administración de justicia que se imparte a los carteles[1] de delincuentes y bandas que se agrupan en el ámbito internacional, quienes, debido a la gran movilidad que les permite la globalización, los medios de transporte, las telecomunicaciones y la informática, entre otras facilidades, pueden desplazarse de un país a otro con enorme rapidez y, así, cometer delitos en distintos países, con altas posibilidades de impunidad.
2. La justicia penal transnacional se ocupa de los delitos transfronterizos. Es decir, de aquellos que competen a distintos tribunales de dos o más Estados porque alguno o varios de los pasos del *iter criminis* se comete en distintos territorios o países en violación de sus leyes penales. El Derecho Penal Comparado es la base de esta interacción entre los distintos países. Se trata de ejercer el *ius puniendi* extraterritorialmente.
3. Mientras la justicia local se dedica a perseguir los delitos comunes tipificados en la legislación interna y, por su lado, la justicia penal internacional está destinada a enjuiciar y castigar a criminales internacionales por atrocidades tipificadas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la justicia penal transnacional persigue los delitos transnacionales, que afectan otros bienes jurídicos de gran trascendencia en el ámbito internacional, pero que no alcanzan a ser crímenes de los más graves.

[1] Trasparencia Internacional: *Crimen organizado y corrupción en Venezuela*. Disponible en: https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2020/07/Crimen-organizado-y-corrupcio%CC%81n-en-Venezuela-Un-problema-de-Estado-completo.pdf

4. Se trata de las capacidades que tienen los tribunales nacionales para ejercer su competencia, aun cuando los delitos hayan sido cometidos en otro territorio, pero con implicaciones criminales en el propio. Así las cosas, los actos preparatorios, la dirección y el control de la organización delictiva se suelen realizar en varios territorios. Un ejemplo claro es el lavado de activos proveniente de un delito de corrupción, por ejemplo, que ocurrió en otro país. En el *modus operandi* del delito de blanqueo de activos provenientes de otros delitos determinantes o fuentes, suelen usarse los bancos de diferentes localidades.
5. La extraterritorialidad de la competencia de los tribunales nacionales exige de un gran cooperación institucional y legal entre los distintos órganos de la justicia penal de diferentes países, a saber, tribunales, ministerios fiscales y policías. En tal sentido, deben ajustar su legislación interna a las exigencias y estándares del Derecho Internacional Penal y del Derecho Penal Comparado, dado que la criminalidad transnacional es sumamente creativa y cambiante en sus tipologías ilícitas.
6. Con la Gran Corrupción sistémica y generalizada que se realiza desde el control que ejercen grandes carteles organizados sobre las instituciones del Estado se agotan los recursos, cesan las empresas privadas y, con ello, se acaban las fuentes de trabajo. El ser humano, lanzado a la menesterosidad, debe buscar lo indispensable para vivir. Ello tiene efectos masivos cuando un país llega a una crisis humanitaria compleja.[2] Ese es el caso de Venezuela.
7. INTERPOL[3] fue el primer organismo dedicado al ataque legal internacional a la delincuencia organizada. El primer tratado internacional que combatió una modalidad de esta fue para la represión de la falsificación de moneda de 1929.[4]

---

[2] PROVEA: *Crisis humanitaria compleja en Venezuela*. Disponible en: https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/Venezuela-Espa.pdf

[3] Aun cuando el origen a da le INTERPOL se fija en 1914, fue en 1947, luego de la II Guerra Mundial, cuando se le dio esa denominación, producto de la contracción de International Police, por eso se llama INTERPOL Ver: https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Nuestra-historia/Fechas-clave

[4] Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda. Ginebra, 20 de abril de 1929 y su Protocolo. Disponible en: https://www.dipublico.org/11415/convenio-

8. Una variante de mucha importancia de la delincuencia transnacional es el soborno, el cual se traduce en una conducta realizada por un empleado o representante de una empresa, o la empresa misma, para obtener de un Estado un nuevo negocio o mantener el que ya se tiene. El soborno transnacional es la conducta más nociva de la Gran Corrupción, es decir, la que ocurre desde y hacia el Estado, con merma dramática del patrimonio público. El soborno privado y el soborno transnacional,[5] vigentes desde hace varios años en varios países de Latinoamérica, así como sus límites y el cumplimiento efectivo de los estándares mínimos establecidos internacionalmente. El soborno es y ha sido históricamente la conducta que más reproches morales y éticos ha tendido desde la antigüedad, tal como relata Platón en Critón[6] y lo ejemplificó claramente San Agustín: "Qué son los reinos sin justicia, sino grandes bandas de ladrones, y qué es una banda de ladrones sino un pequeño reino?".[7]

---

internacional-para-la-represion-de-la-falsificacion-de-moneda-ginebra-20-de-abril-de-1929-y-su-protocolo/#:~:text=(1948%2D2020)-,Convenio%20internacional%20para%20la%20represi%C3%B3n%20de%20la%20falsificaci%C3%B3n%20de%20moneda,de%201929%20y%20su%20Protocolo&text=5%C2%B0%E2%80%94Los%20hechos%20fraudulentos,la%20alteraci%C3%B3n%20de%20la%20moneda.

5 "Un reciente informe presentado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) detalla que la corrupción transnacional corroe sin distinción a todos los países y la mitad de los casos son cometidos por funcionarios de países desarrollados. Este informe pionero —OECD Foreign Bribery Report— busca medir y describir la corrupción internacional con base en un análisis de los datos emergentes de 427 procedimientos por cohecho transnacional (263 individuos y 164 entidades) que han sido concluidos desde 1999, fecha en la que entró en vigor la Convención Anticorrupción de la OCDE, y de alguna manera mide por primera vez el delito de corrupción a escala internacional. La dimensión del fenómeno es tan grande que representa un volumen de miles de millones anuales…" Disponible en: http://www.delitosfinancieros.org/wp-content/uploads/2014/12/OCDE_Reporte_Corrupcion_2014.pdf .

6 Este importantísimo Diálogo de Platón narra el momento en el cual Sócrates se niega a que su discípulo Critón pague un soborno a sus carceleros, a los fines de eludir la aplicación de la pena y continuar con sus enseñanzas a sus pupilos. Sócrates le demuestra a Critón la importancia de no corromper a los funcionarios del Estado así esté en juego la propia vida ante una condena injusta. El desenlace es que Sócrates bebe la cicuta, con la cual muere envenenado. Ver: PLATÓN*: CRITÓN O DEL DEBER.* Disponible en: Edición Electrónica de www.philosophia.cl Escuela de Filosofía. Universidad ARCIS. Páginas 6 y 10.

7 San Agustín de Hipona: *La ciudad de Dios.* Disponible en: https://historicodigital.com/download/la-ciudad-de-dios.pdf .

9. La corrupción en Venezuela tiene rasgos históricos propios y característicos del país, debido a las circunstancias particulares, tradicionales, culturales y estructurales que la favorecen, estimulan, encubren e impulsan. Sobran los incentivos y oportunidades corrumpentes, remarcando el vínculo directo que existe con la violación y deterioro de los derechos humanos.[8]
10. La Gran Corrupción, también llamada "cleptocracia" o sistema de gobierno en el que priva el interés por el enriquecimiento propio a costa del patrimonio público. No es un hecho local o aislado. Es la que se realiza desde la cúpula de los Estados. La Gran Corrupción, además, viola el orden jurídico mundial porque afecta las economías nacionales, arruina a empresas y Estados y, por definición, afecta los derechos humanos de forma directa: el dinero que debería ir a las escuelas, hospitales, destinado a paliar la pobreza y el hambre es lo que engrosa las cuentas de los corruptos. No luchar contra este flagelo revela una gran debilidad de la tutela de los derechos humanos y el orden jurídico internacional.
11. Es importante precisar que el soborno transnacional no es la única forma de manifestarse la cleptocracia. En efecto, los grandes fraudes contra el tesoro nacional, contra las empresas del Estado, contra el régimen de control de cambios, el peculado, el enriquecimiento ilícito, el nepotismo, el acuerdo ilícito con contratista del Estado, etc., son solo algunos de los delitos propios del sistema de botín. En el caso de Venezuela se trata de un saqueo descomunal (Tablante y Tarre, 2015).

---

[8] La corrupción tiene un impacto determinante en el deterioro y violación de los dere chos civiles y políticos, como en los derechos sociales, económicos y culturales, especialmente en los grupos más vulnerables y minorías políticas, como son mujeres, niños, ancianos, discapacitados, pobres, indígenas, entre otros. Ello se patentiza en la malversación de los fondos para el bienestar social. De forma específica, el mayor impacto se ha evaluado en: igualdad y de no-discriminación; derechos a un juicio justo y a una reparación efectiva; derecho a la participación política; derechos económicos, sociales y culturales; derecho a una vivienda adecuada; derecho a la salud; derecho a la educación; derecho al agua; entre otros. Recomendamos ver el estudio detallado que hace el Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos: *La Corrupción y los Derechos Humanos Estableciendo el Vínculo.* Disponible en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan041206.pdf

II. JUSTICIA PENAL TRANSNACIONAL Y LA EXTRADICIÓN

12. Uno de los temas fundamentales de la justicia penal internacional y la cooperación internacional entre los tribunales, ministerios fiscales y policías, es el tema de la extradición, además de la ubicación de fugitivos y la captura internacional.
13. La justicia penal internacional simplifica el camino y el alcance del tema de los tratados bilaterales en materia de extradición, debido a que los sustituye cuando no existen en casos de tráfico de drogas o de Gran Corrupción y el lavado de activos proveniente de esos delitos, variantes de la delincuencia organizada transnacional (de ahora en adelante, "DOT"). Un caso notable en pleno desarrollo es el que se tramita entre Estados Unidos (país solicitante de la extradición) y Cabo Verde (país requerido) por el caso de Alex Saab.[9]
14. A los fines meramente comparativos, se expone el siguiente cuadro:

La extradición en los tratados internacionales contra el delito transnacional

Convención de Viena ONU sobre estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)	**Convención de Palermo ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2004)**	**Convención de México ONU contra la Corrupción (2004)**
Artículo 6. extradición 1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. 2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes. Las	Artículo 16. Extradición 1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requeri-	Artículo 44. Extradición 1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención en el caso de que la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

[9] Diario las Américas: *Afirman que convención de Palermo permite extradición de Saa*b. Disponible en: https://www.diariolasamericas.com/america-latina/afirman-que-convencion-palermo-permite-extradicion-saab-n4205903 .

Continuación cuadro...

Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí. 3. Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las Partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente Convención como base jurídica de la extradición considerarán la posibilidad de promulgar la legislación necesaria. 4. Las Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellas. 5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición. 6. Al examinar las solicitudes recibidas de conformidad con el presente artículo, el Estado requerido podrá negarse a darles cumplimiento cuando existan motivos justificados que induzcan a sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes a presumir que su cumplimiento facilitará el procesamiento o el castigo de una persona por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que se ocasionarán perjuicios por alguna de estas ra-	do, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido. 2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos. 3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. 4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. 5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán: a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros	2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sean punibles con arreglo a su propio derecho interno. 3. Cuando la solicitud de extradición incluya varios delitos, de los cuales al menos uno dé lugar a extradición conforme a lo dispuesto en el presente artículo y algunos no den lugar a extradición debido al período de privación de libertad que conllevan pero guarden relación con los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de esos delitos. 4. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Éstos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. Los Estados Parte cuya legislación lo permita, en el caso de que la presente Convención sirva de base para la extradición, no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 5. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los

Continuación cuadro...

zones a alguna persona afectada por la solicitud. 7. Las Partes se esforzarán por agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo. 8. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, la Parte requerida podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud de la Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición. 9. Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal declarada de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá: a) Si no lo extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo l del artículo 3 por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente; b) Si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente solicite otra coca a efectos de salvaguardar su competencia legítima.	Estados Parte en la presente Convención; y b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo. 6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos. 19 7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición. 8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo. 9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la com-	delitos a los que se aplica el presente artículo. 6. Todo Estado Parte que supedite la extradición a la existencia de un tratado deberá: a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y b) Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo. 7. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos. 8. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición. 9. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a

Continuación cuadro...

10. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar. 11. Las Partes procurarán concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia. 12. Las Partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el traslado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a los que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir sus condenas en su país.	parecencia de esa persona en los procedimientos de extradición. 10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones. 11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo. 12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla	cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo. 10. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición. 11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones. 12. Cuando el derecho interno de un Estado Parte sólo le permita extraditar o entregar de algún otro modo a uno de sus nacionales a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena impuesta

Continuación cuadro...

	una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente. 13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona. 14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones. 15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias. 16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al	como resultado del juicio o proceso por el que se solicitó la extradición o la entrega y ese Estado Parte y el Estado Parte que solicita la extradición acepten esa opción, así como toda otra condición que estimen apropiada, tal extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 11 del presente artículo. 13. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente. 14. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona. 15. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o

Continuación cuadro...

	Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato. 17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.	que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones. 16. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias. 17. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato. 18. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

III. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

15. El concepto jurídico de DOT se formalizó en el Derecho Internacional Penal a partir de la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (de ahora en adelante "Convención de Palermo"), firmada en la ciudad de Palermo, Italia.[10] Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.
16. El motivo de haberse firmado en la ciudad de Palermo, Sicilia, fue por invitación del gobierno de Italia. La Convención de Palermo tiene esa denominación porque en esa ciudad italiana se aprobó en honor a los Jueces Giovanni Falcone y Paolo Borsellino,

[10] Naciones Unidas. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

asesinados por la mafia siciliana luego del histórico *Maxi Processo*[11] judicial a la mafia siciliana que dio pie a cambios en la legislación e influyó notablemente en el instrumento.

17. El tema de la DOT concierne a toda la comunidad mundial. La DOT ha sido definida, también, como una manifestación ilícita de la sociedad "incivil" que amenaza la economía global de los estados y del sector privado, con grandes recursos y un gran poder de corrupción, extorsión y soborno (Annan, 2004),[12] quien expresó lo siguiente en el Prefacio de la publicación de la Convención de Palermo y sus Protocolos:
    a. "… Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denomino la "sociedad incivil". Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrean a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles."
18. Nada corrompe tanto como la delincuencia organizada. Es la sociedad incivil, tal como lo caracterizó Koffi Annan al momento de aprobar la Convención de Palermo. La incivilidad tiene los

[11] *L'ordinanza-sentenza del maxi processo*. Disponible en: https://www.csm.it/web/csm-internet/attualita/news/-/asset_publisher/YoFfLzL3vKc1/content/verso-i-25-anni-dalla-strage-di-via-d-amelio-ordinanza-sentenza-maxi-processo; y también *Mafie. Cosa Nostra*. Disponible en: https://www.csm.it/web/csm-internet/aree-tematiche/giurisdizione-e-societa/mafie?redirect=%2Fweb%2Fcsm-internet%2Faree-tematiche%2Fgiurisdizione-e-societa%2Fmafie&show=true&title=Cosa+Nostra&show_bcrumb=Cosa+Nostra.

[12] Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito: *CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS*. New York, 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf

mecanismos más eficientes que existen para destruir a la sociedad civil, la economía, la política y los Estados. La corrupción afecta, amenaza y viola todos los derechos humanos de todas las personas. Es inevitable. La corrupción es una afrenta letal a la civilización y la democracia. Ese es el caso de Venezuela. La quiebra del Estado y el agotamiento de los inmensos recursos del país se debe a la corrupción. Cantidades descomunales de activos han sido robados con total impunidad y sin que haya, todavía, recuperación de los activos robados.

19. Kofi Annan definió de forma clara lo que se considera la sociedad "incivil", es decir, la antípoda de la sociedad civil, ligada a la civilización, a la cultura, a la tolerancia, al progreso, al desarrollo humano. La corrupción es uno de los factores que mayor pobreza causa. Tanto así, que vuelve menesterosas a sus víctimas, a nivel de la mera supervivencia, o al estado de naturaleza de lucha de "todos contra todos" en la cual "el hombre es lobo del hombre", como diría Hobbes (Leviatán, 1.651).[13]
20. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ("UNODOC" por sus siglas en inglés) es el organismo multilateral que hace seguimiento a ello. Bajo el concepto de la DOT se trata de una actividad organizada ilícitamente de tipo transfronteriza, económica e ilegal. Mediante la cual se cometen delitos de trascendencia internacional, aun cuando en su accionar pretende introducirse en los mecanismos legales, regulares y formales de la economía privada empresarial. Así, la DOT usa empresas como fachada para cometer sus delitos o simplemente, desde ellas comete los delitos de forma abierta.
21. Con la globalización, las facilidades de transporte y la flexibilización de las fronteras, así como las facilidades de la informática y la internet, el crimen organizado se potenció de forma exorbitante, aprovechando todas las ventajas lícitas brindadas a la economía formal (Naim, 2006).

---

[13] El título original de la obra fue *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commenwealth, Eclesiastical and Civil. París, 1651.* Dicha obra fue escrita en esa ciudad francesa, debido a su huida del gobierno de Oliver Cromwell. Véase: Thomas Hobbes. *Enciclopedia Hispánica*. Enciclopedia Britannica Publishers, Inc. México, 1990. Tomo 8.

22. Así las cosas, la expansión de la DOT puede llegar a extremos de infiltrarse y apropiarse de Estados, desestabilizar a países enteros, generar caos y pobreza[14] e, incluso, alterar la paz mundial. Por eso, se puede afirmar lo siguiente:
    a. "La Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional se aplica a grupos criminales organizados. Se trata de delincuentes agrupados de forma ilegal con el deliberado propósito de seguir delinquiendo con las riquezas obtenidas. Son delitos económicos transnacionales muy graves, que rozan con abusos y violaciones de derechos humanos. Tales grupos pueden ser independientes del Estado que antagonizan, pero suelen medrar dentro de los gobiernos mediante infiltraciones.
    b. El peor modo de hacer que los grupos mafiosos operen es cuando se adueñan de un Estado. Ese fue el caso del III Reich de Alemania, los grupos criminales organizado fueron el NSDAP o partido nazi, la Gestapo y las SS, según sentencia del Tribunal de Nuremberg que los calificó como "organizaciones criminales" y los disolvió, conforme lo permitía el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional. Esas organizaciones, entre otras, se apoderaron del Estado Alemán y lo hundieron en la II Guerra Mundial, cometiendo el Holocausto o Shoá y otros crímenes atroces…"[15]
23. La Convención de Palermo contiene en sus normas los modos de realizar la cooperación de los tribunales, ministerios fiscales y policías de investigación penal en los planos nacional, regional e internacional de la coacción penal. En fin, el globo entero tiene ahora las herramientas legales para combatir a los inciviles que conspiran contra el orden jurídico internacional y la economía global.

---

[14] INSIGHT CRIME: *Venezuela: ¿un Estado mafioso?*. Disponible en: https://es.insightcrime.org/investigaciones/venezuela-estado-mafioso-2/

[15] FERNANDEZ, Fernando M.: *¿Palermo contra Venezuela?* Disponible en: https://www.amnistia.org/ve/blog/2020/04/14347/palermo-contra-venezuela~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20de%20Palermo%20dice,eficazmente%20la%20delincuencia%20organizada%20transnacional.

24. Los instrumentos que complementan la Convención de Palermo son: (i) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; (ii) Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y (iii) Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.
25. La Convención de Palermo define varios conceptos de suma utilidad, para el Derecho Penal Internacional y el Derecho Penal interno de los países, tales como:
    a. 2) a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá 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 presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un del
    b. 2) c) Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada."
26. El consenso doctrinario y legal señala que la organización criminal comienza con tres o más integrantes asociados de forma voluntaria para cometer delitos económicos con una estructura jerárquica establecida y con relativa permanencia en el tiempo.
27. Tanto el grupo organizado como el estructurado pueden ser formas de organización, también, para cometer crímenes internacionales según el Estatuto de Roma.
28. La DOT Se distingue de la delincuencia común porque requiere organización, estructura, jerarquía, lucro, complejidad, identidad, prestigio y relativa estabilidad y sus imbricaciones internacionales la hacen más poderosa, incluso que las empresas formales.
29. La DOT es la principal amenaza a la economía privada y el principal economía del fisco estatal. Su capacidad de mimetización le

permite infiltrar todos los espacios y jerarquías sociales, políticas y administrativas por medio de la corrupción y el ofrecimiento de riquezas de forma rápida y sin mayor esfuerzo.

IV. DELITOS DE LA DOT QUE SON PERSEGUIDOS POR LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

30. Delitos previstos en la Convención de Palermo: blanqueo de activos, corrupción, obstrucción de la justicia, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y tráfico de armas. Es necesario advertir, que esta lista no es limitativa, porque cada Estado puede ampliarla tanto como estime necesario a los fines de adecuarla a cada país.
31. Otros delitos graves vinculados a la DOT: tráfico de drogas, financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, financiamiento del terrorismo, tráfico de materiales estratégicos, ecocidio, tráfico de flora y fauna, madera y especies en extinción; tráfico, contrabando y falsificación de dinero; tráfico de bienes culturales; piratería de la propiedad intelectual; pornografía infantil; secuestro y extorsión.
32. La Convención de Palermo desecha el antiguo concepto que impedía establecer la responsabilidad de personas jurídicas (*societas delinquere non potest*). En su lugar se plantea la posibilidad de que cada Estado regule la responsabilidad legal de las personas jurídicas, bien sea penal, administrativa o civil, cuando quiera que estas, bien sean empresa u ONG, se usan como fachadas para las actividades de la DOT.
33. Una de las innovaciones de mayor interés de la Convención de Palermo para el combate de la DOT es que permite realizar el procedimiento de extradición, sin necesidad de acudir a tratados bilaterales. También formula mecanismos expeditos de cooperación penal internacional que facilita el trabajo de policías y fiscales. Asimismo, la facilita la asistencia judicial recíproca, lo cual permite mayor fluidez en la ejecución de medidas preventivas, investigaciones conjuntas y aplicación de decomisos de bienes, entre otras posibilidades procesales.

V. CONCLUSIONES

34. La justicia penal transnacional corresponde a una nueva forma de la administración de justicia, en la cual se vinculan los tribunales penales de diferentes países, en procura de combatir a la DOT y la Gran Corrupción o cleptocracia en todas sus manifestaciones.
35. Se diferencia de la administración de justicia local porque esta se dedica a perseguir los delitos comunes dentro del territorio de cada país.
36. También se distingue de la justicia penal internacional, representada por la Corte Penal Internacional a cuya cabeza está la Corte Penal Internacional y los tribunales de los Estados Parte del Estatuto de Roma. De su parte, la jurisdicción universal de los derechos humanos también se imparte en todos los tribunales de cualquier país, independientemente de donde se cometió la atrocidad contra la humanidad.
37. En fin, será el porvenir el que imponga nuevas rutas y formas de ejercer el *ius puniendi* contra la Gran Corrupción y la delincuencia organizada transnacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AMBOS, Kai: *Control de Drogas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Comisión Andina de Juristas. Bogotá, 1998.

ATENCIO, Heraclio (Compilador): *Violencia, criminalidad y terrorismo.* Fundación Venezuela Positiva. Caracas, 2005.

BORGES, Carmen Luisa (Compiladora): *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje el Dr. Alberto Arteaga Sánchez.* UCV. Caracas, 2006.

FERNÁNDEZ, Fernando M.: *Materiales de sangre. La extracción, el tráfico y el contrabando de oro, diamantes, coltán y gasolina.* Observatorio del delito Organizado. Caracas, 2015.

_____: *El Estado como botín*. Observatorio de delito organizado. Caracas, 2017.

_____: *Delitos y procedimientos en materia penal por infracciones del derecho de propiedad industrial.* Anuario del Instituto de Ciencia Penales y Criminológicas. UCV. Caracas, 1999. Páginas 4-24.

_____: *Delincuencia organizada transnacional.* Glosario de Derecho Internacional Penal. CEPAZ, Coalición por la Corte Penal Internacional y otros. En Imprenta. 2020.

FORGIONE, Francesco: *Mafia Export*. Editorial Anagrama. Barcelona, 2010.

NAÍM, Moisés: Ilícitos. Editorial Debate. Bogotá, 2006.

TABLANTE, Carlos y Marcos Tarre: *El gran saqueo*. Editorial La Hoja del Norte. Caracas, 2015.

PARDO, Yolanda: *Organizaciones mafiosas italianas*. Barcelona, 2017. Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/454823/Typg.pdf?sequence=1&isAllowed=y

RESUMEN

En este breve artículo se analizan los rasgos básicos de la justicia penal transnacional, diferenciada esta de la justicia penal local y la justicia penal internacional. Los mecanismos de la justicia penal transnacional son varios, pero aquí solo se destaca el mecanismo de la extradición, por ser novedoso en el sistema establecido en tratados internacionales derivados de la Organización de Naciones Unidas que sustituyen a los instrumentos bilaterales, en casos en los que estos no existan.

PALABRAS CLAVE

justicia penal transnacional,
extradición,
soborno transnacional,
delincuencia organizada transnacional,
Gran Corrupción,
cleptocracia,
sistema de botín.

ABSTRACT

This short article analyzes the basic features of transnational criminal justice, differentiated from local criminal justice and international

criminal justice. The mechanisms of transnational criminal justice are various, but here only the extradition mechanism stands out, as it is novel in the system established in international treaties derived from the United Nations Organization that replace bilateral instruments, in cases where these do not exist.

KEYWORDS

transnational criminal justice,
extradition,
transnational bribery,
transnational organized crime,
Great Corruption,
kleptocracy,
spoils system.

DESVENTURAS DEL PROCESO PENAL EN LA VENEZUELA DEL SIGLO XXI.*

DR. ÁNGEL ZERPA APONTE.**

SUMARIO

1. Las seis reformas procesales penales del COPP en 20 años, conducen a una obsolescencia del conocimiento adjetivo penal. 2. El precedente vinculante de la Sala Constitucional ha conducido a un paralelismo procesal a-normado (¿o "anormal"?), o, dicho en otras palabras, ¿Cómo "interpretar lo interpretado?". 3. El ausente interés político en lo procesal penal, o lo que denominamos, la "teoría del chinchorro" sic. 4. El vaciaje descodificador por una procedimentalización especial colateral. 5. La administrativización penitenciaria en sustitución de su regulación jurisdiccional. 6. El menoscabo de garantías procesales por una interpretación politizada de las mismas ("justicia política" vs. "justicia común"). • Referencias jurisprudenciales.

---

* Disertación realizada por el autor el 29-7-20, dentro del Homenaje al Dr. Tulio Chiossone, El Derecho Penal y sus desafíos en tiempos difíciles Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QjUeXCC6TBE&t=154s, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y la Fundación Universitas, entes a los cuales se agradece la deferencia.

** Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Central de Venezuela, en la USM, y en otras universidades venezolanas. Magister Universidad de Glasgow, Reino Unido. Ha sido Juez Superior Penal Titular en Caracas. En 2017 la Asamblea Nacional lo designo Magistrado titular en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cargo que impidió su toma de posesión el Ejecutivo Nacional, al igual que el del resto de los magistrados designados.

La presente disertación se estructura en 6 consideraciones:

1) Las seis reformas procesales penales del COPP en 20 años, conducen a una obsolescencia del conocimiento adjetivo penal;
2) El precedente vinculante de la Sala Constitucional ha conducido a un paralelismo procesal a-normado (¿o "anormal"?), o, dicho en otras palabras, ¿Cómo "interpretar lo interpretado?";
3) El ausente interés político en lo procesal penal, o lo que denominamos, la "teoría del chinchorro" sic;
4) El vaciaje descodificador por una procedimentalización especial colateral;
5) La administrativización penitenciaria en sustitución de su regulación jurisdiccional; y
6) El menoscabo de garantías procesales por una interpretación politizada de las mismas ("justicia política" vs. "justicia común").

Disertemos pues sobre estas consideraciones.

1. LAS SEIS REFORMAS PROCESALES PENALES DEL COPP EN 20 AÑOS, CONDUCEN A UNA OBSOLESCENCIA DEL CONOCIMIENTO ADJETIVO PENAL

Rafael Caldera asume por segunda vez la Presidencia de la República de Venezuela en 1994, en medio de una crisis financiera causada fundamentalmente por el otorgamiento de autopréstamos a los accionistas y testaferros de un importante número de bancos, y que arrasó con la mitad del sistema bancario. Según el Ministerio de Hacienda de entonces, "…la totalidad de recursos que la Nación debió destinar durante el año 1994 para asistir a las instituciones financieras intervenidas

y estatizadas se elevó al…equivalente al 12% del producto bruto de ese año…"[1]. Los bajos precios del petróleo obligaron a recortar el presupuesto del año 1994 en un 10% y se pone en ejecución el plan Sosa, de carácter fundamentalmente tributario, que reforma y pone en vigencia varias leyes fiscales y crea el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT). Por la situación de minoría parlamentaria en que se encontraba el gobierno no consigue la aprobación de ninguno de los planes económicos formulados y termina acudiendo al Fondo Monetario Internacional (FMI)[2]. Es en medio de esta necesidad fiscal que surge la necesidad de una reforma legislativa en el país, para crear seguridad jurídica a los prestamistas internacionales, fundamentalmente en el área de la justicia penal. Es decir, el origen del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) se sustentó en una necesidad fiscal, pero no de fiscalía punitiva como pudiera entenderse someramente de la frase, sino de origen fiscalista entendido en la relación de necesidad de ingreso público, para satisfacer necesidades colectivas.

Entonces, a finales de los años 90 del pasado siglo, las reiteradas críticas en torno a la obsolescencia de la legislación penal venezolana tanto en su aspecto sustantivo como procesal, condujeron a afirmar que tal legislación era el causante de la ineficacia del sistema judicial, del aumento del hecho delictivo y, en general, de los cuestionamientos sobre la administración de justicia. Hay que advertir que el origen de una específica ley procesal penal en Venezuela se remonta al Código de Procedimiento Criminal de 1873. Antes, los juicios penales se regían por las normas que regulaban el proceso civil, conforme el Código de Procedimiento Judicial de 1836. Fue reformado el Código de 1873 varias veces: en 1882, en 1884. En la reforma de 1897 pasó a ser el Código de Enjuiciamiento Criminal. Este Código previó el juicio por jurado, sin hacerlo obligatorio, ya que dejó en libertad de adoptarlo o no, a los poderes legislativos de los Estados. El juicio por jurado continuó vigente en los códigos posteriores, el de 1904 y el de 1911, hasta

---

1 Oficina Central de Información: "La economía en 1994, Fondo de Garantía de Depósitos y protección Bancaria (Fogade)"; en *Primer mensaje del Presidente de la República Dr. Rafael Caldera al Congreso Nacional*, Imprenta Nacional, Caracas, 1995. p. 40

2 Ignacio Antivero, coord. (1989-1997), Series Estadísticas de Venezuela. Tomo I-A. (Serie 1950-1998). Banco Central de Venezuela, Caracas.

su defenestración en el Código de 1915. El CEC de 1926 fue reformado también varias veces: en 1957, en 1962 y en 1995. Este Código tenía como fuente inmediata la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, de 1882, que establece el "procedimiento mixto". El gran jurista venezolano homenajeado en esta disertación, el Dr. Tulio Chiossone en su Manual de Derecho Procesal Penal (1981, 69), aclaraba…

> "…El proceso penal efectivamente es arcaico y enormemente ineficiente…En realidad, es mixto por cuanto tiene dos fases: el sumario, completamente inquisitorio, y el plenario, que incorpora elementos acusatorios. En realidad, el rasgo predominante es el inquisitorio. En el procedimiento inquisitorio el juez busca la verdad, o más propiamente los elementos de convicción..."

Históricamente existen tres sistemas de procedimiento penal: el acusatorio, el inquisitivo o inquisitorio, y el sistema mixto:

- El acusatorio tiene por base el que nadie puede ser juzgado penalmente, sin una acusación que otro sostenga en contra de él, ante las autoridades competentes. Es un proceso de partes: El Ministerio Público y la defensa. El juicio se inicia por persona distinta al juez. La investigación y recolección del material probatorio, corresponde a las partes. Al juez solo le corresponde juzgar con base en las pruebas presentadas por las partes, y con fundamento en estas, condena o absuelve. Todo esto se lleva a cabo en base a los principios de publicidad del juicio y de la discusión contradictoria entre el acusador y el acusado, con absoluta paridad de derechos y poderes entre estos;
- En el inquisitivo o inquisitorio, la iniciativa de la investigación y persecución de los delitos corresponde al juez o a funcionarios públicos que tienen la facultad de iniciar el proceso penal. El proceso penal comienza bien de oficio, por denuncia o, por acusación. Es escrito, tanto la imputación delictual que haga el fiscal del Ministerio Público o el acusador, como la defensa. Es también en su totalidad secreto.

Entre los caracteres diferenciales que permiten distinguir el acusatorio del inquisitorio, radica en que el sistema acusatorio, el ejercicio de la jurisdicción está claramente separado del derecho de acción. Por el contrario, en el inquisitorio el ejercicio de la acción corresponde al titular de la jurisdicción. De allí que cuando el juez actúa de oficio está ejercitando la acción penal. Pone en movimiento es la función jurisdiccional del Estado. Las ideas filosóficas del siglo XVIII, especialmente las surgidas de la Revolución Francesa, influyeron notablemente en el sistema procesal penal e hicieron que el sistema inquisitorio, que era el vigente para entonces, desapareciese en parte y surgió un sistema mixto. En efecto, en el Código de instrucción criminal promulgado en Francia en 1808, se mantuvo el procedimiento inquisitorio, en la primera fase del proceso, es decir, un procedimiento previo, escrito, secreto, no contradictorio, pero incorporó una segunda fase oral, público y contradictoria. En consecuencia…

- El sistema mixto que era el establecido en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, tenía una fase preparatoria, secreta, escrita, que es conducida por el juez o por los llamados órganos instructores del proceso penal, a la cual le sigue una fase oral, pública y contradictoria, la formulación de cargos o imputación delictual; y la defensa, y la decisión o sentencia corresponden a sujetos procesales distintos.

Y es aquí que surge la primera versión del COPP, el promulgado en 1998, que entró en plena vigencia a mediados de 1999. Fue ambiciosa la propuesta de sus redactores. En la Exposición de Motivos se lee que "…con la nueva legislación se logrará una justicia rápida, dictada con sentido de equidad…esto contribuiría al combate de la delincuencia y al logro de la seguridad jurídica….". Duró apenas algo más de un año desde su vigencia plena ya que en la G.O. del 25-8-00 se publicó su primera Reforma: Acuerdo reparatorio para las lesiones culposas leves; incorporación de las dos fórmulas del delito flagrante -flagrancia propia e impropia- para permitir su aprehensión; regulación de la privación preventiva judicial de libertad. También se incorporó el efecto suspensivo de la libertad decidida por juez de control, frente al sospechoso

de delito flagrante; y se regularon aspectos de la rebaja de condena por admisión de hechos.

Pero, también, de nuevo, algo más de un año fue lo que duró ese COPP 2000, ya que en la G.O. de Noviembre de 2001 se publica, en tan breve término, la segunda reforma del COPP. En su Exposición de Motivos se lee que "…de nada servirá esta reforma del Código…y de otras leyes si no se emprende una sólida fórmula de desarme de la población que impida hechos con armas de fuego, se inicie una verdadera política criminal preventiva y represiva que llegue a la población, y se emprenda una reforma penitenciaria que logre la rehabilitación y la reinserción social de los condenados por delitos". Esta Exposición de Motivos reconocía que la respuesta a los problemas de seguridad ciudadana, de los cuales se señalaba al COPP como generador, requerían respuestas integrales dentro de las cuales la reforma era meramente tangencial. Esta, la de 2001, fue la más extensa: 208 disposiciones reformadas y/o incluidas. Se eliminaron los tribunales de jurados, que habían coexistidos con los tribunales mixtos, éstos en los que los ciudadanos participan al lado de un juez como escabinos. También se restringió el alcance de las "excepciones" (para oponerse a la persecución penal, art. 28). Se modificó la "extensión jurisdiccional" que faculta a los tribunales penales para conocer de cuestiones civiles y administrativas relacionadas con el hecho penal que investigan (art. 34); igualmente, se modificó la "prejudicialidad civil" que consiste en suspender el proceso penal si éste depende de una cuestión civil pendiente, hasta que ésta se resuelva (art. 34). Por otro lado, se modificaron las medidas alternativas a la prosecución del proceso (el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso), mecanismos destinados a otorgar la libertad al procesado y significan, bien sea la extinción de la acción penal o la suspensión del proceso siempre que se respeten unas condiciones.

Fue una modificación substancial al principio del "estado de libertad" según el cual "toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible, permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas", ya que el objetivo manifiesto del legislador fue impedir que las formalidades para aplicar las medidas de coerción, obstaculizaran la detención, persecución y enjuiciamiento de los presuntos responsables. Otro aspecto importante es que, siendo el peligro

de fuga y el peligro de obstaculización de la investigación penal una de las razones para mantener privado de la libertad al imputado o a la imputada, se incluyó, como razones para considerar que hay peligro de fuga, su conducta pre-delictual y la siguiente presunción: "se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años" (art. 251); igualmente, para considerar que hay peligro de obstaculización, se incluyó como razón el que pueda modificar algún elemento o evidencia sobre la investigación o tratar de influir a las víctimas (art. 252). En caso de flagrancia, se precisó en 36 horas el tiempo que tiene el Ministerio Público para poner al detenido o la detenida a disposición del juez o la jueza (art. 373). Igualmente, se reguló la actividad del juez o la fiscal, en la definición del procedimiento a seguir en casos de flagrancia y de las medidas de coerción personal pedidas por el fiscal contra el procesado o la procesada (art. 373).

Para 2006 la situación carcelaria se había agravado y había llevado a varios conflictos penitenciarios. Se incrementó el número de personas asesinadas en las cárceles, al igual que el número de huelgas de hambre y personas que recurrieron a la práctica de autolesión como mecanismo de protesta dentro de los centros carcelarios. El gobierno dio respuesta con la reforma 2006 del COPP: Se suprimió el art 493, que condicionaba más severamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, por varios delitos listados en ese Artículo; se reformaron las condiciones para permitir a los penados y tener acceso a trabajo fuera del establecimiento penitenciario, pasar a régimen abierto u obtener la libertad condicional, y así se limitó la condición de que el penado no tuviera antecedentes por condenas ocurridas dentro de los diez años anteriores a aquella condena por la que solicitaba el beneficio, y se eliminó la condición de haber observado buena conducta (art 500). Se estableció que el cómputo del tiempo para obtener la redención de la pena por trabajo y estudio, se comenzará a contar desde el momento en que se empiece a cumplir la condena impuesta y no desde que se cumpliera la mitad de la pena (art. 508). En general, es evidente que esta reforma estuvo imbuida por todo el clima de malestar dentro del sistema carcelario y fue una respuesta o un mecanismo para aliviar las tensiones.

En cuanto a la reforma del año 2008, ésta buscó principalmente dar respuesta al retardo procesal. Se trató esencialmente de una reforma de 13 artículos que modificaron los procedimientos para facilitarlos y agilizarlos. Revisemos algunos contenidos de esta reforma: Se modificó el sistema de notificaciones (art. 183 a 189) a las partes del proceso, a las víctimas, expertos, intérpretes y testigos, a las personas ausentes o que no pueden ser localizadas, a los militares en servicio activo y funcionarios de policía. Se cambió el procedimiento para la aplicación de las llamadas medidas de coerción personal materializadas esencialmente en la pérdida de la libertad personal (art. 244). Se amplió el plazo para que el Ministerio Público dé inicio a la investigación penal y decida si la desestima o no (art. 301) y para el final de la investigación por parte del Ministerio Público, se modificó el trámite del sobreseimiento. Fue modificado el procedimiento de extradición activa, es decir, el que se aplica cuando es Venezuela la que solicita a otro Estado la extradición de una persona imputada a la cual se le ha acordado medida cautelar de privación de la libertad, para procesarla penalmente en nuestro territorio (art. 392). En caso de extradición pasiva se establece que una vez la persona sea aprehendida deberá ser presentada dentro de las 48 horas siguientes ante el juez que ordenó su aprehensión para que sea informada acerca de los motivos de su detención y de los derechos que le asisten (art. 396).

Con respecto a la reforma procesal de 2009, al igual que la reforma de 2008, se buscó agilizar los procesos penales. Según su exposición de motivos, lo que se perseguía era llenar de contenido las garantías y derechos constitucionales relativos a los derechos humanos y el debido proceso, que permitan desarrollar una política de humanización de las cárceles para alcanzar la conformación de una cultura de defensa de la dignidad del privado de libertad. En general, se trata de una extensa reforma a 40 artículos del COPP: Se amplió la aplicación del principio de oportunidad (que consiste en que el Ministerio Público solicita al juez que no ejerza la acción penal) a los delitos con penas máximas inferiores a 5 años. También se eliminó un párrafo que excluía de este beneficio a las personas condenadas mediante la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos cuando la pena impuesta excediere de 3 años (art. 493). Se suprimió la exigencia de que no existieran

condenas por delitos de igual naturaleza a la del delito por el cual fue condenada la persona, para que el tribunal de ejecución autorice al penado o a la penada a trabajar fuera del establecimiento, a pasar a régimen abierto o a obtener la libertad condicional (art. 500). El objetivo sería dejar de lado un criterio peligrosista, que llevaba a que los efectos de la pena por un delito anterior fueran extendidos a la situación del penado o la penada por un nuevo delito. Se incluyeron nuevas condiciones: para obtener la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 493) se debe incluir el pronóstico favorable de conducta a cargo de un equipo técnico (previsto en el num. 3 del art. 500); para trabajar fuera del establecimiento, o pasar a régimen abierto o para obtener la libertad condicional, se necesita que "el interno o interna haya sido clasificado o clasificada previamente en el grado de mínima seguridad por la junta de clasificación y tratamiento del establecimiento penitenciario…" (art. 500).

Al igual que en las reformas del 2006 y 2008, la reforma del 2009 se dedicó, en gran medida, a modificar artículos de la reforma del 2001. Así, podemos constatar que de los 40 artículos de esta reforma, 24 fueron modificados o introducidos por la reforma de 2001. En especial, esta reforma continuó desmontando las medidas que en la reforma de 2001 buscaron restringir la libertad como principio: esto sucede con la ampliación del principio de oportunidad (art. 37), la eliminación de un requisito para obtener la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la eliminación de una causal de exclusión de este beneficio (art. 493), y con la eliminación del criterio peligrosista de que no existieran condenas por delitos similares para pasar a régimen abierto o para obtener libertad condicional. De igual manera, se continuó la lucha contra el retardo procesal a través de reformas al COPP y se buscó agilizar el procedimiento penal.

Hay que puntualizar que la adopción del COPP fue un cambio fundamental para la administración de la justicia penal en Venezuela: abandonar el inquisitivo para incorporar un sistema primordialmente acusatorio, pretendió encausar la administración de justicia hacia un sistema garantista acorde con los parámetros internacionales de derechos humanos. Pese a ello, el COPP ha sido objeto de reformas francamente regresivas. En gran medida, el código encontró un fuerte muro

de contención sostenido por lo menos en tres columnas: a) una sociedad que pedía mayores garantías o acciones positivas, b) un Poder Legislativo que optó por soluciones restrictivas y c) unas políticas públicas desordenadas en esta materia. Por ejemplo, en las reformas del 2000 y 2001, con el tiempo, mostraron que no contribuyeron a mejorar la situación de inseguridad. De poco sirvió que esta reforma endureciera los criterios para que las personas detenidas optaran a la suspensión condicional de la pena y fortaleciera los mecanismos para que jueces, juezas y fiscales aplicaran medidas privativas de la libertad. Las tres reformas posteriores estarían más bien dirigidas a propiciar la libertad de procesados y condenados, reformando buena parte de lo dispuesto en la reforma de 2001.

Por su parte, las reformas al COPP del 2006, 2008 y 2009 tuvieron dos objetivos principales: 1) atender los problemas de retardo procesal y 2) contribuir a mejorar la grave situación causada por el hacinamiento humano en los centros penitenciarios. Las distintas medidas que fueron adoptadas en estas tres reformas fueron orientadas a dar celeridad al proceso y disminuir el hacinamiento. A pesar de ello, persiste el retardo procesal que lleva a que la mayoría de las personas privadas de su libertad esté constituida por personas procesadas. Las reformas penales adolecen de una visión de sistema que les guíe en su etapa de diseño, es decir, cuando se hacen las normas penales en la Asamblea Nacional. Creemos que la visión de conjunto, que integre y armonice las políticas públicas, es un elemento que debe ser fortalecido. Las constantes reformas del Código Orgánico Procesal Penal en tan poco tiempo, a diferencia de normas tan aparente petrificadas en su inteligencia por hermenéutica, como el Código de Procedimiento Civil, traduce una suerte (¿o "desgracia"?) de mal maridaje entre la Venezuela que ingresó a un sistema político de pretendido corte socialista, con su novísimo sistema acusatorio procesal penal. Pretendía ser el novísimo acusatorio un sistema procesal penal corrector de la delincuencia en la sociedad. Basta leer la Memoria y Cuenta del propio Ministerio del Poder Popular para el Interior, en 2010: 5 de los 7 principales delitos considerados más numerosos, suponen el uso de la violencia, encabezados por el homicidio y el secuestro. Ello traduce una especie de resolución "a-procesal" del conflicto delictivo. A la muestra, un botón: En el Informe Provea de

2011 se nos muestra que las muertes por enfrentamiento, en 1999, eran de 607, siendo que once años después, en 2010, estas muertes aumentan a 3.492, para lo cual se percibe una especie de banalización de la judicialización de la represión del delito, en aras a una resolución policial inmediatista del conflicto penal.

Ambición en la promulgación inicial del COPP, decepción de las contra-reformas. Es la última hasta ahora, 6 en 20 años, la de 2012, la hecha por el entonces presidente Chávez, por vía de Ley Habilitante, se lee en su Exposición de Motivo: "…ante el evidente fracaso en la aplicación de ese modelo importado que, entre otras cosas, incide en el retardo procesal, que conlleva a la impunidad, así como a contradicciones con la Constitución…". La reforma 2012 del COPP se publica a través del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, en la G. O. del 15-6-12, Código éste cuyo carácter Orgánico fue declarado Constitucional por la Sentencia N° 795 del 15-6-12, de la Sala Constitucional. Muchos aspectos de la original concepción del COPP fueron dejados de lado, como una especie de suelte de lastre. Sintomático fue la desaparición de la participación ciudadana como forma de integración ciudadana en el acto de administración de justicia, abolido entonces ya no solo el sistema de jurado sino también el escabinado, por lo que la participación ciudadana en la gestión pública, y dentro de ella, en la judicial penal, como "deber social" de todos los ciudadanos según sus capacidades, cometido por excelencia de la Administración Pública dentro de un Estado Social, se desvaneció. También se permitió el enjuiciamiento en ausencia en las audiencias preliminares y de juicio, violentado el 49.3 Constitucional, "Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal...". Por otra parte, se eliminó la audiencia oral para escuchar al privado de la libertad cuando operaba el lapso de proporcionalidad para ser mantenido en tal privación sin haberse iniciado aun audiencia de juicio, conforme al 230 COPP. De igual forma, se elimina la fijación de audiencia para escuchar a la víctima frente a la propuesta de sobreseimiento fiscal, inclusive si la causa comenzó fue con la presentación de querella por

parte de la víctima. Por otra parte, en el COPP 2012 se incorpora el procedimiento especial por delitos menos grave, aquellos cuya pena no supera los 8 años en su límite máximo, o no estén expresamente exceptuados (Ver art. 354 COPP), en procura que el procesamiento de esos delitos se resuelva con alternativas procesales en búsqueda de la mediación como fórmula de resolución del conflicto penal.

Radical fue la incorporación en el art. 430 de la suspensión de la libertad del que ya fue declarado absuelto a la finalización del juicio, contradiciendo ínsitamente lo dispuesto en el propio artículo 348 del COPP y el 44.5 de la CRBV. Por otra parte, es francamente contradictorio lo que se incorpora en el 444.3 del COPP, porque define una causal para la apelación de sentencia por "Quebrantamiento u omisión de formas no esenciales o sustanciales de los actos que cause indefensión", cuando, precisamente, la lógica procesal, conduce a afirmar que la omisión decisoria es, más bien, por el irrespeto a formas esenciales, porque las otras serían rituales, proscritas por el 257 Constitucional.

Como se evidencia a las claras, tantas e importantes reformas en tan poco tiempo impiden, denodadamente, cimentar una interpretación racional, asible, de un sistema procesal penal y de sus institutos, actos procesales, incidencias, formas procesales, procedimientos, fases. No se ha asumido una inteligencia funcional, real, sobre que el tan pretendido sistema acusatorio que ha sufrido un deslave inquisitorio tan pronto se iniciaba el nuevo sistema. La obsolescencia interpretativa de los institutos procesales impide mantener los mismos criterios que se asumen en años, en lustros anteriores. Ejemplos sobran: ¿Cómo seguir asumiendo, por ejemplo, las máximas de experiencia como instrumento apreciativo de la prueba (aún vigente en el 22 del COPP), si ellas estaban dirigidas fundamentalmente al lego que juzgada, el ciudadano que no era abogado y que se integraba al acto de juzgar con el juez abogado?; ¿Cómo entender, luego de la reforma, el impulso procesal por querella de la víctima, si en su desestimación por el sobreseimiento fiscal siquiera se convoca a audiencia para que dicho querellante pueda acudir y alegar?; ¿Cómo entender la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio si en la última reforma se permite impugnar la ilícita admisión de prueba, pero no se establece normativamente la suspensión del inicio del juicio?

2. EL PRECEDENTE VINCULANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL HA CONDUCIDO A UN PARALELISMO PROCESAL A-NORMADO (O ¿"ANORMAL"?) O, DICHO EN OTRAS PALABRAS, ¿CÓMO "INTERPRETAR LO INTERPRETADO?"

Con la promulgación de la Constitución de 1999, se pretendió la apertura de un paradigma distintivo de lo jurídico en el país, y del concepto de Derecho y de Justicia, fundamentalmente derivado del abanico interpretativo que despliega la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo el prisma del llamado "precedente vinculante". Buena parte de dicho precedente se sustenta en la invocación del "debido proceso", aunque solo sea en una referencia nominal. Ahora bien, ¿es la interpretación política de la Constitución, el "precedente vinculante"? Anunciaba el entonces Magistrado de nuestro Máximo Tribunal, Levis Zerpa, en su Discurso de Orden en la Sesión Solemne del TSJ, en ocasión a la apertura de las actividades judiciales de 2000, sobre la labor de interpretación de la Constitución, en el sentido que el atribuirle "...sentido a los textos con relevancia jurídica, deben ser apreciadas tanto en relación con la Constitución misma como respecto a la normativa jurídica existente…". La Constitución de 1999 creó la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, la que empezó a despachar en enero de 2000. Dicha Sala, a las primeras de cambio, argumentó sobre el necesario carácter "político" de la interpretación del Derecho. En forma sistemática dicho criterio empezó a acuñarse a partir de la 1309 (19-7-01), sobre la llamada "contextualidad jurídico-política" de la interpretación jurídica: la decisión jurisdiccional que interpreta el Derecho debe cumplir una "...doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios"..., afirmando sin ambages dicha Sala que "...En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante"..., puesto que "...el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de

una política…con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*)"...[3] .

En la referida, dicho "Máximo Intérprete de la Constitucionalidad" esquematizaba que hay "clases" de interpretación constitucional, reduciéndolas a "...La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad...por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete"...; postura ésta que, ciertamente, se dejaba traslucir desde la propia Exposición de Motivos de la Constitución al referirse ésta que la venidera ley orgánica del novísimo entonces Tribunal Supremo de Justicia debía "...consagrar un mecanismo de carácter extraordinario mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución"…

Como si aquel desiderátum del sentido político de la interpretación ya no representara en sí mismo un problema al minar la necesaria pluralidad política de las instituciones públicas conforme, entre otras normas supremas, al 6 de la Constitución, esta creación de una nueva categoría de fuentes del Derecho en nuestro país, el "*jurisdatio*", el precedente vinculante que proviene de la Sala Constitucional, le adiciona un nuevo problema a la interpretación jurídica, porque ya no se trataría exclusivamente de indagar el sentido y alcance de la norma consagrada en texto legal, sino de indagar el sentido y alcance de la interpretación que asumió el Máximo Interprete en la motiva de su fallo interpretativo. Ergo, interpretar lo interpretado. Algo así y permítasenos el símil, como ocurrió cuando en dos lugares de la China Popular, Hong Kong y Macao, se permitió aplicar el modelo de administración conocido como "un país, dos sistemas", acuñado por Deng Xiaoping, designándose la convivencia de dos sistemas económicos diferentes en un mismo país, el socialismo con el capitalismo. Entonces, en Venezuela, de igual

[3] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

manera, con el advenimiento del *jurisdatio* proveniente de la Sala Constitucional como fuente de Derecho, estamos presenciando la adopción de dos sistemas jurídicos en un mismo país: el que se sustenta en el llamado "Derecho estatuido", o "Continental", el consagrado en códigos y leyes; con otro, que asume rasgos del denominado "Derecho consuetudinario", en su vertiente del precedente, ergo, un verdadero Estado de Derecho Consuetudinario en Venezuela.

De allí que la siguiente pregunta siempre gira en el foro jurídico nacional: Estableciendo la parte in fine del 335 Constitucional que "...Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes".... Pero, ¿qué es lo vinculante, lo *erga omnes*: lo que una vez dicha Sala interpretó sobre el especifico punto jurídico, ¿o la última interpretación sobre dicho punto jurídico? Y otra pregunta saldría a colación: ¿se requerirá una pacífica y constante (repetitiva) emisión de similar criterio sobre el punto interpretado para solidificar dicho *jurisdatio*, o basta que una sola vez haya sido expresado éste, en el *obiter dictum* de dicha Sala? Frente a la última cuestión, la SC expresó en su 1760 (25-9-01) que los objetivos de la revisión constitucional son "...a) uniformar la interpretación de la Constitución; b) dictar pautas de aplicación constitucional y c) reconducir a prácticas legitimadas por la nueva Constitución, actitudes judiciales nacidas al amparo de preceptos legales o constitucionales derogados o de principios o valores superados. Pero de ningún modo, su objetivo es corregir (aunque en la consecución de su fin propio lo haga) los desaciertos judiciales, esto es: no constituye una tercera instancia de conocimiento"[4].... Pero tampoco debe asumirse que las interpretaciones de la Sala Constitucional, son inamovibles, petrificadas en su parecer, en el tiempo. Para ello, la propia Sala manifestó criterio sobre la llamada vigencia interpretativa de sus decisiones, subrayando la idea de que en su condición de "Máximo Intérprete de la Constitucionalidad" puede "atemperar su criterio", ergo, cambiarlo, sobre un determinado punto jurídico-constitucional.

---

4 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1760 del 25 de septiembre de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1760-250901-00-2783.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

El no acoger el llamado "precedente vinculante" ha conducido a variadas sentencias de revisión de parte de la Sala Constitucional debido a que los tribunales no adoptan un determinado criterio, quizás no dispuesto (en la dispositiva imperiosa del fallo), pero si motivado en él, y por eso se anulan en ejercicio del "*jurisdatio*". Entonces, para encarecer aún más la problemática dentro de esta desventura del proceso penal venezolano en los últimos años, estas decisiones vinculantes de la Sala Constitucional del TSJ ha traído no pocas paradojas, desencuentros, contradicciones y rechazos a las pautas normativas establecidas en el COPP, aun con todas sus reformas, o precisamente por ellas, por lo que la madeja de aplicación de la ley adjetiva penal venezolano se incrementa. Veamos algunos ejemplos:

- **La eliminación de la participación ciudadana**: En la Sentencia 3744, del 22-12-03, la Sala Constitucional del TSJ estaba tratando un asunto distinto a la participación ciudadana, como lo es el retardo procesal en ocasión de la audiencia preliminar del proceso penal y, de repente, se acordó (si, se acordó, de acordarse, de recordarse) de otro asunto distinto a lo que se abordaba, y distinto al objeto del fallo, se pronunció tangencialmente de asunto diverso…

> "Es más, la Sala, con miras a ordenar el proceso penal…considera que es una dilación indebida la que ocurre cuando el tribunal con escabinos no puede constituirse después de dos convocatorias correspondientes y que, ante esa situación, el juez profesional que dirigirá el juicio, debe asumir totalmente el poder jurisdiccional sobre la causa, por lo que deberá llevar adelante el juicio prescindiendo de los escabinos"[5]

Ese fue el comienzo de la eliminación de la participación ciudadana, defenestrada de lleno en el vigente COPP de 2012. Ahora bien, a pesar de ello se conserva en el 22 del COPP la única norma

[5] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3744 del 22 de diciembre de 2003. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3744-221203-02-1809.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

reguladora del mecanismo apreciativo de la prueba penal, "Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia", instrumento éste último, las máximas de experiencia, relegado a la apreciación del lego, del que no es abogado, sobre las pruebas penales. Pero ya, sin escabinos, se mantiene que un juez abogado, conocedor del Derecho, aprecia la prueba es con experiencia.

- **Eliminación de la imputación en sede fiscal**: ¿la imputación en sede jurisdiccional condiciona el inminente cautelar personal en el mismo acto de imputación?:

La llamada instructiva de cargos en sede fiscal como corolario fundamental del sistema acusatorio procesal penal se verifica normativamente en el 132 del COPP, "El imputado…declarará durante la investigación ante el funcionario o funcionaria del Ministerio Público encargado…cuando comparezca espontáneamente y así lo pida, o cuando sea citado por el Ministerio Público" … (…) (*omissis*), es decir, previo a una acusación fiscal debe existir una imputación fiscal. Ergo, la imputación es el necesario sustrato de una acusación como corolario de una investigación. Y salvo que el fiscal solicitare la orden de aprehensión ante el juez de control por la obvia reticencia del imputable, de acuerdo a la trascrita, la imputación es en sede fiscal. Pero ello fue cambiado radicalmente en la Sentencia 537, 12-7-17, de la Sala Constitucional…

> "…considera esta Máxima intérprete de la Constitución que lo ajustado a derecho…es establecer, provisionalmente, que toda persona investigada por la presunta comisión de algún hecho punible o aprehendido en flagrancia, obtendrá la condición de imputado(a) una vez haya sido informado por parte del Ministerio Público ante su defensor de confianza o público si no lo tuviere, en la sede del órgano jurisdiccional penal competente, de los hechos de los cuales se le atribuye la participación o autoría, así como los elementos de convicción que sustentan dicha imputación, ello a los fines de que el Juez o la Jueza (en funciones de Control) garantice y supervise el cumplimento de la legalidad en el proceso, especialmente en lo referente a los derechos constitucionales del investigado, por lo que

> se considerará como "investigado" y no como "imputado", hasta que se cumplan los requisitos señalados supra"…[6]

Ahora bien, cambiada la ubicuidad, la localidad de la imputación, por decisión de la Sala Constitucional, necesariamente ello conduciría a la inminencia cautelar personal, bien sea la medida judicial preventiva privativa de la libertad o la medida cautelar sustitutiva, en la inminencia de la audiencia -que ya no sería de presentación, sino de imputación-, lo cual no acaecía cuando la normada imputación era en sede fiscal. Ello trae la consecuencia de una premura coercitiva cuando la imputación inicial es en sede jurisdiccional, lo cual no acaece cuando la imputación es en sede fiscal, ya que ello permitiría hasta el señalamiento de diligencias de investigación defensivas para evitar afectaciones innecesarias a la libertad.

- **La necesidad del dictado de un auto de motivación del auto de apertura a juicio, apelable aquel**: ¿suspende el inicio del juicio?

En todas las 6 reformas del COPP se ha mantenido la inapelabilidad del Auto de Apertura a Juicio. Ello mantiene la orientación de, entre otros ejemplos foráneos, la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafproz.efiordnuug*, StPO), o "Código Procesal Penal alemán" (hay una traducción de Emilio Eiranova E., Marcial Pons, Madrid, 2000). Claus Roxin, en su *Derecho Procesal Penal*, 347 y ss., se explica ello…

> "…el auto de apertura no puede ser recurrido por el acusado…ni por la fiscalía…Una nueva demora -después de los procedimientos preliminar e intermedio, de larga duración- ya no sería razonable; en el juicio oral, ambos (acusado y fiscal) tienen oportunidad suficiente para hacer oír su punto de vista" ...

Entonces, el 314 del COPP venezolano establece que el Auto de Apertura a Juicio (ya que el juez de control admitió la acusación pública, del Ministerio Público; y/o la particular propia, de la víctima) no

[6] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 537 del 12 de julio de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201056-537-12717-2017-17-0658.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

puede apelarse. Pero tal imposibilidad sufrió un resquebrajamiento en la Reforma 2012, cuando se incorporó en el *In Fine* de dicho artículo, "salvo que la apelación se refiera sobre una prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida". Y es que conforme al 314.3, dicho Auto debe contener "Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes". Entonces, el recurso sería especificando que se impugna es por, a) La inadmisión ilícita de una prueba, al no estar la prueba ofertada, por una parte, en el capítulo de pruebas del citado Auto; y/o por b) Dicho capítulo, contiene una prueba ilícita. Ahora bien, esta especificidad del recurso para evitar su inadmisibilidad, además de lo dispuesto en el citado In Fine del 314, se reacomoda con el criterio vinculante derivado del fallo 942, del 21-7-15, de la Sala Constitucional del TSJ. En él se estableció que el juez que admita la o la acusación (es), además de publicar y suscribir (i) el acta de la audiencia de la que se derivó (ii) el auto de apertura, debe también suscribir y publicar un (iii) tercer instrumento, otro auto, distinto al Auto de Apertura, en el que se describirán las razones porque se dictó el principal auto aperturista. Y ese segundo auto si es apelable. Resumiendo, el fallo en cuestión, en él se instruye que…

> "…el Tribunal debe indefectiblemente dictar y publicar el auto fundado en la misma fecha en la cual termina la audiencia y se firma el acta correspondiente...los Tribunales de Control deben siempre dictar y publicar un auto fundado en extenso en el cual consten la narrativa, la motivación y el dispositivo de las decisiones pronunciadas en cada audiencia, el cual será diferente al auto de apertura a juicio…y sólo es apelable respecto de las pruebas inadmitidas o ilegales admitidas, …la cual constituye un cuerpo diferente, en primer lugar, del acta que se levanta y firman los presentes al final de la referida audiencia…el dispositivo de las decisiones tomadas…y que luego deben ser plasmadas y motivadas en el texto íntegro del auto fundado mencionado…el cual sí es susceptible de ser apelado; y, en segundo lugar, del auto de apertura a juicio que se dicta posteriormente en un documento aparte"…[7]

[7] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 942 del 21 de julio de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179826-942-21715-2015-13-1185.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Ahora bien, nada afirma el fallo sobre si debe suspenderse o no el inicio del juicio oral y público, inicio éste ahora cuestionado por la recurrencia del auto motivador del pase a juicio (aunque no sea técnicamente la apelación del auto de apertura a juicio), lo cual conlleva a la posibilidad de contradicciones e impropiedades procesales ante tal criterio de la Constitucional. Con respecto a la mencionada redacción del In Fine del 314 COPP, puede apelarse la "…prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida" …, en la audiencia preliminar. Lo lacónico de la frase permite encontrar tres (3) hipótesis para esa recurrencia:

a) Ilícita admisión de prueba lícita: En la fase intermedia, una vez presentada la acusación, se ofreció una prueba lícita, una experticia, un testigo, un documento, etc. Ahora bien, en la causa se evidencia que dicha prueba fue conocida por el o los acusadores desde la fase anterior, desde la fase preparatoria, bien porque esa misma parte la presentó en la audiencia de imputación, o la incorporó en la querella. Pero, después, distinto a lo esperado, toda vez que se conocía la prueba desde antes, paradójicamente no fue ofrecida en la acusación sino que, acogiéndose al 331.8 del COPP, se incorporó como "…nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación Fiscal". El juez de control, aceptando tal extemporaneidad por dilación en el ofrecimiento probatorio, violando el principio de legalidad procesal (253 de la CRBV), admitió ilícitamente esa prueba licita;
b) "Lícita" admisión de prueba ilícita: La prueba que fue conocida desde antes (fase preparatoria) por el o los acusadores, fue ofertada temporáneamente en la respectiva acusación. Pero esa prueba es ilícita porque lo que se ofrece, por ejemplo, es la declaración del acusado o la de su cónyuge o la de su pariente dentro del 4° grado de consanguinidad o 2° de afinidad (prohibido ello por el 49.5 de la CRBV, declaración coacta); o se ofertó las resultas de un examen corporal o mental realizado irrespetando el pudor del procesado (proscrito ello por el 195 COPP); o se ofreció como prueba, un acta de audiencia de prueba anticipada realizada sin presencia del procesado que ya en ese momento

era investigado, o con su presencia, pero sin defensor (prohibido por el 289 *eiusdem*). Estas ilícitas pruebas, conforme al 181 ibidem, se ofertaron temporáneamente en la acusación, pero su admisión por el juez de control en la preliminar, es un acto de apariencia lícita sobre un elemento de convicción ilícito. Nótese que el 181 del COPP, en sus hipótesis de ilicitud probatoria, habla de (i) "medio ilícito", (ii) de incorporación ilícita de prueba, y (iii) de "procedimientos ilícitos"; y…

c) Ilícita admisión de prueba ilícita: Ambos extremos son cuestionables, inconstitucionales, tanto el procedimiento por el que se admitió, y el carácter ilícito de la propia prueba. Un ejemplo: el fiscal que aun sabiendo desde la fase preparatoria que la madre del acusado presenció el hecho, oferta su declaración; pero siquiera lo hace en la acusación (como lo exigiría el 308 COPP), si no, para empeorar el entuerto, como prueba nueva, sustentándose en el 311.8 *eiusdem*. El desaguisado es máximo, pero tal afrenta al principio de legalidad procesal fue cometida por el juez de control que admitió esa prueba ilícita también tardíamente presentada.

- **La incorporación de la víctima como única acusadora particular propia por delito de acción pública ante la ausencia de acto conclusivo fiscal**, ¿traslada a los particulares de la importante carga probatoria y del mantenimiento de la acción penal?

A partir de la Sentencia 902, del 14-12-18, la Sala Constitucional del TSJ, permite la acusación particular propia de la víctima sin que el fiscal acuse, en delitos de acción pública, contrario a lo normado expresamente en el COPP. Debe aclararse que la posibilidad de ser la victima una acusadora singular por delito de acción pública, solo es posible por delito menos grave, o por delito grave (en procedimiento ordinario o por flagrancia) cuyo imputado no esté privado de libertad, ya que la activación del criterio de la sentencia se deriva de la no presentación del acto conclusivo en la oportunidad del 295 COPP, estando el procesado presentándose en cautelar sustitutiva. El hecho que el Poder Público asuma el ejercicio de la acción penal a través de un Ministerio

Fiscal es la consolidación de un proceso histórico que defenestraba la venganza privada en el ejercicio de la sanción penal. Ello hace superar la original y exclusiva acusación privada de la víctima en Grecia, por la "apropiación" pública de tal ejercicio, prácticamente con la creación de los llamados "fiscales pretorianos" de la Antigua Roma que asumían la represión de los delitos públicos versus los delitos privados, ante los jueces cuestores. Así, a pesar de que el sistema acusatorio procesal penal del COPP es preconstitucional desde el primer Código de 1998, un año después la Constitución de 1999, no lo niega, y más bien lo reafirma con la titularidad de la acción penal en el Ministerio Público, descrito en el 285.3 y 4 de la CRBV; pero fundamentalmente ordenado en el 30 *eiusdem*. En este su In Fine es lapidario en el sentido que es el Estado el que "…protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados", y no estas las que deban autoprotegerse de los delitos, en un proceso.

A pesar de que en el fallo se afirma que desde el 20-6-02 (Caso: Tulio Alberto Álvarez) dicha Sala dizque reafirma la posibilidad singular de la víctima de mantenerse en proceso penal como acusador, ello no es lo que se percibe de la emblemática Sentencia Nº 3167 del 9-12-02 de la Sala Constitucional, publicada en Gaceta Oficial, en la que se interpretó el 29 Constitucional, de la forma siguiente…

> "…La víctima, por su parte, fue cediendo terreno por el hecho de que su potencial venganza podía generar nuevos conflictos con la consecuente espiral de violencia. En la medida en que el Estado comienza a asumir, como una de sus tareas primordiales, el mantenimiento del orden y de la seguridad pública, intenta aplacar los conflictos. Por ello y visto que el conflicto inicial –el delito- no pudo ser evitado, procura impedir la venganza de la víctima, a través de la acción de una institución que se apropia en cierto modo de los derechos de ésta a vengarse o a pedir reparación y los ejerce en nombre del Estado. La figura del fiscal, tal como se advirtió poco antes, está vinculada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. Antiguamente, en el sistema llamado "acusatorio puro" no podía haber juicio sin la acusación del agraviado o víctima. En la medida en que el sistema ingresa en un contexto de mayor estabilidad, el fiscal va a ocupar

> el lugar de la víctima; lo hace, claro está, con características muy particulares, esto es, como funcionario del Estado…De allí que el Ministerio Público sea una magistratura especializada en fortalecer la tutela judicial efectiva de las víctimas" …[8]

De ahí que, no se puede "inventar" una acusación a trocha y mocha. La ausencia de acto conclusivo de parte de la Fiscalía es, técnicamente, procesalmente, una preclusión, es una pérdida del derecho de accionar, no de una parte, sino de todo el Estado como órgano de acción pública, de quien constitucionalmente debió investigar y en consecuencia accionar. Por ello es que se entienden instrucciones procesales como la del *In Fine* del 176 del COPP: "…no se podrá retrotraer el proceso a períodos ya precluidos" …. La investigación tiene límites precisados en el 262 del COPP, que reafirma que la fase preparatoria tiene como "Objeto" "…la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación de el o la Fiscal y la defensa del imputado" …. Es la propia inmediatez de encontrar respuesta convictiva sobre hechos cuya demostración debe ser precisa, temporánea. Por ello, lo inaudito de reasumir una investigación por parte de quien, además, no cuenta con recursos para ello, hasta inclusive 3 o más años después del hecho, que es el lapso de las prórrogas del 295 del COPP, por los importantes delitos allí mencionados. El hecho que la víctima se constituya en singular acusadora penal, sin haber ésta imputado previamente -en el supuesto que siquiera haya presentado querella para hacer conocer el hecho-, se traduce a las claras en un supuesto excepcionante conforme al 28.4 del COPP, "acción promovida ilegalmente", ya que la imputación es el sustrato de toda acusación pública y debe haber congruencia entre ellas, no solo del hecho o la calificación jurídica sino también congruencia de identidad del accionante. Por lo demás, en el "procedimiento" (realmente creemos que es un "procedimiento", más que una "incidencia", porque crea lapsos, plazos y términos, instituye un objeto procesal distinto, y capacidades de partes diferentes) para la

[8] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3167 del 09 de diciembre de 2002. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

singularización de la acusación de la víctima por delito de acción pública creado en la Sentencia de Diciembre de 2018, en nada se describe si hay una incidencia previa del tribunal sobre la admisión de la siquiera condición de víctima del delito por parte de quien se le permite activar mecanismos de auxilio judicial pertenecientes a un procedimiento especial, pero llevándolo a un procedimiento ordinario, contrariando la orientación del principio de supletoriedad del 353 del COPP, que instituye más bien es la inversa de tal adopción.

Es francamente ambigua, extensiva e insegura la expresión del fallo, "…libertad de prueba, preceptuado en el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, la víctima tendrá la mayor amplitud en su actividad probatoria en el ejercicio de la acusación particular propia"…[9], ¿a qué debe entenderse dicha amplitud de pruebas? ¿Amplitud en su obtención aun pereciendo las oportunidades procesales otorgadas al Ministerio Público para tal obtención?, o es ¿libertad en la apreciación de la prueba, rechazando la sana crítica? O es la jerarquización de una especie de "supra-parte", que por ser víctima protegida por el 30 Constitucional morigera las instrucciones de nulidad de prueba del 49.1 Constitucional, reglamentadas en el 181 del COPP. ¿Cuál es el alcance de la expresión "…la víctima podrá acudir al Juzgado en Funciones de Control, para que, a través de la figura del auxilio judicial, se recaben elementos de convicción que permitan la interposición del libelo acusatorio"? Veamos:

- ¿Es el mismo juzgado de control que hasta ahora ha venido conociendo la causa y que ha participado en algunas de estas actividades probatorias, valorando elementos en la audiencia de presentación y valorando por que el fiscal no ha presentado acto conclusivo concediéndole prorroga?
- Concediendo el juzgado de control el "auxilio judicial", ¿a qué fiscalía se le asigna tal auxilio, a la misma fiscalía no conclusiva? El original y legal "auxilio judicial" establecido para el

[9] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 902 del 14 de diciembre de 2018. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/303257-0902-141218-2018-18-0041.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

procedimiento especial de instancia de parte, 393 COPP, no exige eficiencia en su despliegue, siendo que cualesquiera sean "las resultas" del mismo, pueden no ser fructíferas. ¿Ello que derivaría?, ¿una segunda ausencia de concreción fiscal que ameritaría una investigación privada de la víctima cuyas resultas si sostendrían una acusación por delitos de tanta trascendencia como, por ejemplo, los contenidos es el Título I del Libro II del Código Penal, los delitos políticos que, investigados solo por la víctima, el Gobierno, ¿puede propiciar acusaciones públicas con prescindencia del Ministerio Público?

- Dice la sentencia: "Si el Ministerio Público no ha acusado, podrá actuar dentro del proceso penal para facilitar la evacuación de los medios de prueba que fueron admitidos en la fase preparatoria" …. ¿Entonces, el nuevo acusador, que es la víctima, ya no podrá ofertar pruebas porque debe conformarse con las que fueron "admitidas" en fase preparatoria, presentadas por el anterior titular de la acción?… Pero, ¿por qué se habla de "admitidos" si, precisamente, la fiscalía aún no ha presentado acto conclusivo, oportunidad inicial del ofrecimiento probatorio? ¿A que alude a "evacuación" de los medios probatorios? Conforme al In Fine del 312 del COPP, la única oportunidad de, técnicamente, "evacuación", producción probatoria, es el juicio…. Y si el MP "facilitara la evacuación" probatoria, es que seguirá participando en el debate probatorio, ¿aun sin haber él acusado?

El hecho que quien investigó, el MP, pueda solicitar el sobreseimiento y contrario a ello la victima pueda acusar, sin siquiera haber investigado de forma propia sino a través de un auxilio judicial exigido también a ese MP -un sinsentido frente a la llamada "unidad" del Ministerio Fiscal- es entronar una inseguridad inmensa frente al derecho de la defensa del procesado, sobre todo con el mandato constitucional del 285.3 y 4 y los artículos 11 y 111 del COPP, entre otros. En igual forma si el Fiscal archiva y a la víctima se le permita acusar. ¿Si la víctima acusa y lo que hay es una solicitud de sobreseimiento o un decreto de archivo fiscal, por esenciales problemas de escasez probatoria, es porque se afirma la inidoneidad de la prueba fiscal y si la idoneidad

de la prueba de la víctima? La sentencia "opciona" entre "el envío de las actuaciones a la Fiscalía Superior para que ordene a otro u otra Fiscal que continúe con la investigación, todo ello sin perjuicio de que la víctima pueda presentar la acusación particular propia" … ¿Entonces, no es necesario la ratificación o rectificación del Fiscal Superior antes que la víctima acuse? Ello conllevaría a hacer nugatorio, innecesario, superfluo, el examen de la Fiscalía Superior frente al cuestionamiento del sobreseimiento por parte de la víctima. Y si hubiese pluralidad de víctimas, o contradicción entre ellas, una endilgándose esa condición que le niega a la otra, ¿podría una acusar y la otra solicitar el re-examen del decreto de archivo al juez de control?

Como se ve, muchas preguntas que le corresponde es al propio Tribunal Supremo responder, habiendo el mismo ideado tal novedoso curso de acción.

- **La previa necesidad de la admisión judicial de la calificaci**ón fiscal sobre el hecho acusad- **, a los fines de la admisión de los hechos**, ¿recalifica el hecho si así se frustra la admisión por discordancia con la admisión fiscal?

Establece el Art. 375 del COPP el procedimiento especial penal de la admisión de los hechos. Esta incidencia va a servir tanto para concretar la voluntad del acusado admitente a que se le condene, pero con una rebaja de su pena, pero también para lograr un sobreseimiento por vía de admitir el hecho por el que se repara (41 y 42 COPP), en el acuerdo reparatorio, o hacerlo para lograr la suspensión condicional del proceso (43 y ss. COPP) y verificar si el admitente cumple con un régimen de pruebas (45 COPP). Dice el Encabezado del 375 COPP: "EI procedimiento por admisión de los hechos tendrá lugar desde la audiencia preliminar una vez admitida la acusación, hasta antes de la recepción de pruebas. EI Juez…deberá informar al acusado…respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. EI acusado…podrá solicitar la aplicación del presente procedimiento, para lo cual admitirá los hechos objeto del proceso en su totalidad y solicitará al tribunal la imposición inmediata de la pena respectiva. En estos casos; el Juez o Jueza podrá rebajar la pena aplicable al delito" ….

Ahora bien, frente a este instituto, decidió la Sala Constitucional en la 1066/15, publicada en la G. O. del 16-11-15…, que…

> "…le está vedado al Juez…de Control realizar un cambio en la calificación jurídica después de admitido los hechos aun en el caso de que sea más beneficioso para el imputado…por cuanto esa modificación sorprendería la buena fe del imputado…que admitió los hechos, lesionando además los derechos de la víctima y del Ministerio Público…"[10]

Ahora, bien frente a este fallo, si se permite al juez ante el cual se refiere la voluntad de admitir los hechos, "recalificar" el hecho, ¿Qué pasaría entonces si se frustra tal admisión por la discordancia de la recalificación con la calificación que se acusó, y por ello el acusado decide no admitir? Al margen que dicha recalificación pueda quedar contenido en el auto de apertura a juicio bajo la denominación de "calificación jurídica provisional" (314.2 COPP), distinta a la acusada, el problema radicaría en cómo visualizar la posición del acusado que no acepto la nueva calificación y por lo tanto no admitió esos hechos, y que sigue estando encausado, en un juicio, con todo lo que significa haber pretendido confesar y que luego no lo hace, en lo que atañe a su percepción como presunto inocente en pleno debate probatorio.

3. EL AUSENTE INTERÉS POLÍTICO EN LO PROCESAL PENAL (LA "TEORÍA DEL CHINCHORRO", SIC)

La conseja que "las cárceles no dan voto", en la Venezuela de estas dos primeras décadas del siglo XXI, se extiende hacia todo lo vinculado al proceso penal: la tramitación de causas penales no es asunto que atrae ni un reconocimiento de la clase política como promesa hacia la colectividad, ni tampoco es una demanda de la colectividad hacia los políticos. La anotada "razón fiscal" de la reforma procesal penal, la oportunidad preclara que durante Caldera II, en medio del proceso de

[10] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1066 del 10 de agosto de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/180601-1066-10815-2015-14-1292.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Reforma del Estado (Copre), y la necesidad de empréstitos internacionales, condujeron a una toma de postura institucional (los diputados: el Ing. Luis Oberto, el Dr. Carlos Canache Mata, y otros, de la Comisión de Legislación del entonces Congreso de la Republica, más los honorables proyectistas) sobre la necesidad del advenimiento del acusatorio.

De aquella propuesta y entendimiento inicial, en las últimas dos décadas, más bien lo que se percibe es un desentendimiento del Régimen Quinto Republicano sobre las pautas de un sistema procesal penal justo, confiable e imparcial. Muestra de ello, la Exposición de Motivos del COPP 2012, reformado por vía de Ley Habilitante concedido al entonces Presidente de la República, Hugo Chávez…

> "…el Presidente de la República, Comandante Hugo Chávez Frías, en el marco de la transformación del Proceso Penal, salda hoy una deuda con el Pueblo Soberano, al dictar el presente…Código Orgánico…los redactores elaboraron unas normas divorciadas absolutamente de la realidad venezolana, para ofrecer como resultado una copia…copiaron el sistema Anglosajón…obviaron los proyectistas…la realidad venezolana…nuestra idiosincrasia" …

¡Una real falacia! Por ejemplo, el sistema de jurados -como se acoto arriba-, constitucionalmente se ubicaba, inclusive, en las constituciones de Cipriano Castro, desde la de 1901. Lo resaltante es que en estas décadas iniciales del siglo XXI, cuando la situación de saturación carcelaria es extrema, se producen las reformas procesales penales, como la de 2006 y 2008, para dizque conceder garantías procesales con miras al descongestionamiento carcelario. Pero, cuando la delincuencia se atrinchera y aumenta en las calles, se hacen reformas penales sustantivas, como la del Código Penal. Ese bamboleo legislativo, como una hamaca que se mueve de un lado a otro, traduce una a-sistematicidad de política criminal, una visión superficial, portátil, cambiante, de la realidad legislativa penal, que funciona como un verdadero aliciente criminógeno, tan importante como la propia realidad socio-económica, por precariedad o desajuste social general.

4. EL VACIAJE DESCODIFICADOR POR UNA PROCEDI-

MENTALIZACIÓN ESPECIAL COLATERAL.

Un hito dentro de la Historia del Derecho fue el comienzo del proceso de codificación que se dio en el mundo entero fundamentalmente desde comienzos del siglo XIX, siguiendo a los códigos napoleónicos, en primer lugar, como cumplimiento del principio de legalidad que se asentaba tanto en el aspecto sustantivo como en el adjetivo, en la nueva dinámica de promulgaciones constitucionales de entonces. Pero, también, en segundo lugar, para tratar de unificar en un solo texto, los diferentes compendios normativos, los diferentes *constitutios* legales, prolijidad ésta que conducía a no pocos problemas de incerteza en la aplicación legal, a cruentas hipótesis de inseguridad jurídica. El caso venezolano se estructuró en igual sentido: con la unificación de un compendio de tipos penales en un solo Código Penal, y la unificación de actos procesales penales en un solo código adjetivo penal, primero el Código de Enjuiciamiento Criminal, y desde 1999, el Código Orgánico Procesal Penal, pareciera que la ecuación desmembrante, desordenada, de diferentes cuerpos legislativos, se desvanecía.

Pero en los últimos 20 años, la procedimentalización especial que se describe en muchos cuerpos normativos complejos -porque contienen tanto aspectos sustantivos como adjetivos- ha venido sustituyendo la codificación ortodoxa con no pocas contradicciones. El Código Orgánico de Justicia Militar, la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescentes, la Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia, entre otros, cuerpos normativos, no solo hacen crear una jurisdicción penal especial en los diferentes circuitos judiciales penales del país, sino que también, crean procedimientos especiales que, en muchos aspectos sustituyen y antagonizan la definición de actos procesales del que se supone es el Código matriz, el COPP. Algunos ejemplos de ellos:

- Las distintas concepciones normativas de la flagrancia, particularmente en el caso de la jurisdicción de violencia de género (96 de la LOSDMVLV), en la que se permite seguir hablando de la aprehensión por tal comisión, inclusive después del análisis perital, en lugar de solicitarse en consecuencia la solicitud de orden de aprehensión;

- El llamado "sobreseimiento provisional", descrito, entre otros, en el art. 561 de la LOPNNA, decisión ésta, que de forma expresa no contempla el COPP, siendo que de acuerdo a su art. 157, el sobreseimiento es una sentencia definitiva dentro del proceso penal;
- Otra problemática importante al respecto, es la preeminencia de la codificación adjetiva especial inclusive sobre el propio Código Orgánico Procesal Penal. Muestra de ello el Art. 8.10 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia: "**Supremacía de esta Ley**. Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación preferente por ser Ley Orgánica", siendo que también el COPP es de carácter orgánico, pero en 2020, anterior en promulgación a aquella. Ello trae como consecuencia hipótesis de acumulación de causas en atención al solapamiento de fueros procesales, en un mismo asunto: *in dubio pro femini*, intereses superiores del niño, *in dubio pro reo, in dubio por operario.*
- Otro aspecto de este desorden normativo en el ámbito procesal penal es la incorporación de pautas procesales penales en leyes de aparente incompetencia penal. Ejemplo: La "flagrancia" en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras, en su Art. 525.6…

"Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos
(…)
6.- Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, será considerada flagrancia y el patrono...o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente" …

- También es paradójica la obtención probatoria penal en los delitos de intermediación financiera, por parte de las superintendencias bancarias y la de seguros, en lugar de su iniciativa fiscal. Muestra de ello el *In Fine* del Art. 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, …

> "…el tribunal competente, de oficio o a instancia de alguna de las partes, examinará nuevamente a los testigos que hayan declarado ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. En caso de que, pedida la ratificación judicial de la prueba testimonial, ésta no fuere hecha, dicha prueba podrá ser apreciada, en conjunto, como indicio", con lo cual incorpora una categoría apreciativa de la prueba distinta a la establecida en el 22 del COPP, el que, por cierto -y a pesar de que ciertamente existen en virtud de su Art. 192-, no contiene expresamente la palabra "indicio" en su texto.

5. LA ADMINISTRATIVIZACIÓN PENITENCIARIA EN SUSTITUCIÓN DE SU REGULACIÓN JURISDICCIONAL.

Ciertamente, el 156.32 de la CRBV le instruye al Poder Público Nacional, "La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos" …, de forma diferenciada, es decir, los ilícitos penales descritos en la ley penal sustantiva, los actos procesales en la ley penal adjetiva, y las pautas penitenciarias en la ley del ramo, esta última siguiendo al 272 de dicha Constitución, que parcialmente se trascribe…

> "El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello…El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico"

Ahora bien, ello no puede ser en detrimento del carácter procesal, de pronunciamiento jurisdiccional, que debe ostentar la fase de ejecución dentro del proceso penal venezolano, regulado por el COPP. Por lo tanto, desde 2015 asistimos, más que en una coexistencia entre las atribuciones del Ministerio del Poder Popular para el Régimen Penitenciario con respecto al COPP y sus jueces de ejecución penal, en un real antagonismo o supremacía del Código Orgánico Penitenciario, COP (28-12-15, G.O. Ext. 6.207) versus el COPP, con lo cual se desdibuja

el Libro Quinto del COPP, la fase de ejecución, por la incorporación de actos de gobierno penitenciario en los criterios jurisdiccionales.

Muestra de ello el llamado "régimen de confianza tutelado", del 161 COP como…

> "…ubicación de un penado…en una unidad de producción o un área especial del recinto penitenciario, donde continuará con el cumplimiento de la pena mientras le sea otorgado por el juez…de ejecución algún beneficio para el cual reúne los requisitos establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal" …

Ahora bien, debe destacarse que, conforme al COPP, las medidas de prelibertad solo las otorga el juez de ejecución mediante autos, como el destacamento de trabajo, el régimen abierto y la libertad condicional; por lo que para optar al régimen de confianza tutelado los reclusos deben estar penados y haber cumplido un cuarto de la pena. No deben reincidir en delitos, por lo que sería una patología procesal otorgar libertades sin estas pautas, como se ha venido estableciendo en el último lustro.

6. EL MENOSCABO DE GARANTÍAS PROCESALES POR UNA INTERPRETACIÓN POLITIZADA DE LAS MISMAS ("JUSTICIA POLÍTICA" VS. "JUSTICIA COMÚN", SIC).

Muchas de las interpretaciones normativas que en los últimos años provienen de los órganos jurisdiccionales nacionales, especialmente desde el propio Tribunal Supremo de Justicia, pretenden, con un supuesto cumplimiento de garantías, disfrazar la esencial desprotección del debido proceso.

Escapa dentro del ámbito de un trabajo como este, dada la limitación de espacio concedido, abordar tantas hipótesis como nos gustare. Algunas de estas las siguientes:

- Violación del principio de audiencia al permitirse el procesamiento en ausencia (310 y 327 COPP), contrariando el 49.3 Constitucional instruye que "Toda persona tiene derecho a ser

oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad" …, el llamado "principio de audiencia". En tal sentido, en aras del pretendo respeto de la celeridad procesal la Sala Constitucional se ha negado a desaplicar dicho enjuiciamiento en ausencia derivado de ley procesal penal posterior a la Constitución. En tal sentido, en la Sentencia 1567, del 9-12-15, dicha Sala se negó a tal desaplicación[11]…

"…todo Juzgado en ejercicio de sus facultades, está obligado a declarar la contumacia del imputado, en caso de inasistencia injustificada al acto convocado…de considerar que el mismo quiere someterse al proceso, debe realizar todo lo conducente para que se realice la audiencia preliminar con su presencia, pues como director del proceso, investido de autoridad, debe asegurar el ejercicio pleno y de forma personal los derechos y garantías constitucionales" …[12]

- La sentencia condenatoria por incumplimiento de alternativas a la prosecución penal (42 y 47 COPP): Establecen parcialmente los últimos párrafos del 42 del COPP que…

(…) "…De no cumplir el imputado…el acuerdo [reparatorio]…sin causa justificada1…En caso de que el acuerdo se hubiere realizado después de admitida la acusación…el Juez…procederá a dictar la sentencia condenatoria correspondiente, fundamentada en la admisión de los hechos realizada por el imputado…conforme

[11] Y también hace "…un llamado de atención al Juez que efectuó la desaplicación sub examine y a la Defensora Publica…y al Fiscal…que convalidaron ese acto, para que no vuelvan a incurrir en el error señalado en esta sentencia"…, cuando, conforme al profesor Arístides Rengel Romberg, en su Volumen II del Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, 200, y siguiendo al Vocabulario Jurídico de Couture, "La convalidación es la subsanación de los vicios del acto, ya sea por la voluntad expresa o tácita de la parte que podría invalidarlo o por el transcurso del tiempo o por la cosa juzgada", con lo cual, a las claras, se muestra lo inidóneo de la motivación del TSJ para tal llamado de atención a partes procesales, distintas al juez de la causa.

[12] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1567 del 09 de diciembre de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/183627-1567-91215-2015-14-1247.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

> al procedimiento por admisión de los hechos. En el supuesto de incumplimiento, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos"

La Sala de Casación Penal no se ha planteado duda al respecto sobre tal efecto condenatorio por el incumplimiento. Así, en la 577, 17-11-09, "…el juez de control dictará la sentencia en razón del incumplimiento del acuerdo reparatorio, la cual será condenatoria, tomando en consideración la admisión de los hechos y el incumplimiento de dicho acuerdo" …. Así, frente al acuerdo reparatorio, la Sala de Casación Penal del TSJ, en jurisprudencia del 3-5-00 señaló que…

> "…El interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, tiene como objeto la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones de economía procesal, constituye una solución para evitar procesos largos y costosos" …[13],

Ratificado ello por la misma Sala en la 27, 28-2-12, "…La institución de los Acuerdos Reparatorios constituye un modo de autocomposición procesal, mediante el cual se busca reparar integralmente el daño causado a la víctima, sin menoscabar los derechos del imputado, mediante la admisión libre y voluntaria que haga el procesado de los hechos que le son imputados y el ofrecimiento de una forma de reparación…lo cual permite prescindir del juicio oral, mediante la imposición de una sentencia de sobreseimiento, una vez verificada la reparación"…; criterio éste no distinto al expresado por la Sala Constitucional del mismo Tribunal, entre otras, en la 543 de 3 de mayo de 2000…

> "…El interés entre la víctima y el imputado en celebrar el acuerdo reparatorio, tiene como objeto la resolución alternativa del conflicto surgido, indemnizándose a la víctima con una justa reparación, además de lograrse la extinción de la acción penal, que por razones

[13] Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 543 del 03 de mayo de 2000. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/543-030500-H001399.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

de economía procesal, constituye una solución para evitar procesos largos y costosos" …

Mutatis mutandis, las mismas consideraciones de resolución alternativa del conflicto surgido por la delictiva aflicción a una víctima, se impone en la suspensión condicional del proceso como incidencia que se origina a partir de la manifestación externa de la voluntad del procesado, de admitir una imputación penal que en su contra se incoa. Y lo hace a los efectos, también voluntario, de cumplir con un régimen de pruebas (45 COPP), con la intención, no de ser condenado ni absuelto, sino de ser sobreseído. Es decir, con el propósito que se extinga la acción penal que en su contra se ha iniciado. La vinculación entre el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso, como alternativas de prosecución penal, es que ambas son la expresión de una voluntad procesal como, obviamente, todo acto procesal lo es. No son actos maquinistas, no son "actos reflejos" *(sic)* procesales, sino que atienden a un propósito conocido y buscado: No ser condenado y en su lugar propiciar una liquidación de la acción penal como pretensión procesal. Todo acto procesal es la manifestación exterior y unilateral de una voluntad, realizada con la intención de producir consecuencias jurídicas, conocida la norma individualizada adjetiva que lo prescribe. Es una manifestación que se produce con motivo de una controversia de derecho. Como sabemos, los actos procesales no sólo pueden ser producidos por los órganos jurisdiccionales, sino también por las partes o por terceros; y en el caso del acto jurisdiccional dentro del proceso, podría distinguirse entre los actos preparatorios de la resolución definitiva, y esta última.

Como habrá percibido el lector, estamos haciendo un paralelismo entre la intención procesal, si se nos permite la expresión, con respecto a la intención como elemento culpabilístico en el delito que, precisamente, va a ser conocido en el proceso penal. Paradójico es que, si en el proceso penal venezolano debe necesariamente demostrarse la culpabilidad del procesado para establecer su responsabilidad penal -conforme al 8 del COPP-, mal pudiera prescindirse de la intención como sustrato de una voluntad, para auscultar cuál fue realmente el propósito de una parte cuando decidió asumir un determinado acto procesal. *Ergo*, si el

procesado decide admitir los hechos como voluntad exteriorizada para cumplir un acuerdo reparatorio, ello lo que le genera es la obligación patrimonial de pagar, sustentado en la teoría de las obligaciones, en el 1185 del Código Civil ("El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho"). Y es así porque la admisión incorpora a la confesión como prueba ineludible del sustento de la reparación patrimonial, es decir, que no hay un pago de lo indebido, no hay un "pago por error" conforme al 1178 CC ("Todo pago supone una deuda. Lo que se ha pagado sin deberse está sujeto a repetición").

Dicho en mejores palabras: cuando se admite el hecho en una incidencia de acuerdo "reparatorio", es con la obvia finalidad de pago; se pone de manifiesto una voluntad de hacer o de dar, de contenido patrimonial, pero no se exterioriza una voluntad de querer ser condenado, aun cuando el juez le aperciba al reparante que de verificarse su incumplimiento patrimonial ello conllevaría al efecto condenante. El procesado sabe que está admitiendo para "reparar", en lo inmediato, pero no para ser sancionado. Clara es la distinción constitucional entre ambos propósitos, en el *In fine* del 30 de la CRBV: "…El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados" … . Las mismas consideraciones pueden atribuirse frente a la suspensión condicional del proceso, como alternativa reparativa y no sancionadora, condenante: Se lee en el 45 COPP, frente a la suspensión condicional del proceso que "…En todo caso, el imputado…deberá cumplir con la oferta de reparación acordada por el Juez".

Por otra parte, la filosofía procesal que justifica todas las alternativas a la prosecución del proceso es la misma: Sustituir el devenir procesal "normal", el *iter* desarrollado en fases procesales sucedáneas -una, investigativa; la otra, calificadora de idoneidad; y la tercera, de producción probatoria-, por una fórmula alternativa que en lugar de aquel recorrido, simplifique, a favor de la víctima, tal devenir, derivando un justa compensación no dilatada, del perjuicio que le causó un delito. Si la reparación se efectúa ni habrá condena ni absolución, sino extinción de

la pretensión procesal por el dictado de una sentencia de sobreseimiento. Por ello, es paradójico que, siendo el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso tan similares, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio el 42 COPP establezca como único efecto, la condena del incumplidor, con rebaja de pena, por el procedimiento especial de admisión de hechos; siendo que frente al incumplimiento del régimen de prueba del suspendido condicionalmente, el 47.3 COPP le permite al juez hacer lo propio, sin normar tal efecto, "Si el acusado… es procesado…por la comisión de un nuevo hecho punible, salvo que se trate de delitos culposos contra las personas, el Juez…una vez admitida la acusación por el nuevo hecho, revocará la suspensión condicional del proceso y resolverá lo pertinente" (resaltado propio); "pertinencia" ésta que, perfectamente, podría ser, el realizar la audiencia preliminar y decidir el pase a juicio.

Es por ello que consideramos, conforme al 7, 26, 49.1 y 2, 253 y 257 de la CRBV, inconstitucional el efecto de condena por admisión de los hechos frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio y/o del régimen de prueba en la suspensión condicional del proceso penal.

- La obvia falta de imparcialidad por haberse pronunciado en la causa, por parte del juez de control, que asume la fase preparatoria, y es el mismo que actúa en la fase intermedia: Establece el art. 89.7 del COPP, como causal de apartamiento de los jueces penales (recusación y/o inhibición), una muy obvia y común en todas las leyes adjetivas: "Los jueces...pueden ser recusados… por las causales siguientes (…)7. Por haber emitido opinión en la causa con conocimiento de ella…siempre que, en cualquiera de estos casos, el recusado se encuentre desempeñando el cargo de Juez" …. Por criterio del Tribunal Supremo de Justicia se mantiene la "costumbre procesal" (sic) que sea el mismo juez que asumió la fase preparatoria del proceso penal, es el mismo que asume su fase intermedia. Hacer consideraciones sobre la validez de ese curso de acción procesal dizque porque el hecho objeto del proceso, el hecho acusado, se define es en ocasión de la presentación de la acusación pública con su respectiva calificación, en negar que el juez de control ha actuado procesalmente

decidiendo en la audiencia de imputación sobre la validez de tal imputación, e inclusive dictando coerción personal contra del imputado y ahora acusado, amén de poder haber participado en netos actos de obtención convictiva como la audiencia de prueba anticipada (289 COPP) y el reconocimiento del imputado (216 COPP). Interesante el criterio del profesor chileno Nicolás Orellana Solari, en su ensayo "Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el procedimiento simplificado chileno"[14]…

"Para que no se afecte la imparcialidad, se debe evitar en el juez toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; también se pierde la imparcialidad si el juez realiza una actuación que presupone declarar una sospecha particular confirmada respecto del imputado. Ahora bien, el contacto directo con el acusado, con los hechos y datos para averiguar el delito y sus responsables puede provocar en el juez prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan al sentenciar. Las afirmaciones que emite el juez en la etapa preparatoria serían también contaminantes cuando estén referidas a la cuestión fáctica discutida y la culpabilidad del imputado. Las actuaciones realizadas por el juez en las cuales se ha establecido un estudio minucioso de las consideraciones de hecho, pruebas, calificación legal y determinación de responsabilidad de un determinado caso anteriores al juicio de fondo se presentarían, asimismo, como argumentos suficientes para no dar razones de imparcialidad del juzgador… el juez de garantía no investiga; por consiguiente, salvo en los casos de declaración del imputado y prueba anticipada, el juez de garantía no tendrá contacto directo con los medios de prueba. El juez en la etapa de investigación preparatoria toma contacto con el medio de investigación y su resultado. Al tomar contacto con ellos (los antecedentes de investigación) puede adquirir convicciones y con ello prejuicios" ….

[14] Nicolás Orellana Solari, "Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el procedimiento simplificado chileno", en *Revista de Derecho*, Nro. 19, Universidad San Sebastián, Santiago de Chile, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4798359.pdf, consultado en fecha 30 de julio de 2020

- La ausencia de la revisión procesal penal de injustas sentencias absolutorias.

Obviamente, la cosa juzgada, o *res iudicata*, se configura como uno de los derechos adjetivos de primer orden que forma parte de la garantía al debido proceso, de rango constitucional y legal, formando parte del catálogo de derechos que encierra el 49 Constitucional, en su Numeral 7, "Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente". Tal garantía deriva su efecto connatural, que es la *non bis in ídem*, como imposibilidad de nueva persecución del que ya, por sentencia firme, ha sido juzgado. Y es que la instauración de un proceso en la búsqueda de una respuesta jurisdiccional frente a una pretensión -proceso incoado por la afectación de un derecho sustantivo-, es el constante perseguir de una sentencia firme que resuelva tal controversia y ratifique el derecho que se ostentaba desde antes; o se cree un derecho a quien solamente poseía un interés.

Particularmente interesante en ese trajinar adjetivo es el proceso acusatorio reglado por el COPP que regulando la existencia de un procedimiento ordinario y varios procedimientos especiales penales, estos, a su vez, están repletos de fases procesales, las que cada una encierran incidencias o incidentes procesales. Éstas, por su parte, contienen actos procesales decisorios o de impulso, los últimos provenientes de las partes. Luego de tan extenso desarrollo de actuaciones, al final, si la pretensión se traduce en una acusación admitida, se dictará una sentencia, cuya posibilidad de ser condenatoria es real; máxime si ya se ha discurrido por una fase preparatoria o investigativa, a la que le sigue un periodo intermedio, cuyo pase a juicio se enmarca como una probabilidad, casi tocando la certeza de culpabilidad. Al finalizar el juicio, o bien sea por la admisión de los hechos, la opción de condena se plasma en un fallo, al que aún puede cuestionársele con dos recursos de primer orden, el de apelación de sentencia y el de casación; amén que hasta la propia sentencia condenatoria confirmada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, TSJ, puede ser revisada constitucionalmente por la Sala Constitucional de dicho Tribunal, conforme, entre otras normas, al 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aun con toda esta certeza de culpabilidad tan debatida en un proceso de múltiples exclusas, compartimientos y correcciones, dicha sentencia condenatoria puede ser cuestionada, ulteriormente, por el llamado "recurso de revisión" procesal penal, normado desde el 462 del COPP, con lo cual, ya su sola existencia como medio impugnativo de un fallo, no deja de ser paradójicamente extraordinario.

¿Recurso, acción, juicio?: Es de aceptación plena, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, que el recurso de revisión es tan absolutamente extraordinario, que hasta su denominación como "recurso", se relativiza. Lo extraordinario de su condición se explica en que, como ya se dijo, a través de él, se permite desvirtuar o anular la fuerza de cosa juzgada que alcanzó una sentencia condenatoria. Así es el criterio de la Sala Constitucional del TSJ, entre otros fallos, en el 56 del 29-1-03...

> "…el Recurso de Revisión de sentencia condenatoria…constituye la excepción más importante al principio de la res iudicata, erigida en la norma rectora del artículo 21 del citado Código, que tiene como fin la corrección de "errores judiciales", pues sólo procede contra sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del penado" ...[15],

Siendo que, por ejemplo, la jurisprudencia extranjera también acoge la condición extraordinaria de este recurso. Ejemplo de ello, decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 16-12-99...

> "...La revisión… pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de la invocación precisado por las causales establecidas en la ley"[16]...

---

15 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 56 del 29 de enero de 2003. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/56-290103-02-0609.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

16 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 16 de diciembre de 1999. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_ ee7127f6d37301a0e0430a01015101a0, consultado en fecha 30 de julio de 2020

¿Recurso rescisorio o restitutorio? Tanto como se normaba en el derogado CEC, como en el vigente COPP, las causales de revisión penal, son de muy diversa naturaleza, porque unas implican la anulación del fallo injusto por error del sentenciador, y las otras, la reforma de la parte dispositiva de un fallo mediante su adaptación a una ley nueva que favorece al reo condenado, quedando incólumes o ratificadas todas las demás partes de la sentencia objeto de la revisión. La revisión penal tiene lugar, entonces, mediante "…la aportación posterior de hechos o actos que no fueron tenidos en cuenta, por el órgano judicial, se conocieran o no por el condenado" …. El proceso de revisión supone en todos los casos un "*iudicium rescindens*", es decir, se va a decidir si la sentencia firme y condenatoria se rescinde o no por alguno de los motivos que recoge la norma procesal, y si la sentencia es rescindida, la revisión penal puede implicar (aunque no siempre) un "*iudicium rescissorium*". Ahora bien, la paradoja fundamental frente a la revisión penal así concebida en el COPP -y como se regula también en muchas otras jurisdicciones extranjeras-, es que solamente protege al condenado frente a la sentencia que definitivamente lo penaliza, y no obra también contra sentencias absolutorias cuyo carácter injusto se verifica por la demostración sobrevenida de causas. Recordemos que una de las garantías procesales fundamentales es la de "verdad material", que se inscribe en el 13 del COPP…

> "**Finalidad del Proceso**. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez o jueza al adoptar su decisión".

Esta norma adjetiva, en el proceso penal instrumentaliza la escisión constitucional del 2 de la CRBV, que separa a "Derecho" y "Justicia", en el sentido que la llamada "vía jurídica" para reconstruir la verdad en el proceso, son las pruebas, y sería de una injusticia aparente que si ese medio de acreditación de verdad es apto para negar la sanción por su inidoneidad sobrevenida, entonces, si el medio se revela también ineficiente posteriormente para poder haber absuelto, habrá un apartamiento aparente pero notable de la llamada igualdad ciudadana ante la

ley prescrita en el 21 de la Constitución, y en el 12 del COPP. Vale decir que en el sistema germánico, la investigación de esa verdad material (el llamado *adaequatio intellectus rei*), hace que su revisión de sentencia se decida tanto en favor como en contra del reo, conforme a la autora española Barona Vilar, en su obra "La revisión Penal".

En un orden de ideas completamente opuesto al que rige en el sistema germánico, la doctrina procesal norteamericana, conforme al 5° de la enmienda de su Constitución, "…no se someterá a ninguna persona dos veces al riesgo de sufrir penas capitales por el mismo delito"…, ante una declaración de inocencia, aun en el supuesto de que haya existido error, no cabe el doble enjuiciamiento, no sólo porque el beneficio de la duda corresponde al reo (entre nos, impuesto por el 24 de la CRBV), sino porque, si ello fuese posible, se correría el riesgo de que aun subsanando el error, se podría volver a absolver. En síntesis, la tesis mayoritaria respetada normativamente sobre la no revisión de sentencia absolutoria no tiene otro fundamento que jerarquizar el valor de seguridad y certeza propios de la cosa juzgada, que en el justo equilibrio frente a la hipotética justicia, debe prevalecer, *nocentem absolveré stius est, quam innocentem damnare (in extremis*, más vale absolver a un culpable, que condenar a un inocente). Es lo que se denomina el principio del "*favor rei*", de la revisión. En tal sentido, la no concesión de la revisión frente a sentencia absolutoria es defendida por Alberto Binder, en su *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 304 y 305…

> "El absuelto no ha intervenido en el error judicial, por ello no es legítimo revisar la sentencia;
> Actuó o colaboró para ocultar o falsear prueba: es parte de su derecho a la defensa, el "Derecho a Mentir";
> Manipuló fraudulentamente la prueba: ¿Quién debe probar eficientemente? ¿Quién coerciona para impedir obstaculización procesal?
> Existe una única oportunidad para que el Estado ejerza su poder penal."

En síntesis, la particular finalidad que persigue la revisión es hacer primar la justicia en detrimento de la seguridad jurídica, lo que en nuestro sistema procesal se garantiza a través de la posibilidad prevista

por ley de anular la sentencia condenatoria firme, en ciertos casos que exhiben claramente la injusticia de la decisión. Tradicionalmente se ha sostenido que la finalidad de la acción de revisión es evitar que se adopten decisiones injustas. Lo que se persigue es que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica configurada por la cosa juzgada. El legislador ha entendido que la justicia debe primar cuando el asunto hubiera sido fallado injustamente sobre la certeza que otorga la cosa juzgada; aunque no todo caso de manifiesta injusticia da lugar a anulación de la sentencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTIVERO, Ignacio, coord. (1989-1997), Series *Estadísticas de Venezuela. Tomo I-A. (Serie 1950-1998*). Banco Central de Venezuela, Caracas, 1999.

BINDER, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Colección:

OFICINA CENTRAL DE INFORMACION, "La economía en 1994, Fondo de Garantía de Depósitos y protección Bancaria (Fogade)*"*; en *Primer mensaje del Presidente de la República Dr. Rafael Caldera al Congreso Nacional,* Imprenta Nacional, Caracas, 1995.

RENGEL ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, v.2, Editorial Arte, Caracas, 1995.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.

Referencias jurisprudenciales

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1760 del 25 de septiembre de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1760-250901-00-2783.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3167 del 09 de diciembre de 2002. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3167-091202-02-2154.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3744 del 22 de diciembre de 2003. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3744-221203-02-1809.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 942 del 21 de julio de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179826-942-21715-2015-13-1185.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1066 del 10 de agosto de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/180601-1066-10815-2015-14-1292.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 537 del 12 de julio de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/201056-537-12717-2017-17-0658.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0902 del 14 de diciembre de 2018. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/303257-0902-141218-2018-18-0041.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1567 del 09 de diciembre de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/183627-1567-91215-2015-14-1247.HTML, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 543 del 03 de mayo de 2000. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/543-030500-H001399.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 56 del 29 de enero de 2003. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/56-290103-02-0609.HTM, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, sentencia N° 56 del 16 de diciembre de 1999. Disponible en:

http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_ee7127f6d37301a0e0430a01015101a0, consultado en fecha 30 de julio de 2020

Referencias electrónicas

ORELLANA SOLARI, Nicolás, "Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el procedimiento simplificado chileno", en *Revista de Derecho,* Nro. 19, Universidad San Sebastián, Santiago de Chile, Disponible en: file:///C:/Users/Hp/Downloads/Dialnet-CuestionamientosSobreLaImparcialidadDelJuezDeGaran-4798359%20(2).pdf, consultado en fecha 30 de julio de 2020

ZERPA APONTE, Ángel. *Disertación realizada por el autor el 29-7-20, dentro del "Homenaje al Dr. Tulio Chiossone, El Derecho Penal y sus desafíos en tiempos difíciles"* Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QjUeXCC6TBE&t=154s), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y la Fundación Universitas, 29 de julio de 2020, consultado en fecha 30 de julio de 2020.

JUSTICIA INTERNACIONAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL.

DRA. MILAGROS BETANCOURT C.*

SUMARIO

I. La jurisdicción penal internacional. • La Corte Penal Internacional principal instancia que ejerce la jurisdicción penal internacional. 1. Principios reguladores. • Responsabilidad penal internacional individual. • Principio de Legalidad. • Principio de Complementariedad. 2. Competencia material de la Corte. 3. Ejercicio de la competencia por la Corte. • Venezuela ante la Corte Penal Internacional. II. Justicia Transicional. • Principios o pilares de la Justicia Transicional. • Venezuela ante un posible proceso de Justicia transicional. • Propuesta del Bloque Constitucional. III. Hilo conductor entre la justicia internacional y la justicia transicional. • Bibliografía.

* Abogado egresado de la UCAB. Estudios de postgrado en Derecho Administrativo y en Derecho Internacional Público en la Universidad de Alcalá de Henares, España y Academia de Derecho Internacional de La Haya. Embajador retirado del Servicio Exterior de Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Público en la UCAB

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 555-572 ISSN: 0798-1457

I. LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

La justicia internacional se ejerce a través de la jurisdicción penal internacional, definida como aquella ejercida por Tribunales de carácter internacional, *ad hoc* o permanentes, autónomos e independientes de los Estados u organismos internacionales que los crean, competentes para la atribución de responsabilidad penal internacional a individuos, por la comisión de determinados crímenes considerados como internacionales, acerca de los cuales tienen competencia material, de conformidad con sus respectivos estatutos.[1]

Sus antecedentes responden a la necesidad constante de las naciones de contar con una instancia internacional para juzgar a los individuos responsables de crímenes horrendos cometidos, principalmente, durante los conflictos bélicos o en detrimento de la humanidad. El primero de ellos fue el tribunal especial constituido por las potencias aliadas al concluir la Primera Guerra Mundial mediante el *Tratado de Versalles*[2] destinado a juzgar al Kaiser Guillermo II de Alemania, el cual no pudo entrar en funciones pues por razones políticas no fue posible someter al ex Emperador a la jurisdicción de este tribunal.

Finalizada la guerra, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia, adoptaron el *Tratado de Londres* de 1945[3], que crea el Tribunal Militar Internacional, que llevaría adelante los juicios en la ciudad de

---

1 *Glosario de Justicia Internacional Penal*. Coordinadores Víctor Rodríguez Cedeño y Thairi Moya, CEPAZ. Caracas 2020.

2 Tratado de Paz suscrito entre los Países Aliados y Alemania el 28 de junio de 1919, en el Salón de los Espejos del Palacio de Versalles, en Paris, que puso fin oficialmente a la Primera Guerra Mundial. Entró en vigor el 10 de enero de 1920.

3 Llamado también Carta de Londres, fue suscrito entre las cuatro Potencias Aliadas de la Segunda Guerra Mundial-Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia el 8 de agosto de 1945. Para enjuiciar individuos y organizaciones acusados de crímenes de guerra, se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional.

Nüremberg y posteriormente, las disposiciones de dicho acuerdo se extendieron a los criminales de guerra de Japón y se creó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente con sede en Tokio.

En la década de los noventa, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, decide entonces crear los Tribunales *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, en 1992 y 1994, respectivamente[4].

Es precisamente este año cuando se inician en las Naciones Unidas los trabajos para la creación de una Corte Penal Internacional (CPI), con la adopción del Estatuto de Roma en dicha ciudad el 17 de julio de 1998 y su entrada en vigor el 1º de julio de 2002[5] .

La Corte Penal Internacional principal instancia que ejerce la jurisdicción penal internacional.

La Corte es una institución permanente, independiente y autónoma, con una doble naturaleza:

Es una organización internacional: Integrada por Estados, creada mediante un Tratado Internacional; con estructura y financiamiento propio; objetivo específico y dotada de personalidad jurídica internacional. Con carácter de universalidad, abierta a la participación de todos los Estados que acepten en su integridad el Estatuto, pues no admite reservas (art. 126)

Es un órgano jurisdiccional: Destinado a impartir justicia por los crímenes internacionales más graves; Independiente y autónomo; decide su propia competencia y asegura las garantías procesales. Los

4 Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas número 808 del 22 de febrero de 1992 y número 955 del 8 de noviembre de 1994, respectivamente.

5 De acuerdo con el artículo 126 del Estatuto entraría en vigor "el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión", lo que se produjo el 11 de abril de 2002.

Estados le ceden la competencia penal de la que son titulares, en determinadas condiciones.

Para comprender plenamente el funcionamiento de esta instancia, abordaremos tres elementos fundamentales que configuran el aspecto medular de su existencia, como lo son los principios reguladores, la competencia material (los crímenes internacionales) y el ejercicio de la jurisdicción internacional.

1. **Principios reguladores:**
   - Responsabilidad penal internacional del individuo
   - Principio de legalidad
   - Principio de complementariedad

Responsabilidad penal internacional individual:

Este es un concepto relativamente novedoso, en virtud del cual **las personas pueden ser juzgadas y declaradas responsables de manera directa** por la comisión o participación en la comisión de actos u omisiones que les sean atribuibles, **si dichos actos son calificados por el derecho internacional como crímenes internacionales,** independientemente de la voluntad y las leyes del Estado de su nacionalidad. (resaltado nuestro)[6]

Vinculada con la condición de sujeto de derecho internacional de la persona humana, legitimada por los propios Estados en los tratados y acuerdos internacionales adoptados.

- Le otorga la capacidad para asumir las consecuencias por los hechos delictivos (crímenes internacionales) que cometa.
- Determina la competencia personal de la CPI
- *"Los crímenes contra el dº internacional son realizados por hombres, no por entidades abstractas, por lo que sólo castigando a los individuos que cometieron tales crímenes pueden ser*

[6] Milagros Betancourt, *Tribunales Penales Internacionales. Lo humano como derecho. De lo internacional a lo local.* Universidad Católica Andrés Bello. Primera Edición. Impresos Miniples. Caracas, 2016. Pág. 199

aplicadas las disposiciones del derecho internacional" (fundamento del Estatuto Nuremberg)

La responsabilidad penal internacional del individuo es distinta a la responsabilidad internacional del Estado, aun cuando puede haber conexión entre ellas y generarse de manera simultánea.

- La del Estado: genera sanciones de carácter reparatorio; recordemos que el derecho internacional no es coercible.
- La del individuo: da lugar a sanciones de carácter punitivo, aun cuando también pueden imponerse sanciones pecuniarias (art. 79.2)

La responsabilidad penal internacional individual sólo se genera si existe intencionalidad, tal como lo establece el Estatuto de Roma y el preámbulo del documento denominado Elemento de los crímenes, complementario del Estatuto. Ello supone la concurrencia de un elemento intelectual o de conocimiento (*mens rea*) que implica que la persona actúe en conciencia de lo que hace y otro de intención referido a la voluntad de producir una determinada consecuencia.

Principio de Legalidad:

Como es sabido, este principio de derecho penal, reconocido universalmente, exige que tanto las conductas delictivas o las penas a imponer, estén previamente establecidas en un instrumento legal. Se refiere en particular a la necesidad de definir claramente los crímenes y las sanciones correspondientes.

Tiene una base consuetudinaria y se sustenta así mismo en la práctica internacional

Para su incorporación en el Estatuto de Roma se tomaron en consideración:

- La gravedad y trascendencia para la humanidad de los crímenes incluidos.

- El Compromiso de lograr textos de consenso para los diversos actores en la negociación.

Aparece expresamente recogido expresamente en los artículos 22 y 23 del Estatuto de Roma en sus dos vertientes:

- Material: de predeterminación normativa *(nullum crimen sine lege)*
- Formal de la garantía penal *(nulla poena sine lege)*.

Se incluyeron además otros dos principios esenciales del derecho penal como, aspectos complementarios:

- Prohibición de la analogía (art.22.2) e
- Irretroactividad de la norma penal más desfavorable (art. 24.2)

Principio de Complementariedad:

Es el principio medular de la jurisdicción internacional. Funciona como principio regulador de las relaciones entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales y se proyecta de manera transversal sobre todos los aspectos relativos a la competencia de la Corte y a su ejercicio.

Está contemplado en el Estatuto de Roma, inicialmente en el párrafo 10 del Preámbulo, y desarrollado extensamente en los artículos 1, 17, 18, 19.

Los aspectos sustantivos del principio de complementariedad son:

- El ejercicio de la competencia de la CPI se apoya en el consentimiento de los Estados, (que tendrían competencia natural sobre el asunto).
- La CPI controla su propia competencia, al tener el control de la admisibilidad de la causa.
- Se establece una presunción inicial a favor de las jurisdicciones nacionales: sólo de no actuar éstas la CPI puede entrar a conocer una causa. Sólo se ejerce cuando la Corte en ejercicio de sus

propias facultades estime que **el Estado que tiene jurisdicción para actuar no tiene disposición o capacidad para hacerlo.**

- Que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20 (cosa juzgada)
- El asunto no sea de la gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Se establecen además en el mismo artículo 17.2, las circunstancias para determinar los anteriores supuestos.

A la falta de disposición o incapacidad, debe añadirse el de cosa juzgada contemplado expresamente en el artículo 20 del Estatuto.

Con fundamento en el principio de complementariedad, el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional se basa en el consentimiento de los Estados, los cuales tienen competencia natural para investigar y enjuiciar a los individuos responsables de hechos punibles conforme a sus legislaciones domésticas. Se establece así una presunción inicial a favor de las jurisdicciones nacionales; sólo de no actuar éstas, la Corte Penal Internacional puede entrar a conocer una causa.

Nos encontramos entonces ante la concurrencia de dos jurisdicciones que están llamadas a operar en planos estructuralmente diversos: una jurisdicción estatal, regida fundamentalmente por el derecho interno de los Estados, y una jurisdicción internacional, sometida a las normas del derecho internacional[7].

2. Competencia material de la Corte:

Prevista en el artículo 5 del Estatuto de Roma, y limitada a cuatro crímenes internacionales: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

Su tipificación se complementa en el documento Elementos de los Crímenes, adicional al Estatuto de Roma.

---

[7] Concepción Escobar Hernández, *El Principio de Complementariedad en La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana.* Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional. Casa de América. Madrid, España 2000 pág. 70.

Los crímenes internacionales, en general, se definen como una conducta delictiva de tal gravedad que afecta a la humanidad. Son acciones atroces que atentan contra la persona humana y trascienden a toda la comunidad internacional.

- Se ajustan a una doble dimensión:
  - Formal: son conductas muy graves punibles de conformidad con el Estatuto.
  - Sustantiva: resultan de trascendencia para la CI en su conjunto.

Se trata de crímenes graves que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Dos criterios orientaron la consideración de su definición y la determinación de la competencia material de la Corte:

- La trascendencia de estas conductas para la comunidad internacional en su conjunto; y
- La gravedad de las acciones delictivas.

Quedan excluidos los delitos contenidos en tratados internacionales, aun cuando generen responsabilidad penal del individuo.

Los crímenes internacionales **son imprescriptibles** tal como ha sido establecido por la *Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de lesa humanidad* del 26 de noviembre de 1968, y en el propio *Estatuto de Roma* (artículo 29).

Vale la pena comentas sobre los **crímenes de lesa humanidad**, que por su propia naturaleza implican conductas violatorias de los derechos humanos bajo determinados parámetros.

Se definen como "aquella categoría de crimen que implica conductas punibles realizadas de **manera generalizada o sistemática**, **dirigidas o instigadas por un gobierno, una organización o un grupo**, en tiempo paz o de guerra que comporta la responsabilidad penal individual del perpetrador"[8].

[8] Víctor Rodríguez Cedeño, Milagros Betancourt C., María Isabel Torres Cazorla. *Diccionario de Derecho Internacional.* Libros El Nacional. Caracas, 2012.pag 91

Tienen como características. i) ser particularmente odiosos, por cuanto constituyen un serio ataque a la dignidad humana, o una grave humillación o degradación de la persona humana; ii) forman parte de una política gubernamental, aun cuando el perpetrador no se identifique con dicha política, o de una práctica generalizada de atrocidades toleradas o perdonadas por el gobierno o la autoridad *de facto*[9].

El artículo 7 del Estatuto de Roma tipifica las conductas delictivas que constituyen crímenes de lesa humanidad, en una larga lista que incluye entre otros el asesinato, la tortura….y finalmente **otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física;** tipo delictual éste al que debemos prestar especial atención en nuestro análisis.

Para que se configure el crimen de lesa humanidad, tal como lo hemos mencionado y como lo dispone el mismo artículo 7 del Estatuto de Roma, se requiere que los actos delictivos sean cometidos como parte, un ataque **generalizado** contra una población civil, lo que implica una gran cantidad de víctimas, o **sistemático**, es decir **que forme parte de una política o un plan preconcebido**, aun cuando el autor no esté de acuerdo o no forme parte de este plan o política. A este último se le denomina el elemento de política (*policy element*) y es en realidad **el elemento internacional** de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad[10].

En cuanto a los requisitos que debe cumplir la política de un Estado o de sus autoridades para que llegue a configurar crímenes de lesa humanidad, la doctrina coincide en que los mismos deben interpretarse de manera restringida en el sentido que no se exige una política activa del Estado o de alguna organización para fomentar o estimular los crímenes, <u>sino que sea suficiente que los tolere</u>, <u>o que haya una omisión deliberada de actuar</u> (subrayado nuestro)[11]

---

[9] Antonio Casese, *International Criminal Law,* segunda edición. Oxford, 2008. Pag. 360.

[10] Kai Ambos, *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*. Estudios de Derecho Penal Internacional. Universidad Católica Andrés Bello. Primera edición. Caracas, 2004. Pág. 305.

[11] Ibid, pag. 308.

3. Ejercicio de la competencia por la Corte.

El Estatuto de Roma establece en su artículo 12 las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte. Se contempla la aceptación automática de la competencia de la Corte sobre los crímenes establecidos en el Estatuto para los Estados Parte en el mismo. Para aquellos Estados que no sean parte y se haya iniciado la acción por el Fiscal o por un Estado Parte, la Corte podrá ejercer su competencia si la han aceptado: 1) El Estado del territorio donde haya tenido lugar el hecho punible; 2) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen[12]. Además, un Estado que no sea parte puede también declarar la aceptación de la competencia de la Corte para un caso concreto[13].

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Estatuto de Roma, la Corte podrá ejercer su competencia si el asunto es remitido por: a) Un Estado Parte, b) El Consejo de Seguridad, o c) El Fiscal.

Es importante destacar la facultad que se le otorga al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el cual, de conformidad con el artículo 16 del Estatuto puede solicitar la suspensión de la investigación por un (1) año. Esta disposición refleja la fórmula de compromiso que se adoptó durante las negociaciones del Estatuto, en cuanto a las atribuciones que la Carta de la ONU otorga en su Capítulo VII al Consejo de Seguridad en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y la determinación de actos de agresión.

Venezuela ante la Corte Penal Internacional

Desde el año 2002 han sido enviadas a la Corte numerosas comunicaciones por parte de víctimas y organizaciones no gubernamentales, con el fin de denunciar hechos y situaciones graves cometidas en Venezuela desde ese tiempo y a funcionarios del Estado presuntos responsables de esas actuaciones.

En el año 2006, el entonces Fiscal de la Corte, estableció que no se llenaban los requisitos y condiciones para iniciar un Examen preliminar

[12] Artículo 12.2, a) y b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
[13] Artículo 12.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

con base en las comunicaciones recibidas, pero dejó abierta la posibilidad si se tenía información adicional.

En el 8 de febrero de 2018, la actual Fiscal, anunció el inicio del Examen preliminar…. "tras una revisión cuidadosa independiente e imparcial de numerosas comunicaciones e informes que documentan crímenes que pudieran ser de competencia del tribunal"[14].

Por su parte, el Secretario General de la OEA, convocó a un Panel de Expertos Internacionales Independientes para investigar los acontecimientos ocurridos en Venezuela durante los años 2014 y 2017. Dicho Panel, en su informe emitido el 29 de mayo de 2018 encuentra "fundamento suficiente" para determinar la comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela

Este informe fue asumido por seis (6) Estados parte del Estatuto, Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Paraguay y Perú, los cuales en fecha 25 de septiembre de 2018 remitieron la situación de Venezuela ante la Corte, de conformidad con el artículo 12, previamente citado. La Corte ha identificado este proceso como Situación 1.

El 13 de febrero de 2020, Jorge Arreaza, Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno de Nicolás Maduro remitió a la Oficina de la Fiscalía de la Corte de la situación que se ha generado en el país "como resultado de la aplicación de medidas coercitivas ilegales adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América contra Venezuela, al menos desde el año 2014"[15], la cual ha sido denominada por la Fiscalía como Situación 2.

El Examen Preliminar en la Corte está en curso y la propia Fiscal ha anunciado que aspira tomar una decisión antes de finalizar el año 2020.

A través de la jurisdicción internacional se busca castigar a los responsables de crímenes atroces que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y garantizar que sean sometidos efectivamente a la justicia.

Tiene también una función disuasiva y un objetivo de prevención, tal como lo establece de manera expresa el Estatuto de Roma en su

[14] https://news.un.org/es/story/2018/02/1426641
[15] http://mppre.gob.ve/2020/03/14/cpi-examen-preliminar-remision-venezuela/

preámbulo en el que los Estados declaran estar "Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes (competencia de la Corte) y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes"[16].

II. JUSTICIA TRANSICIONAL

Nos corresponde ahora comentar sobre la justicia transicional, aquella que ha sido definida como la "*Variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación"*[17].

El concepto de justicia transicional se ha ido construyendo como un enfoque de la justicia desde el que se abordan globalmente los problemas éticos, políticos y jurídicos que plantean las etapas de transición desde una situación de violaciones de derechos humanos bien sea en un régimen dictatorial o en un conflicto armado, en la construcción o el retorno hacia un orden pacífico y democrático.[18] Se le llama también justicia restaurativa o reparadora. Abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con la decisión de la sociedad de resolver los problemas derivados de un pasado lleno de abusos a gran escala, con el fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, se aplique justicia y logren la reconciliación, la estabilidad política y la gobernabilidad.[19] Sin embargo, el concepto ha avanzado y dentro del mismo cabe la consideración y castigo a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Así lo ha indicado el Secretario General de las Naciones Unidas en su "Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición".[20]

---

16 Párrafo 5 Preámbulo del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional

17 Informe del Secretario General de la ONU, 2004. www.un.org

18 TUREGANO MANSILLA, Isabel. Editora académica. "La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias. Universidad del Rosario. Bogotá 2014. Prólogo ix

19 Ibíd. 4. Pág. 4 DE PARAMO ARGUELLES, Juan Ramón. A "Argumentaciones y negociaciones en los procesos de transición política"

20 Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales. Documento ONU HR/PUB/13/5 Publicaciones de Naciones Unidas. Nueva York-Ginebra 2014. Pag.3. En el principio 9 hace un llamamiento a las Naciones Unidas para que "se esfuercen en garantizar

Tiene este concepto un alcance general y debe adaptarse a cada realidad, a cada situación planteada pues todas tienen orígenes y causas diferentes y se desarrollan en escenarios y entornos muy distintos: un conflicto armado interno, una dictadura clásica o como en el caso de Venezuela, la destrucción del estado mediante el secuestro de las instituciones por vías de facto insertadas en el sistema constitucional y político. En todas, sin embargo, se ven afectados los derechos humanos y los intereses de la sociedad; y cada sociedad busca sus propias respuestas para superar tales situaciones. Cada caso es distinto y exige una respuesta acorde.

Este sistema de justicia es de naturaleza excepcional. Se basa en el concepto de justicia restaurativa o reparadora, en contraste con la justicia ordinaria de naturaleza punitiva.

Principios o pilares de la Justicia Transicional

Tiene cuatro componentes esenciales: VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN, los cuales se fundamentan en cuatro principios del derecho internacional de los derechos humanos:

a) el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre los abusos del pasado y la suerte que han corrido las víctimas;
b) la obligación de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y crímenes internacionales y de castigar a quienes resulten culpables;
c) el derecho de las víctimas a ser reconocidas y obtener reparación; y
d) la obligación del Estado de impedir y garantizar, mediante la adopción de diversas medidas, que tales atrocidades vuelvan a repetirse.

que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas profundas de un conflicto o un gobierno represivo y combatan la violaciones que se cometan de todos los derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales".

A título ilustrativo, mencionamos algunas de las diferencias con la justicia ordinaria:

Justicia ordinaria	**vs**	**Justicia transicional**
Esencialmente punitiva		Concepción restaurativa
Responde a los intereses del Estado		Eje central: la víctima
Impartida por órganos e instituciones existentes del Estado		Requiere usualmente de la creación de órganos o entes especiales
Busca mantener el orden y el equilibrio de la sociedad		Objetivo: evitar la repetición de hechos atroces y la reconciliación de la sociedad.

Venezuela ante un posible proceso de Justicia transicional:

La crisis de Venezuela es de tales proporciones que abarca todos los sectores de la sociedad y de la vida nacional. Si bien, no se origina en un conflicto interno armado, de acuerdo con la expresión estricta del término como lo define el Derecho Internacional, se caracteriza por la violencia expresada desde el poder; una suerte de violencia de Estado ejercida desde las instituciones e instancias del poder, y a través de entidades paraestatales, sostenidas, financiadas y organizadas por el Estado y de grupos delictivos, que amparados por la complicidad y la ineficiencia del Estado, actúan en todo el país llegando a controlar espacios territoriales importantes, creando temor en la población que se muestra indefensa ante tal realidad. La inexistencia de un sistema judicial independiente, autónomo y eficaz, la impunidad que prevalece y se consiente, han desmoronado el funcionamiento de las instituciones y el desconocimiento de las normas. En Venezuela la institucionalidad democrática ha sido destruida. El desempeño democrático del gobierno ha desaparecido, el deterioro de la vida alcanza proporciones incalculables y el régimen avanza peligrosamente hacia la anarquía (ingobernabilidad) con las gravísimas consecuencias que ello produce. el Estado ha sido suplantado por instituciones paralelas e ilegales que controlan el país.

Es un caso sin precedentes en nuestra región, que las Naciones Unidas ha calificado como ***emergencia humanitaria compleja,*** que

también afecta también a los países vecinos, al resto de América Latina y Europa, por las implicaciones que suponen el éxodo masivo de venezolanos en búsqueda de mejores condiciones de vida, huyendo de la violencia y la precariedad económica.

Ante esto y a la situación política que se profundiza cada vez más, la Asamblea Nacional en la búsqueda de soluciones para propiciar un cambio, adoptó el 5 de marzo de 2019 el Estatuto para la Transición.

En su Artículo 18 dispone la creación de un Sistema de Justicia Transicional *"orientado a rescatar la dignidad humana, la justicia, la protección y reparación integral de las víctimas de violaciones de derechos humanos, incluyendo las medidas para establecer la verdad y promover la reconciliación nacional, de acuerdo a* ***lo*** *dispuesto en los tratados vigentes de derechos humanos y el artículo 30 de la Constitución*".

Dispone además que, una vez cesada la usurpación la Asamblea Nacional creará mediante ley "*la Comisión de la Verdad independiente, encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos, proponer los lineamientos políticos y legislativos para la reparación de las víctimas y promover la educación democrática, la cultura de paz y la reconciliación nacional".*

Propuesta del Bloque Constitucional:

Sobre esta base, el Bloque constitucional, grupo de opinión al cual pertenece quien suscribe, presentó la Asamblea Nacional una Hoja de ruta para abordar un eventual proceso de justicia transicional, en la que se propone:

1. **Adopción de una ley para la aplicación de la Justicia Transicional: Esta ley deberá contener:**

   A. Creación de una comisión de la verdad.
   B. Creación de tribunales nacionales o salas especiales dentro de los tribunales existentes.
   C. Posibilidad de constituir tribunales híbridos o mixtos (integrado por magistrados nacionales y extranjeros) que puedan aplicar el Derecho Interno y el Derecho Internacional.

2. Incorporación de la sociedad civil al proceso

En desarrollo de esta Hoja de ruta, el Bloque Constitucional presentó un Proyecto de Ley para la creación de la "Comisión para esclarecer la verdad y establecer responsabilidades", elaborado de acuerdo a estándares internacionales y orientado por los principios de: confiabilidad, equilibrio, tolerancia, reconocimiento a la sociedad y en particular a la víctima.

Sus Objetivos: Hacer justicia, recuperar las condiciones de convivencia y el reencuentro de la sociedad para lograr la reconciliación nacional

III. HILO CONDUCTOR ENTRE LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La justicia internacional y los procesos de justicia transicional tienen como objetivo común: EVITAR LA IMPUNIDAD.

Pueden retroalimentarse en dos vías: sobre la base del principio **complementariedad** y en el "interés de la justicia" elemento esencial para determinar el inicio de una investigación en la Corte Penal Internacional.

Así pues, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción solo en la medida que los mecanismos de justicia transicional consideren necesario recurrir a esta en virtud de determinar que no se haría justicia en los tribunales domésticos o no fuera posible la creación de tribunales especiales, mixtos o híbridos que pudieran conocer de los hechos y determinar la comisión de crímenes internacionales y la identificación de los responsables.

Por otra parte, en el caso que ya estuviera en curso un Examen preliminar o una investigación relacionada con la situación en un determinado país y los hechos que deben ser determinados e investigados en un proceso de justicia transicional, pudiera considerar suspender o no continuar los mismos, con base en lo que se denomina "el interés de la justicia" para favorecer la determinación de la verdad y las de responsabilidades, en el marco de dicho proceso de justicia transicional.

En todo caso debe tenerse en mente que tanto para la justicia internacional como en los procesos de justicia transicional, lo relevante es hacer justicia y reparar a las víctimas de conductas delictivas atroces que constituyan crímenes internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

CASESE, Antonio. *International Criminal Law,* segunda edición. Oxford, 2008.

TUREGANO MANSILLA, Isabel (Editora académica). *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias.* Universidad del Rosario. Bogotá 2014. Prólogo ix

RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor, BETANCOURT C., Milagros, TORRES C., María I. *Diccionario de Derecho Internacional*. Libros El Nacional. Segunda edición. Caracas, 2012

RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor, MOYA, Thairi. *Glosario de Derecho Internacional Penal*. CEPAZ. 2020

AMBOS, Kai, Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional en Estudios de Derecho Penal Internacional. Universidad Católica Andrés Bello. Primera edición. Caracas, 2004.

BETANCOURT C., Milagros. *Tribunales Penales Internacionales. Lo humano como derecho en De lo internacional a lo local.* Universidad Católica Andrés Bello. Primera Edición. Impresos Miniples. Caracas, 2016.

Documento Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales. ONU HR/PUB/13/5 Publicaciones de Naciones Unidas. Nueva York-Ginebra 2014.

Informe del Secretario General de la ONU, 2004. www.un.org

https://news.un.org/es/story/2018/02/1426641

http://mppre.gob.ve/2020/03/14/cpi-examen-preliminar-remision-venezuela/

EL EXAMEN PRELIMINAR DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES PARA VENEZUELA.

DRA. THAIRI MOYA SÁNCHEZ.*

SUMARIO

Introducción. I. El Examen Preliminar: generalidades. II. Inicio y desarrollo del examen preliminar. III. Implicaciones del examen preliminar en atención a la situación de Venezuela. Bibliografía.

* Abogada, profesora e investigadora venezolana (UCV-2003), con estudios de postgrado en la Universidad Central de Venezuela, Maestría en la Universidad de Nottingham y Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela con mención excelente y honorifica. Ex Becaria Chevening y Ex fellow de la ONU. Profesora Investigadora Asociada al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello.

Páginas: 573-589 ISSN: 0798-1457

INTRODUCCIÓN

El primer paso para arrancar esta maquinaria internacional de justicia se da en el contexto del 'examen preliminar' (EP). Ahora ¿qué se entiende por examen preliminar? Toda situación dada a conocer ante la Corte Penal Internacional es evaluada a través de un grupo de procedimientos llevados a cabo por la Fiscalía de la Corte en aras de investigar y determinar a los autores y participantes en la comisión de los crímenes internacionales que están bajo la competencia material de la Corte; a saber los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y agresión. La mención al examen preliminar aparece en el artículo 15 del Estatuto de Roma, aunque posteriormente no se vuelve hacer referencia al mismo de manera explícita; el mismo se desarrolla a través de una serie de etapas en las cuales se debe cumplir una serie de condiciones. A la fecha se encuentran bajo examen preliminar: Colombia, Guinea, Irak, Nigeria, Palestina, Filipinas, Ucrania y Venezuela. En orden cronológico, el primer examen preliminar que se llevó a cabo fue en la República Democrática del Congo en Ituri, aunque no fue hasta el año 2010 cuando fue publicado el documento de política sobre el examen preliminar.[1]

Los objetivos del examen preliminar son 1) poner fin a la impunidad y 2) promover el ejercicio de juzgamientos con todas las garantías que deben tener este tipo de juicios. En este sentido, la finalidad de este breve trabajo es comentar el funcionamiento del examen preliminar y su interacción con la situación de Venezuela. Por lo que se proponen

[1] Fiscalía de la CPI, "Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares", 4 de octubre de 2010, disponible en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf , consultado el 22 de julio 2020.

como puntos a ser abordados: I. El examen preliminar: generalidades, II. Inicio y desarrollo del examen preliminar, III. Implicaciones del examen preliminar en atención a la situación de Venezuela.

I. EL EXAMEN PRELIMINAR: GENERALIDADES

El EP es un filtro que se establece a través de una estrategia de análisis, dividida en etapas y procedimientos que le permiten a la Fiscalía constatar la existencia de un "fundamento razonable" que permita presumir la perpetración de alguno de los crímenes internacionales en el territorio o por el nacional de un Estado parte al Estatuto de Roma. Se entiende por 'fundamento razonable', "*una justificación sensata o razonable para creer que 'se ha cometido o se está cometiendo' un crimen de competencia de la Corte*".[2]

En este orden de ideas, la finalidad primordial de este examen es otorgarle a la Fiscalía las herramientas necesarias para constatar si el Estado parte está "dispuesto" y "puede" llevar a cabo en su jurisdicción, juicios que sean creíbles y de acuerdo a los parámetros internacionales que permitan el establecimiento de responsabilidades individuales. En esta Corte, no se revisará la responsabilidad internacional del Estado como lo pueden determinar las Cortes de DDHH sino las responsabilidades penales de los individuales, pero a nivel internacional siguiendo las premisas del artículo 25 del Estatuto de Roma. En algunos supuestos, implica juzgar a los responsables sin importar las funciones que puedan ser ejercidas por aquellos en el marco de sus funciones *de iure* o *de facto* en el Estado o en la 'organización' desde donde se hayan perpetrado dichos crímenes. Las inmunidades tampoco serán limitantes para que la Corte pueda ejercer sus funciones, así ha quedado establecido en el Estatuto en los artículos 27 y 28.

Hay que tener presente que la CPI es 'complementaria' a la jurisdicción nacional, y por eso se hace imperioso resaltar que los Estados son quienes poseen la obligación primaria de juzgar, con esto se

[2] CPI. Situación en la República de Kenya, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párr. 35.

pretende promover la práctica de esa obligación primaria de los Estados antes de que tales situaciones puedan pasar a la esfera internacional. Esta concesión a los Estados se hace en respeto a la soberanía de los mismos. El principio de complementariedad puede ser encontrado en los artículos 1, 17,18,19 y 29 del Estatuto de Roma, en donde se aprecia la división realizada entre la CPI y los sistemas nacionales de investigación y juzgamiento. La jurisdicción de la CPI vendría a ser una jurisdicción última *ratio*.[3]

Durante el desarrollo del examen preliminar, distintos actores tienen oportunidad de alimentar el contenido del mismo a través de la remisión de información a la Corte. Cualquier persona, entre estas se tienen a los particulares o grupos de particulares,[4] las organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, misiones de investigación y Estados, pueden remitir información que consideren oportuna a la Corte en atención a las etapas que se desenvuelven el EP, esto de acuerdo al artículo 15.2 del Estatuto. Sin embargo, es bueno aclarar que ninguno de los mencionados puede señalar que "denunciaron" o "acusaron" a una 'determinada persona' porque de acuerdo al lenguaje de la Corte quien tiene esa función es la Fiscalía. En todo caso quienes remiten una comunicación están 'informando' a la Corte, un ejemplo de esto puede ser apreciado en el artículo 14 del Estatuto de Roma "… pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar <u>si se ha de acusar</u> de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas". En este orden de ideas, la Corte hace una distinción entre los términos de 'sospechoso' durante el examen preliminar y cuando posteriormente los cargos han sido confirmados el encausado será referido como el "acusado".[5]

---

3 Héctor Olásolo Alonso, "El Principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de Examen Preliminar. ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la Situación en Colombia?" en la obra *La Corte Penal Internacional y sus Primeros 10 años*, Publisher: Legal Publishing &Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013. p 361-418.

4 CPI. Preliminary Examinations. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/pe.aspx, consultado el 12 de agosto de 2020.

5 CPI. How the Court works. Ten key facts about the legal process. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#

La información es remitida bajo una "comunicación", hasta la fecha de hoy se han recibido más de 12 mil comunicaciones ante la CPI.[6]

Sin embargo, las actividades de la Corte no se limitan únicamente a la recepción de dicha información sino que más bien puede buscar información proveniente de fuentes consideradas confiables, además de que podrá también recibir testimonios orales o escritos en la sede de la Corte, así como verificar las evidencias que puedan atribuir o exonerar la responsabilidad penal de los encausados. El establecimiento del "fundamento razonable", sobre la posible comisión de alguno de los crímenes internacionales, permite que el umbral probatorio durante el examen preliminar sea de más fácil comprobación en comparación a la etapa de "investigación", la cual marca el inicio oficial de un proceso penal en contra de una persona.

En este entendido, como la Fiscalía tiene la obligación de "*reunir toda la información necesaria para hacer una determinación plenamente informada*",[7] no hay un lapso de tiempo para que finalice el Examen Preliminar puesto que dependerá de la calidad y cantidad de la información recibida.

II. INICIO Y DESARROLLO DEL EXAMEN PRELIMINAR

El EP se inicia cuando: a) un Estado parte remite al Fiscal una situación, b) el Consejo de Seguridad remite una situación a la Fiscalía, actuando en virtud de los poderes otorgados bajo el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, c) El Fiscal ha iniciado la investigación a *motus proprio.* En atención a la Corte Penal se tiene que la República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana (2 oportunidades) y Mali han referido sus situaciones a la CPI; mientras que el Consejo de Seguridad de la ONU ha remitido las situaciones en Darfur y Libia. Finalmente, la Fiscalía de la Corte Penal ha iniciado a

6 CPI. Office of the Prosecutor. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/about/otp , consultado el 25 de julio de 2020.

7 Fiscalía de la CPI. Documento de política general sobre exámenes preliminares. Noviembre 2013, pará. 2. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf , consultado el 25 de julio de 2020.

motus proprio el examen preliminar en las situaciones de Kenia, Costa de Marfil, Georgia, y Bangladesh/Myanmar.[8]

Es importante resaltar que la remisión realizada por un Estado parte al Estatuto no conlleva automáticamente al inicio de una investigación. De hecho, la Corte indica que "específicamente, según el artículo 53 (1) del Estatuto, el Fiscal debe considerar cuestiones de jurisdicción, admisibilidad e intereses de la justicia al tomar esta determinación. La Oficina evaluará y analizará de forma independiente toda la información disponible y considerará todas las presentaciones y puntos de vista que se le transmitan, incluida cualquier observación de las autoridades nacionales competentes con respecto a cualquier investigación y enjuiciamiento relevante a nivel nacional."[9]

El artículo 53 del Estatuto de Roma y el Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares emanado por la Fiscalía de la CPI marcan las pautas del Examen, a saber: 1) evaluación inicial, 2) inicio formal del examen preliminar para el análisis de la competencia de la CPI, 3) análisis de la admisibilidad, en donde se revisará la complementariedad y la gravedad de los hechos, y 4) la determinación de si el inicio de una investigación no redundaría en el interés de la justicia.

En la primera etapa, la Fiscalía evaluará la información recibida en aras de precisar de que los hechos remitidos no estén fuera de la competencia de la Corte, que estén bajo la observancia de otro examen preliminar o de casos bajo investigación o enjuiciamiento por lo que ameritarían un análisis posterior, esto de acuerdo al numeral 1 del artículo 53.

La segunda etapa da inicio formal al examen preliminar. Se subdivide en dos fases, en la primera, el análisis se centra en cuestiones relativas a la competencia temporal, territorial o personal cuando la misma sea pertinente. Así fue establecido en el caso 'El Fiscal vs Tomas Lubanga' y en la 'Situación en la República de Kenia'.[10] En las mismas se

---

8 CPI. Office of the Prosecutor. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/about/otp , consultado el 25 de julio de 2020.

9 CPI. Preliminary Examination- Venezuela I. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/venezuela, Consultado en 10 de agosto de 2020.

10 El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, *Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competen-*

hace un recuento en cuanto a que los crímenes de la competencia de la Corte se encuentran definidos en los artículos 6, 7 y 8, la competencia de las personas se observa en los artículos 12 y 26, mientras que la competencia territorial está establecida en los artículos 12 y 13. b) esto de acuerdo al origen de los procedimientos y, finalmente, la competencia temporal se encuentra establecida en el artículo 11. Por su parte, en la segunda fase de esta etapa se analizan los presuntos crímenes cometidos dentro de la jurisdicción material de la Corte. De esta manera, se levantarán los primeros indicios que permitan intuir la configuración de un "fundamento razonable" de la comisión de un crimen internacional.

En la tercera etapa, se revisará la situación a la luz del artículo 17 del Estatuto de Roma, en donde se verificará si el Estado tiene la "disposición" y "puede" investigar los hechos ocurridos en su territorio. Es decir, se aplicará al máximo la evaluación de la "complementariedad", revisándose si por parte del Estado existe inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales y la "gravedad de la situación". Acá se evaluarán los procedimientos penales internos, tanto su eficacia como ineficacia, para poder condenar los crímenes cometidos. Igualmente, se valorará la gravedad de los hechos, en tal evaluación se revisará el número de víctimas, la escala, alcance geográfico, se hará un enfoque especial a los crímenes cometidos en contra de niños y de género y, como estos crímenes han sido investigados y perseguidos. En esta etapa –en atención a la complementariedad- también se aplicará el test "*same person, same conduct"*[11] con el cual se busca verificar si las personas que han sido señaladas ante la Corte Penal Internacional son las mismas investigadas en el Estado parte, en donde se hayan podido suscitar estos hechos, aplicando el mismo criterio para determinar si las conductas alegadas y presentadas ante la CPI están siendo investigadas

cia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, de 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, párrs. 21 y 22; Situación en la República de Kenya, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párr. 39.

[11] CPI. Policy paper on case selection and prioritisation. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_spn.pdf Párrafo 30. , consultado el 30 de julio de 2020.

en la jurisdicción loca; en pocas palabras se verificará que "la misma persona sea investigada por los mismos hechos" tanto en la jurisdicción nacional como en la CPI.

En atención a esta etapa se evaluará también el acoso, abuso de poder, es decir toda la gama de acciones que son totalmente sancionables desde el derecho internacional penal y de acuerdo a las directrices del derecho internacional, en especial desde la observancia de los derechos humanos. En suma, los juicios y medidas complacientes serán desechados.

En este entendido, en contraposición la CPI no ejercería su jurisdicción si a) los crímenes están siendo verdaderamente investigados o enjuiciados por el Estado que tiene competencia para lo mismo, b) los hechos hayan sido realmente investigados por un Estado que tenga competencia sobre la situación dada y se ha definido no enjuiciar a la persona o personas señaladas o c) que la persona haya sido enjuiciada por los crímenes señalados toda vez que un juicio en la CPI violaría el principio de *non bis in idem* establecido en el artículo 20 del Estatuto de Roma.

El numeral 2 del artículo 17 establece detalladamente el supuesto hipotético de 'falta de disposición de investigar' en la jurisdicción nacional, así el Estado alegue que se están o se han investigado o enjuiciado los crímenes cometidos. En este orden de ideas, la Corte evaluará de acuerdo a los parámetros del derecho internacional si los procesos a) se llevan a cabo con el "propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"; b) sufren una dilación infundada que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o c) que el proceso "no haya sido o esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial", y además no resultan acordes con la intención de juzgar realmente a la persona.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 17, señala los supuestos de 'falta de capacidad del Estado' como aquéllos en los que las jurisdicciones nacionales afectadas, debido "al colapso total o sustancial de su administración de justicia o al hecho de carecer de la misma". A esto se suma que el Estado no puede hacer comparecer al acusado, no cuentan con las pruebas o testimonios requeridos para estos casos o no está en

la situación de poder celebrar los juicios orales.[12] Lo indicado serían supuestos que se podrían suscitar en casos más anómalos como por ejemplo en situaciones de la carencia de un gobierno central, de una guerra civil o de desastres naturales que puedan llevar al sistema de justicia del país a un colapso total o sustancial.[13]

El numeral 1.d) del artículo 17 indica que en caso de que el asunto "no sea de gravedad suficiente para la Corte", no se iniciaría una investigación. En este orden de ideas, se evaluará la gravedad a través del análisis de la escala, la naturaleza y la forma de comisión de los crímenes, el impacto, teniendo especial atención por los casos que puedan surgir 'casos potenciales'. Las situaciones Kenia y Costa de Marfil sirven para graficar mucho lo señalado puesto que en ellas se desdibujan claramente estos elementos.[14] El Estatuto de Roma no establece un orden necesario para verificar la complementariedad y la gravedad; por lo tanto, el Fiscal debe tener todos los elementos necesarios en atención a éstos para poder pasar a la siguiente etapa.[15]

Cabe destacar que en la culminación de la segunda y tercera etapa, la Fiscalía preparará un informe en donde se den a conocer las conclusiones sobre sus hallazgos en cuanto a la competencia y admisibilidad de acuerdo a los señalamientos del artículo 5 y 17 del Estatuto de Roma.

La última etapa es la cuarta en donde se revisará si el inicio de una investigación por parte de la Corte podría minar los avances de justicia que se puedan estar llevando a cabo en un país, por ejemplo, en el contexto de la justicia transicional. Luego de culminada esta etapa se

---

12 Héctor Olásolo Alfonso, *Introducción al derecho internacional penal.* Editorial Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), ISBN: 978-84-9086-261-2. México, 2014.

13 Héctor Olásolo Alonso, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en H. Olásolo Alonso, *Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Ibero.-Americano de la Haya (IIH)*, Internacional, Tirant lo Blanch & Instituto, Valencia, 2011, p 62.

14 CPI. Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization Situación in the Republic of Kenya, of an Investigation into the Situación in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párr.. 60-62 y 188. Situación in Cote d´Ivorie, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situtation in the Republic of Cote d'Ivorie, 3 de octubre de 2011.

15 CPI. Fiscalía de la CPI. Documento de política general sobre exámenes preliminares. Noviembre 2013, pará. 2.

elaborará un informe de acuerdo a los dictamines del artículo 53, párrafo 1 del Estatuto de Roma. Con base a esto ya se cerraría el examen preliminar y se decidirá si se inicia una investigación.

No hay que dejar de hacer mención que durante el examen preliminar, se revisarán los hechos suscitados a la luz de los crímenes internacionales y de sus elementos propios (crímenes marco: genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión); y, a la par, se revisarán los sub elementos que posee cada uno de los crímenes perpetrados en el contexto de aquel crimen marco señalado como competencia de la Corte. Es decir, por ejemplo, en el crimen de lesa humanidad, se revisarán los elementos propios de este crimen, tales como un i) ataque dirigido en ii) contra de una población civil, iii) de carácter sistemático y/o generalizado, iv) bajo una política de Estado o de una organización. A esto se sumarán el análisis de los elementos propios de los crímenes establecidos dentro de lesa humanidad; en general, se evaluarán de manera conjunta que se reúnan tanto los elementos del crimen macro, así como los elementos del sub crimen alegado.

Ahora bien, es importante referir que el análisis de la admisibilidad de un asunto se llevará en dos etapas diferentes, a saber la primera durante el examen preliminar para poder pronunciarse sobre el inicio o no de una eventual investigación, lo que vendría a ser el análisis de una 'situación'.[16] Subsecuentemente, una vez iniciada la investigación y dependiendo de los hallazgos durante la misma, la Corte procederá a dictar una orden de arresto o de comparecencia en contra de una persona por su posible autoría o participación en la perpetración de los crímenes internacionales, esto vendría a ser formalmente el análisis de admisibilidad de un caso, es decir la 'situación' evoluciona a un 'caso'.

Se ha documentado que la jurisprudencia de la CPI adelantó primeramente los criterios para la 'admisibilidad de un caso', en donde la Sala evalúa la gravedad de la conducta imputada de los investigados, así como todas las acciones desplegadas en la jurisdicción nacional para establecer la responsabilidad penal de aquellos involucrados, igualmente, la Sala determinará los hechos que permitan establecer la acción o la inacción por parte del sistema de justicia en dicho Estado. Tiempo

[16] Ibidem, pará 41.

después, la Corte estableció los lineamientos para realizar el 'examen de admisibilidad' pero en atención al examen preliminar, indicando que el mismo se realizará observando los 'casos potenciales', siendo estos agrupados por categorías de personas y los tipos de crímenes.[17]

III. IMPLICACIONES DEL EXAMEN PRELIMINAR EN ATENCIÓN A LA SITUACIÓN DE VENEZUELA

Ahora bien, desde el año 2018 está en curso el examen preliminar por los hechos ocurridos desde el año 2014 a la fecha en Venezuela, esto es debido a la remisión de la causa realizada por Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú, el 27 de septiembre de 2018;[18] aunque cabe destacar que cuando la Fiscal inició el examen preliminar, este partía "al menos, desde abril 2017",[19] mientras que con la remisión realizada por los Estados partes al Estatuto de Roma, el ámbito temporal del examen se extendió a partir del 12 de febrero de 2014 y abarcará crímenes de lesa humanidad. La mencionada remisión está siendo conocida como 'Situación de Venezuela I'[20] y es la primera remisión conjunta llevada a cabo en la joven historia de la CPI. Entre la serie de conductas identificadas por la Fiscalía de la CPI se tienen homicidios y lesiones privación de la libertad, maltrato y tortura, crímenes sexuales y por motivos de género, presuntos actos de persecución.[21]

Por su parte, los representantes de Nicolás Maduro remitieron información a la Corte relacionada a la crisis humanitaria el 13 de febrero del año 2020. La comunicación se encuentra distinguida como

---

17 Héctor Olásolo Alonso, El Principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de Examen Preliminar.

18 CPI. Remisión conjunta realizada por 6 Estados Partes al Estatuto de Roma. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180925-otp-referral-venezuela_ENG.pdf , Consultado en 12 de agosto de 2020.

19 CPI. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening Preliminary Examinations into the situations in the Philippines and in Venezuela. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat , consultado en 12 de agosto de 2020.

20 CPI. Preliminary Examination- Venezuela I.

21 CPI. Informe sobre las actividades del examen preliminar 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-PE-Report-VEN-SPA.pdf , consultado el 13 de agosto de 2020.

"situación de Venezuela II", [22] puesto que la misma fue enviada en virtud de la presunta comisión del crimen de lesa humanidad "como consecuencia de la aplicación de medidas coercitivas ilícitas adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América contra Venezuela, al menos desde el año 2014".

La situación de Venezuela I se encuentra actualmente en la etapa II, mientras que la comunicación remitida por Nicolás Maduro estaría comenzando la primera etapa del examen preliminar. Con esta última remisión, ambas situaciones han sido asignadas a la Sala de Cuestiones Preliminares III, bajo la separación de Venezuela I y II.[23] Se desconoce si la Sala fusionará las dos situaciones en una sola, aunque no pareciese puesto que el espacio temporal de las causas y los crímenes alegados son de naturaleza distinta. En este entendido, la Sala de Cuestiones Preliminares III no debería agrupar en una misma situación los hechos narrados en las causas de Venezuela I y Venezuela II.

Tal como se conoce, el examen preliminar I surgió debido a los hechos ocurridos desde al menos el 12 de febrero de 2014, lo cual viene a tener una importancia especial en cuanto a la identificación de los "casos potenciales". Se tiene que estos casos "se refieren a aquella(s) categoría(s) de crimen(es) más representativo(s) de la violencia vivida en la situación bajo examen preliminar (por ejemplo, el asesinato como crimen de lesa humanidad en la situación en Venezuela), y a aquel grupo de personas (normalmente, dirigentes que forman parte de las entidades estatales y grupos no estatales principalmente involucrados en la violencia), que, de acuerdo a la información de que dispone la Fiscalía, conformarían presuntamente la categoría de máximos responsables de dichos crímenes".[24]

---

22 CPI. Preliminary Examination- Venezuela II. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/venezuelaII , Consultado en 12 de agosto de 2020.

23 CPI. Decision assigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II and reassigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I to Pre-Trial Chamber III. ICC-02/18-2. 19 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/18-2

24 Héctor Olasolo & Andrés Sánchez Sarmiento. *Sobre las consecuencias de la remisión de 27 de septiembre de 2018 sobre el actual examen preliminar de la situación en Venezuela. CEPAZ*. Disponible en: https://cepaz.org/articulos/sobre-las-consecuencias-de-la-remision-de-27-de-septiembre-de-2018-sobre-el-actual-examen-preliminar-de-la-situacion-en-venezuela/ , Consultado en 12 de agosto de 2020.

Por su parte, el examen preliminar II nace en atención a la crisis humanitaria y de su presunta relación a las sanciones y al *over compliance* de las mismas en territorio venezolano. En la comunicación remitida por los funcionarios de Nicolás Maduro se informa sobre la supuesta comisión de los crímenes de asesinato, deportaciones, exterminio, persecución y otros actos inhumanos.[25]

Ahora bien, de acuerdo al informe de actividades del año 2019 emanado por la Fiscalía de la CPI,[26] se estimó que durante el primer trimestre del año 2020 hubiese un pronunciamiento sobre el avance o no del examen preliminar en relación a la situación de 'Venezuela I'. No obstante, las restricciones impuestas a raíz de la aparición del Covid-19 así como la remisión de la segunda situación (Venezuela II) han podido ser motivos dilatorios para este pronunciamiento. En caso de ser positivo, la situación de 'Venezuela I' pasaría a la etapa 3 del examen en donde se revisaría la complementariedad y la gravedad de los hechos suscitados desde febrero del año 2014. Por su parte, la situación 'Venezuela II' podría ser evaluada para verificar la competencia de la Corte y comenzar así el examen preliminar.

En suma, tocará esperar y ver qué ocurrirá en los próximos meses con las situaciones de Venezuela toda vez que se avecina la designación de un nuevo Fiscal y de Jueces a la Corte Penal Internacional. Algunos de los candidatos a la Fiscalía de la CPI ya han hecho saber que es necesario acortar el examen preliminar y que este no sea perpetuo.[27] Para culminar, es importante rescatar que en virtud del umbral probatorio del examen preliminar y de la fase de investigación, toma importancia primordial el proceso de investigación y de documentación que se lleven a cabo en suelo nacional para que la Corte pueda contar así con elementos convincentes sobre la situación de Venezuela I.

---

25 CPI. Remisión conforme al artículo 14 del Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte de la República Bolivariana de Venezuela con respecto a las medidas coercitivas unilaterales. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2020_00803.PDF , Consultado en 12 de agosto de 2020.

26 CPI. Informe sobre las actividades del examen preliminar 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-PE-Report-VEN-SPA.pdf , consultado el 13 de agosto de 2020.

27 CPI. Election of Prosecutor (2020). Hearing with shortlisted candidates held on 29 July 2020: recording. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/elections/prosecutor/Pages/Prosecutor2020.aspx, consultado el 29 de julio de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. "El Principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de Examen Preliminar. ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la Situación en Colombia?" en la obra *La Corte Penal Internacional y sus Primeros 10 años*, Publisher: Legal Publishing &Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

OLÁSOLO ALFONSO, Héctor. *Introducción al derecho internacional penal.* Editorial Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), ISBN: 978-84-9086-261-2. México, 2014.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en OLÁSOLO ALONSO, H., *Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Ibero.-Americano de la Haya (IIH),* Internacional, Tirant lo Blanch & Instituto Valencia, 2011.

Jurisprudencia

CPI. Decision assigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II and reassigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I to Pre-Trial Chamber III. ICC-02/18-2. 19 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/18-2

CPI. El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, *Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, de 3 de octubre de 2006*, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, párr. 21 y 22.

CPI. Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization Situación in the Republic of Kenya, of an Investigation into the Situación in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párr.60-62 y 188.

CPI. Situación en la República de Kenya, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párr. 35.

CPI. Situación in Cote d´Ivorie, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situtation in the Republic of Cote d'Ivorie, 3 de octubre de 2011.

Documento en línea

CPI. Fiscalía de la CPI, "Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares", 4 de octubre de 2010, disponible en:http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf , consultado el 22 de julio 2020.

CPI. Fiscalía de la CPI. Documento de política general sobre exámenes preliminares. Noviembre 2013, pará. 2. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf , consultado el 25 de julio 2020.

CPI. Office of the Prosecutor. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/about/otp , consultado el 25 de julio 2020.

CPI. Policy paper on case selection and prioritisation. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_spn.pdf Párrafo 30. , consultado el 30 de julio 2020.

CPI. Preliminary Examination- Venezuela I. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/venezuela, Consultado en 12 de agosto de 2020.

CPI. Preliminary Examination- Venezuela II. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/venezuelaII , Consultado en 12 de agosto de 2020.

CPI. Remisión conjunta realizada por 6 Estados Partes al Estatuto de Roma. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180925-otp-referral-venezuela_ENG.pdf , Consultado en 12 de agosto de 2020.

CPI. Remisión conforme al artículo 14 del Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte de la República Bolivariana de Venezuela con respecto a las medidas coercitivas unilaterales. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2020_00803.PDF , Consultado en 12 de agosto de 2020.

CPI. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening Preliminary Examinations into the situations in the Philippines and in Venezuela. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat , Consultado en 12 de agosto de 2020.

OLÁSOLO, Héctor & SÁNCHEZ SARMIENTO, Andrés. *Sobre las consecuencias de la remisión de 27 de septiembre de 2018 sobre el actual*

examen preliminar de la situación en Venezuela. CEPAZ. Disponible en: https://cepaz.org/articulos/sobre-las-consecuencias-de-la-remision-de-27-de-septiembre-de-2018-sobre-el-actual-examen-preliminar-de-la-situacion-en-venezuela/ , Consultado en 12 de agosto de 2020.

RESUMEN

El 08 de febrero de 2018, la Sra. Fatou Bensouda, Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) anunció el inicio de un examen preliminar en atención a los crímenes perpetrados en Venezuela desde al menos abril de 2017, esto en el "contexto de manifestaciones y disturbios políticos relacionados". A esto se sumó que un grupo de Estados parte al Estatuto de Roma decidió remitir la situación de Venezuela a la CPI, a saber: Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú; esta acción fue llevada a cabo el 27 de septiembre de 2018. Por su parte, el 13 de febrero de 2020 funcionarios de Nicolás Maduro remitieron información a la Corte Penal Internacional en atención a la supuesta comisión de crímenes de lesa humanidad "como consecuencia de la aplicación de medidas coercitivas ilícitas adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América contra Venezuela, al menos desde el año 2014". Los hechos señalados colocan a la situación de Venezuela en una situación llamativa por la doble remisión realizada a la CPI.

VIDEOCONFERENCIA
ELECCIONES PARLAMENTARIAS.
ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD
17 DE SEPTIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 593-600 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta video conferencia sobre la ***ilegitimidad e inconstitucionalidad de las pretendidas elecciones parlamentarias convocadas*** arbitrariamente para diciembre de 2020. Este foro es posible gracias al patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas.***

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha asumido un rol histórico de guardián de la conciencia jurídica y política del país. Ejerce según su ley de creación una función consultiva de los órganos del poder público, pero también ejerce una función consultiva espontánea que se expresa en la formación de opinión pública. Un compromiso ético de servir de guía proactiva para orientar a la Nación en estos momentos complejos de desinstitucionalización y de zozobra ciudadana, contribuyendo a paliar el escepticismo y la desmovilización de sus ciudadanos.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales comprometida con su función de reivindicar los valores del estado de derecho y de la democracia en Venezuela, siente su deber denunciar el más reciente episodio del uso de la justicia constitucional como un mecanismo de control político y de desconocimiento de las libertades constitucionales y de los principios y valores democráticos en Venezuela.

Según pretendidas sentencias de la inconstitucional Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, identificadas con los números 68, 69, 70, 71 y 72, dictadas todas en el mes de Junio de 2020[1], se concretó una de las violaciones más descaradas de la Constitución, por medio de las cuales usurpó la competencia de la Asamblea Nacional, al designar los rectores del Consejo Nacional Electoral y de sus órganos subalternos e intervino los partidos políticos Acción Democrática y Movimiento Primero Justicia, al decidir el nombramiento de una "Mesa

[1] En fechas 5, 10, 12, 15, y 16 de junio del 2020, respectivamente.

Directiva ad hoc" con el objeto de reestructurar y ejercer las funciones directivas y de representación de dichas organizaciones políticas y la designación de sus autoridades regionales, municipales y locales.

La inconstitucional Sala Constitucional volvió a actuar como agente político del régimen de gobierno en violación de los principios constitucionales de separación de poderes y de legalidad, para, en lugar de ello, usurpar la competencia del órgano parlamentario y realizar ella misma las designaciones de las autoridades electorales:

En *primer lugar*, declaró de nuevo a la Asamblea Nacional en supuesto "desacato" de alguna decisión de la Sala Electoral dictada en 2016, cuando tal "sanción" no existe en el ordenamiento jurídico venezolano respecto de las instituciones, y más grave aún, declarar que todos los actos dictados y por dictar por la Asamblea son nulos y sin ningún valor, desconociendo así la representación de la soberanía popular.

En *segundo lugar*, nombró a los miembros (Rectores) del Consejo Nacional Electoral, con la burda excusa de que la Asamblea Nacional omitió hacer tales designaciones, violando abiertamente la Constitución, que signa esa facultad exclusivamente a dicha Asamblea Nacional, como órgano elector de segundo grado, con la votación de una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, y solo con relación a personas exclusivamente nominadas por un comité de postulaciones en el cual estén representados la sociedad civil y las Facultades de derecho de las Universidades autónomas. La inconstitucionalidad de la Sala Constitucional llegó al extremo, además, de burlarse de la Constitución en cuanto a la exigencia del carácter apartidista de las personas nominadas, escogiendo, al contrario, para ello, a personeros de partidos y ex magistrados del propio Tribunal.

En *tercer lugar*, delegó sin competencia alguna para ello, en el Consejo Nacional Electoral, la potestad de legislar y reformar la Ley de Procesos Electorales. Con esto, dicho órgano ilegitimo, reglamentó un nuevo sistema electoral mediante unas inconstitucionales "Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias período 2021-2026," que solo puede estar regulado en una ley sancionada por la Asamblea Nacional, y llegando incluso a cambiar el número de diputados que deberán integrar la Asamblea Nacional; todo en violación de la Constitución y de la mencionada Ley Orgánica de los Procesos Electorales.

Y en *cuarto lugar*, secuestró a los principales partidos políticos de oposición (Acción democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular), suspendiendo y desplazando a sus autoridades legítimas, y designándoles *sine die* unas juntas directivas ad-hoc, para apropiarse de los símbolos e identidad de dichos partidos con el objeto de hacerlos participar falsamente en el ilegítimo proceso electoral para elecciones parlamentarias que el ilegitimo Consejo Nacional Electoral convocó para el 6 de diciembre de 2020.

Las tropelías incurridas mediante las vías de hecho señaladas, violentan de forma grave y flagrante los principios democráticos del Estado de Derecho, al arrebatar el derecho de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los órganos que ejercen el poder público, y la garantía de un árbitro electoral imparcial, autónomo e independiente esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, como lo consagra y ordena la Constitución, y que en su conjunto conforman el derecho a la democracia.

Así mismo, la interferencia de la Sala Constitucional en la organización de los partidos políticos para forzar un cambio de sus autoridades sin la decisión de sus bases, sino del grupo por ella escogido, viola el derecho constitucional de asociarse con fines políticos y la libre determinación de los partidos en cuanto organización, funcionamiento y dirección conforme lo dispone el artículo 67 de la Constitución.

Más recientemente, como consecuencia de una seguidilla de vulneraciones de la Constitución y de los tratados de derechos humanos, de las tradiciones republicanas y democráticas, …violaciones una más grave que la otra, el Consejo Nacional Electoral inconstitucionalmente designado dictó un Reglamento especial para regular la elección de pueblos indígenas en la Asamblea nacional 2020. Para este espurio propósito estableciendo la elección de los tres diputados a la Asamblea Nacional en representación de los pueblos indígenas, mediante el voto indirecto de voceros, en dos grados y mediante votación pública a mano alzada, en las tres regiones o circunscripciones electorales indígenas, integradas por tan solo 10 entidades federales, violando abiertamente el derecho constitucional y convencional al sufragio mediante el voto universal, directo y secreto para la elección de los diputados representantes de los pueblos indígenas ante la Asamblea Nacional. Se violó

olímpicamente una de las conquistas democráticas y republicanas más importantes, concreción de la ciudadanía y de la igualdad, que no admite excepción. Cosa distinta es que, por su propia especificidad, los pueblos indígenas gocen de otros derechos políticos que, como comunidad, son de ejercicio colectivo y atienden a su propia cultura y creencias.

Para dar cuenta de la inconstitucionalidad e ilegitimidad de las decisiones adoptadas por la ilegítima Sala Constitucional del Tribunal Supremo y el ilegítimo Consejo Nacional Electoral por ella designada, contamos con la participación de un muy distinguido grupo de numerarios de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que pondrán en evidencia la magnitud de las inconstitucionalidades cometidas.

- Sobre **"Las consecuencias de la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las pretendidas elecciones parlamentarias"**, nos expondrá el Académico Dr. Allan Brewer Carias.
- El Académico Dr. Rafael Badell Madrid, nos hablará de **"La distorsión de la justicia constitucional por motivaciones políticas".**
- Por su parte el Académico Dr. Román José Duque Corredor, disertara sobre **"La falta de integridad en las elecciones legislativas fijadas para diciembre de 2020 como factor de su ilegitimidad".**
- **"Los aspectos y repercusiones internacionales de las violaciones a los derechos electorales de las poblaciones indígenas**" serán abordadas por el académico Prof. Carlos Ayala Corao.
- Finalmente, la académica Dra. Cecilia Sosa, expondrá sobre las **"Exigencias para una elección parlamentaria".**

Los venezolanos y la comunidad internacional deben entender que, nada de lo que pueda resultar de esas inconstitucionales sentencias tendrán legitimidad alguna en Venezuela, es decir, ni la (i) designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral; ni la (ii) emisión por éstos de "normas electorales" modificando la Ley Orgánica de Procesos Electorales; ni (iii) la fijación de fecha para elecciones parlamentarias; ni (iv) el secuestro de los partidos políticos; ni (v) las falsas elecciones que así puedan realizarse. Todos son actos inválidos y por lo tantos nulos y sin efecto y en consecuencia, serán desconocidas en el país, como

ya lo han declarado las principales instituciones venezolanas como la propia Asamblea Nacional, las Academias Nacionales y la Conferencia Episcopal Venezolana, así como también serán desconocidas por inconstitucionales e ilegítimas en el ámbito internacional, como ya lo han declarado el Grupo de Lima, el Grupo de Contacto, el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, el Parlamento Europeo y diversos gobiernos del mundo occidental.

Desconocidas de antemano las elecciones parlamentarias que puedan realizarse en diciembre de 2020, si llegan a realizarse, el resultado es que, para enero de 2021, cuando haya de instalarse la nueva Asamblea Nacional, no habrán diputados electos legítimamente para ello, y se planteará el tema de si los diputados de la actual Asamblea Nacional están obligados a permanecer en el ejercicio de sus cargo y funciones hasta que sean reemplazados por diputados legítimamente electos en elecciones libres, justas y confiables.

Las sentencias que se rechazan constituyen una inadmisible intervención del poder judicial en la política y se apartan ética y jurídicamente de la labor que corresponde a un tribunal constitucional, que no es otra que la de asegurar la supremacía de la Constitución.

En la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) 2019-2020, Venezuela es el país más pobre y el segundo más desigual de América Latina (Brasil 53,9). Los niveles de pobreza en Venezuela se comparan con los países más pobres del Mundo y con mayor inestabilidad política. Se estima en 96 % la Pobreza Ingresos, en 68 % la Pobreza Consumo, en 54 % la Pobreza Reciente y en 41%Pobreza Crónica.

79,3% de los venezolanos no tienen como cubrir la canasta de alimentos. Digamos que muchos de ellos por dignidad rechazarán sustituir el voto universal, directo y secreto por una caja CLAP, pero entonces tendrán enormes dificultades de acceso a los alimentos, a las fuentes de ingresos para procurárselos, al combustible, al gas butano, a los medicamentos y a los servicios de salud. Aunada a esas circunstancias, según la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, habrá un significativo repunte de los contagios de COVID 19, proyectados en **14.000 casos diarios** para el fin del año 2020, aproximadamente. Todo ello **convierte a las pretendidas elecciones de diciembre en un acto ostensiblemente ilegítimo, en un llamamiento cínico y desviado del**

poder electoral, en una farsa para procurarse el control del único y último órgano legítimo Estado, mediante la instrumentalización del sufragio.

La violación de la soberanía popular no contribuye a la solución de los gravísimos problemas económicos y sociales que vive la población venezolana. **Solo las elecciones competitivas producen democracia.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales asume su compromiso de contribuir con la difusión de las ideas que faciliten el restablecimiento de la Democracia en nuestro país.

Bienvenidos a este foro. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones y deliberaciones que siguen.

Fort Lauderdale, septiembre 17, 2020

ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRETENDIDAS ELECCIONES* PARLAMENTARIAS DE DICIEMBRE 2020.

DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS.**

---

* Texto preparado para la exposición en el evento organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la Convocatoria de las elecciones parlamentarias en diciembre 2020, Caracas vía zoom, 17 de septiembre de 2020.

** Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Como lo explicamos en el libro recién publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sobre *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020,* el cual no solo recoge los trabajos de Román J. Duque Corredor, Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández y de mi persona, sino el conjunto de Comunicados de la Academia sobre el tema,[1] la actuación inconstitucionalmente orquestada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que condujo a la reforma inconstitucional de la legislación electoral, el nombramiento inconstitucional de un Consejo Nacional Electoral y la convocatoria igualmente inconstitucional de unas elecciones parlamentarias para diciembre de 2020; como era de esperarse, ha provocado una importante reacción institucional tanto a nivel interno como a nivel internacional, no sólo denunciando el zarpazo lanzado contra la Constitución y contra el principio democrático, sino mediante el anuncio anticipado de que el resultado de las mismas *será desconocido*, pues el mismo, sea cual fuere, no responderá a principio democrático alguno ni a los principios y estándares internacionales para que puedan realizarse elecciones libres, justas y confiables.

Estos principios, a los efectos de poder convocar "un proceso electoral presidencial libre, justo, verificable y transparente," como lo expresó con precisión la Asamblea Nacional en el "*Acuerdo que ratifica la ruta política integral planteada al país, que permita elecciones presidenciales libres y transparentes como salida a la crisis generalizada y que produzca la reinstitucionalización democrática en Venezuela*," de

[1] Véase en el libro se Allan R. Brewer-Carías, Román J. Duque Corredor, Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 124, pp. 147-148.

fecha 30 de junio de 2020 al "desconocer la ilegal designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte de quienes usurpan el Tribunal Supremo de Justicia" (segundo), tienen que reunir las siguientes "condiciones necesarias:"

> "Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, dentro y fuera del país, por lo que es necesario contar con un Registro Electoral confiable y auditado.
> Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.
> Cese de las inhabilitaciones, enjuiciamiento y prisión de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.
> Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de su dirigencia natural y el uso de sus símbolos, colores y bienes.
> Nuevo Poder Electoral legítimo, designado por la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, y de esta forma contar con un cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos correspondientes, una campaña electoral equitativa y el adecuado comportamiento del Plan República, respetando el proceso electoral y prohibiendo cualquier intervención ajena a la protección del acto electoral.
> Auditoría de todos los procesos del sistema electoral, así como observación electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso."

Los partidos políticos democráticos venezolanos, además, el 2 de agosto de 2020, emitieron una Declaración con el título: "*Unidos debatimos y unidos decidimos: NO participaremos en el fraude, SI lucharemos por verdaderas elecciones libres*," firmado por 27 organizaciones políticas democráticas en el cual manifestando "de manera unánime" su decisión de "*no participar en el fraude electoral"* convocado por el régimen de Maduro, considerando que lo convocado "*no es una elección*," rechazaron en consecuencia el "nuevo intento de la dictadura para disfrazar de elección a un proceso que no lo es, tal como lo hizo en

el año 2018 al secuestrarnos la elección presidencial que correspondía celebrar conforma a nuestro orden constitucional."[2]

En dicha Declaración, por lo demás, establecieron que las "condiciones para lograr elecciones libres, justas y competitivas," deben cumplir con los estándares mínimos aceptados por todos los países democráticos del mundo y son:

"1) Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, incluyendo a los que han tenido que emigrar (Registro Electoral confiable y auditado).
2) Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.
3) Cese de las inhabilitaciones y enjuiciamiento de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.
4) Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de sus legítimas autoridades cesadas por la írrita intervención, así como el uso de sus símbolos y colores partidistas.
5) CNE independiente, nombrado por la Asamblea Nacional, conforme a lo señalado por la Constitución Nacional y la Ley. Designación de todos los órganos subordinados de manera independiente, así como las Juntas Electorales y miembros mesa. Respeto al trabajo de los testigos electorales y demás funcionarios en todos los procesos.

[2] Véase el texto en "Por unanimidad: los partidos políticos de la Unidad deciden no participar en el fraude y convocan a un pacto nacional para la salvación de Venezuela," Asamblea nacional, Centro de Comunicación Nacional, Caracas 2 de agosto de 2020, disponible en: https://presidenciave.com/presidencia/por-unanimi-dad-los-partidos-politicos-de-la-unidad-deciden-no-participar-en-el-fraude-y-convocan-a-un-pacto-nacional-para-la-salvacion-de-venezuela/. Véase además la información en Alonso Moleiro, "La oposición a Maduro oficializa su decisión de no participar en las elecciones legislativas. Los partidos que apoyan a Guaidó defienden la celebración de una votación con garantías en Venezuela", *El País*, 2 de agosto de 2020, disponible en: https://elpais.com/inter-nacional/2020-08-02/la-oposicion-a-maduro-oficializa-su-decision -de-no-participar-en-las-elecciones-legislativas.html; y en "La oposición de Venezuela no participará en las próximas elecciones legislativas," en público.com, 2 de agosto de 2010, disponible en: https:// www.publico.es/internacional/oposicion-venezuela-no-participara-proximas-elecciones-legislativas.html

6) Cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos para cada una de las actividades del proceso desde su convocatoria.
7) Campaña electoral equitativa, con igual acceso a los medios de comunicación públicos y privados; prohibición de cadenas. Acceso equitativo a los espacios públicos y garantía de libre tránsito por todo el territorio nacional.
8) Adecuado comportamiento del Plan República respetando que el proceso electoral es esencialmente un acto civil. Prohibición de indebidas intervenciones en el proceso.
9) Auditorias de todos los procesos del sistema electoral, incluyendo las nuevas máquinas de votación y el sistema para el proceso automatizado.
10) Observación Electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso y en las diversas fases del ciclo electoral. Acompañamiento electoral calificado en cada proceso electoral."[3]

Dichas condiciones necesarias, vistas desde la comunidad internacional, como por ejemplo las resumió el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Michael R. Pompeo, en su Declaración sobre "Elecciones presidenciales y parlamentarias libres y justas en Venezuela," emitida el 9 de enero de 2020, serían que:

> "el proceso electoral esté conducido por un nuevo Consejo Nacional Electoral equilibrado e independiente, seleccionado por la Asamblea Nacional, según el mandato constitucional," que "las elecciones, estén abiertas a todos los partidos y candidatos," eliminándose "todas las restricciones impuestas a individuos y partidos políticos para permitir su libre participación en las elecciones," y liberándose a todos los detenidos arbitrariamente, incluidos los presos políticos;" que "el acceso ilimitado a medios / telecomunicaciones / internet y fuentes de noticias independientes, esté disponible para todos los candidatos, partidos y el electorado con tiempo de transmisión equitativo;" que se asegure "el ejercicio de los derechos de

[3] *Idem*.

> reunión pacífica y la libertad de expresión sin represión, represalia o interrupciones del servicio por motivos políticos;" y además, que el proceso se realice bajo una "observación electoral independiente, libre de restricciones indebidas, compuesta por expertos nacionales e internacionales."[4]

Por ello, no es de extrañar que el mismo Secretario de Estado de los Estados Unidos, el 15 de junio de 2020, también denunciara que "el 12 de junio, el Tribunal Supremo, controlado por el régimen de Maduro, haya continuado manipulando la Constitución venezolana nombrando ilegalmente un nuevo Consejo Nacional Electoral alineado con el régimen," que "sellará sus decisiones e ignorará las condiciones requeridas para las elecciones libres," entre las cuales, identificó, de nuevo, la necesidad de "levantar tanto las prohibiciones decretadas que afectan a partidos políticos y candidatos," como "los procedimientos judiciales motivados políticamente contra políticos de la oposición;" y la necesidad de "liberar a todos los presos políticos; de respetar la libertad de expresión, de prensa y de asociación; y la resolver de manera transparente todos los desafíos técnicos para elecciones libres y justas, incluyendo el registro de votantes y la adquisición y manejo de máquinas de votación."[5]

Ninguna de esas condiciones para que puedan haber elecciones democráticas libres y transparentes está actualmente asegurada en Venezuela, como no estaban aseguradas en mayo de 2018, cuando la Asamblea Nacional desconoció y declaró inexistente la "farsa" electoral de la "reelección" de Nicolás Maduro;[6] todo lo cual, además, quedó

---

4 Véase la Declaración sobre "*Free and Fair Presidential and Parliamentary Elections in Venezuela," Press Statement*, Michael R. Pompeo, January 9, 2020. Disponible en: https://www.state.gov /free-and-fair-presidential-and-parliamentary-elections-in-venezuela

5 Véase la Declaración sobre "The United States Condemns Maduro's Latest Step to Rig the Next Venezuelan Election," Press Statement, Michael R. Pompeo, June 15, 2020. Disponible en: https://www.state.gov/the-united-states-condemns-maduros-latest-step-to-rig-the-next-venezuelan-election/

6 Véase el texto del Acuerdo de 22 de mayo de 2019 en http://www. asambleanacional.gob.ve/-actos/_acuerdo-reiterando-el-desconoci-miento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-su-puesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica. Igualmente en la reseña "Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro "usurpador," en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea -nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas.

confirmado con lo expresado por el Ministro de la Defensa del régimen de Nicolás Maduro en Venezuela, cuando el 5 de julio de 2010, durante la celebración del aniversario de la Independencia en Venezuela, declaró y advirtió pura y simplemente a "los opositores," que nunca más "podrán ejercer el poder político."[7]

En todo ese marco, por tanto, no es tampoco de extrañar que incluso antes de esa "confirmación-confesión" del Ministro de la Defensa, ya haya habido manifestaciones específicas de que no se puede reconocer nada de lo que resulte del "Circo Electoral" montado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

Así, la propia Asamblea Nacional fue la primera en reaccionar, al expresar, por boca de su Presidente, que:

> "Nuestra posición es muy clara (…) *Desconocemos* cualquier falso CNE nombrado por un brazo judicial de la dictadura que no tiene competencia para tal fin. […] "No *reconoceremos* ninguna imposición ni nada que emane de ese falso CNE."[8]

---

[7] Véase el texto en *El País*, 6 de julio de 2020, disponible en: https://elpais.com/internacional/2020-07-06/el-ministro-de-defen-sa-de-maduro-advierte-a-los-opositores-de-que-nunca-podran-ejer-cer-el-poder-politico.html. Ello motivó, entre otras reacciones, la declaración de los exPresidentes latinoamericanos que conforman la *Iniciativa Democrática España y las Américas*, de fecha 8 de julio de 2020, titulada "*Declaración sobre la intervención dictatorial de la Fuerza Armada en los asuntos electorales de Venezuela,*" en la cual: "a) Expresan su alarma ante la muy grave manifestación del Alto Mando de la Fuerza Armada de Venezuela del pasado 5 de julio, por voz de su ministro de la Defensa, General Vladimir Padrino López, afirmando que los opositores "no serán poder político en Venezuela jamás en la vida, mientras exista una fuerza armada como la que hoy tenemos, antiimperialista, revolucionaria y bolivariana… nunca podrán ejercer el poder político en Venezuela, es bueno que lo entiendan." b) Urgen al Secretario General y al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, por ende, proceder según los términos de la Carta Democrática Interamericana y rechazar expresamente la antidemocrática manifestación de un cuerpo armado que ha de subordinarse a la autoridad del poder civil legítimamente constituido y tiene a su cargo la dirección del Plan República durante toda elección popular; y a las autoridades de la Unión Europea, a que condenen categóricamente la ficción electoral que se intenta llevar a cabo a fin de dejar sin sustento al último reducto de la experiencia democrática venezolana, su actual Asamblea Nacional, presidida por el diputado Juan Guaidó Márquez." 8 de julio de 2020. Disponible en: https://static1.squarespace.com/static/5526d0eee4b0404 80263ea62/t/5f06155cf1d20d407d25ef02/1594234204454/IDEA+2020+FFAA+VENEZUELA.pdf

[8] Véase: Voz de América, 14 de junio de 2020, disponible en: https://www.voanoticias.com/venezuela/parlamento-venezolano-no-reconoce-nuevo-consejo-electoral. Véase además en

Por su parte, por ejemplo, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en su sesión del 26 de junio de 2020 en la resolución CP/RES. 1156 (2291/20), resolvió "*desconocer la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte del Tribunal Supremo de Justicia;" reconociendo en cambio a la Asamblea Nacional como "la única institución democráticamente electa."

El Consejo Permanente, además, condenó "el continuo acoso ejercido por el régimen *ilegítimo* de Nicolás Maduro contra las funciones que las leyes venezolanas le otorgan a la Asamblea Nacional;" rechazando también "en los más enérgicos términos" y decidiendo *desconocer,* "la *ilegal designación* de las directivas de los partidos políticos Primero Justicia y Acción democrática."[9]

En el mismo sentido, como ya fue señalado anteriormente, el *Grupo de Lima*, con fecha 18 de junio de 2020 expresó que "*rechazan y desconocen la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral de Venezuela mediante una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia."[10]

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, "desconocer" no es otra cosa que "no conocer o no reconocer algo o a alguien," y eso es lo que precisamente se anuncia de entrada, que no se reconocerá nada de lo resuelto por la Sala Constitucional como parte de su "Circo," y específicamente que no se reconocerán las supuestas designaciones de los miembros del Consejo Nacional Electoral ni de las juntas directivas de los partidos políticos secuestrados, ni las decisiones que esas personas en tal carácter puedan adoptar.

Hay que recordar, que eso fue precisamente lo que ocurrió con respecto de la inconstitucional elección de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente en 2017, con la supuesta convocatoria que entonces hizo para una elección presidencial inconstitucional que se realizó en

---

Guillermo D Olmo, "Crisis política en Venezuela: las 4 decisiones del Tribunal Supremo que golpean a la oposición (y qué significan para la democracia en el país)," en BBC News Mundo, Caracas 17 junio 2020, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53085142

9 Véase : http://scm.oas.org/doc_public/spanish/hist_20/cp42611s03 .docx

10 Véase en *El País*, 18 de junio de 2020, disponible en: http:// www.elpais.cr/2020/06/16/grupo-de-lima-desconoce-designacion-de-consejo-electoral-venezolano/

mayo de 2018, y con dicha elección en la cual supuestamente Nicolás Maduro habría sido "reelecto;" cuyo desconocimiento en el ámbito nacional e internacional fue precisamente lo que desembocó en el proceso de transición hacia la democracia decretado y conducido por la Asamblea Nacional y por su Presidente, Juan Guaidó, a partir de enero de 2019,[11] siendo ésta la única institución cuya legitimidad democrática ha sido considerada tanto nacional como internacionalmente.[12]

Por todo lo anteriormente expuesto, es obvio que el desconocimiento generalizado, expresado de antemano, de lo que resulte del "circo electoral" inconstitucionalmente montado para realizar una supuesta "elección parlamentaria" el 6 de diciembre de 2020,[13] no puede conducir a otra cosa que no sea a la consideración de la misma –si se realizara en las actuales condiciones (septiembre 2020)– como ilegítima e inexistente. Por ello, el "Gobierno Interino" mediante Comunicado de fecha 1º de septiembre de 2020, hizo un "llamado público […] a no convalidar el fraude electoral de la dictadura" expresando que "la lucha es por la libertad y verdaderas elecciones justas, libres y verificables" […], y reafirmando "la decisión de no participar en el fraude y luchar por las condiciones electorales necesarias que fueron aprobadas por la Asamblea Nacional."[14]

---

[11] Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

[12] Véase en general José Ignacio Hernández, Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020.

[13] Véase el documento: Allan R. Brewer-Carías, "El "Circo Electoral." De cómo el Juez Constitucional en Venezuela asumió, como proyecto político propio, el rol de "empresario circense" y "maestro de ceremonias," montando un tinglado para la realización de una falsa e inconstitucional "elección parlamentaria" en diciembre de 2020, rechazada y desconocida por toda la institucionalidad democrática," Nueva York, 17 de julio de 2020. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/07/208.-Brewer-Car%C3%ADas.-El-Circo-Electoral.-Cr%C3%B3nica-TSJ-SC-sobre-nuevo-CNE-secuestro-partidos-y-elecc.-parlamentarias.7-2020-1.pdf/

[14] Véase "Comunicado del Gobierno Interino sobre las declaraciones del canciller de Turquía," Caracas 1 de septiembre de 2020. Disponible en:https://presidenciave.com/presidencia/comunicado-del-gobierno-interino-sobre-las-declaraciones-del-canciller-de-turquia/

Por ello, por ejemplo, el 1 de septiembre de 2020, el Gobierno de España insistió en que "la única vía para resolver la crisis en el país es la celebración de unas *elecciones democráticas*;"[15] el Canciller de Chile expresó ante los anuncios de "liberación de presos políticos en Venezuela [que] debe ser acompañada de otras medidas orientadas a *dotar de legitimidad al proceso electoral.* Hay que *asegurar voto libre, órgano electoral independiente y observación internacional*;"[16] todo lo cual el Secretario de Estado de Estados Unidos M. Pompeo ratificó el 3 de septiembre de 2020, al expresar que "la única solución en Venezuela *son elecciones libres y justas reales, no esta farsa política.*"[17] Éste último, además, explicó luego que:

> "No existen en Venezuela las condiciones para que pueda haber elecciones libres y justas, y la liberación de algunos presos políticos no cambia esa situación.
> No ha habido ninguna restitución para los partidos políticos cuyos líderes fueron destituidos, y sus nombres, símbolos y activos robados, incluidos partidos de izquierda que cuestionan el control que tiene el régimen sobre el legado político de Chávez. A muchos opositores del régimen todavía se les prohíbe postularse a cargos públicos y siguen estando privados de sus derechos políticos. El Consejo Nacional Electoral (CNE), que ha sido designado ilegalmente, sigue estando bajo el férreo control del régimen, un hecho que será crítico debido a que de esa institución dependen los complejos procesos de registro. No hay libertad de prensa. Tampoco hay libertad de expresión. Y no existe la libertad de reunión.
> Estas condiciones mínimas para poder recibir a una misión internacional de observación electoral creíble siguen estando ausentes.

[15] Véase Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y Cooperación, "El Gobierno de España valora "positivamente" los indultos del presidente venezolano pero insiste en la celebración de elecciones democráticas," en *Córdoba buenas noticias*, 1 septiembre de 2020. Disponible en https://www.cordobabn.com/articulo/internacional /gobierno-espana-califica-positiva-decision/20200901113303058 142. html

[16] Véase declaraciones del Ministerio de Asuntos Exteriores, en *La Tercera,* 1 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.la-tercera.com/politica/noticia/canciller-dice-que-indulto-a-presos-po-liticos-en-venezuela-debe-ser-acompanado-de-otras-medidas-para-garantizar-legitimidad-de-elecciones-legislativas/6RLNCLQSDBB YRN3UW3AL37WZ7A/

[17] Véase Michael Pompeo. Tweet. 3 septiembre 2020. Disponible en: https://twitter.com/SecPompeo/status/1301521240289615878.

> Exhortamos a todos los actores democráticos, en Venezuela y fuera del país, a seguir insistiendo sobre las condiciones necesarias e internacionalmente aceptadas para que haya elecciones libres y justas.
> Nosotros, y nuestros socios democráticos en Venezuela y la comunidad internacional, no contribuiremos a legitimar otro fraude electoral más perpetrado por el régimen de Maduro. Los ciudadanos venezolanos merecen nuestra solidaridad constante en su esfuerzo por restablecer la democracia en su país."[18]

En esas condiciones de ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias convocadas para el 6 de diciembre de 2020, las mismas solo pueden considerarse como un "simulacro" electoral propio de "los regímenes autoritarios,"[19] para el cual, en este caso, el gobierno no sólo diseñó "unas elecciones a su justa medida," sino también "una oposición a su medida."[20] Por ello es que en esas condiciones no se puede caer en el falso dilema de "votar o no votar," que a lo único que conduce, como lo expresó Luis Ugalde S.J., es a hacerle "el juego a la dictadura."[21]

Las condiciones mínimas para la realización de unas elecciones libres, confiables, inclusivas, verificables, transparentes mucho menos se pueden dar para diciembre de 2020, particularmente si se toma en cuenta el contenido del Informe sobre las *Conclusiones detalladas de*

---

[18] Véase Michael R. Pompeo "Acontecimientos recientes en Venezuela," 3 de septiembre de 2020, disponible en https://translations. state.gov/2020/09/03/acontecimientos-recientes-en-venezuela/? utm _medium=email&utm_source=govdeliveryD.

[19] Véase Ángel Álvarez, entrevista con Hugo Prieto: "La cultura del petroestado no va a cambiar de la noche a la mañana," en *Prodavinci* 5 de julio de 2020; disponible en: https:// prodavinci.com/ angel-alvarez-la-cultura-del-petroestado-no-va-a-cambiar-de-la-noche -a-la-manana/

[20] Véase Ángel Álvarez, entrevista con César Miguel Rondón, "En Venezuela hay cinco oposiciones con agendas incompatibles", en *América digital*, 6 de julio de 2020, disponible en: https://www. americadigital.com/columnistas/en-venezuela-hay-cin-co-oposicio-nes-con-agendas-incompatibles-afirmo-el-profesor-y-phd-en-cien-cias-politicas-angel-alvarez-85623

[21] Véase Luis Ugalde S.J., "Votar o no votar," en *América 2.1,* agosto 2020, disponible en: https://americanuestra.com/luis-ugalde-votar-o-no-votar/. Véase igualmente: Manuel Llorens, "El dilema electoral: una interpretación esquizofrénica," en *Prodavinci,* 7 de septiembre de 2020, disponible en: https://prodavinci.com/el-dilema-electoral-una-interpretacion-esquizofrenica/

la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la república Bolivariana de Venezuela, del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas hecho público el 16 de septiembre de 2020, en el cual, después de documentar en más de 400 páginas las violaciones a los derechos humanos ocurridos en Venezuela desde 2014, muchas de las cuales se han calificado como crímenes de lesa humanidad, en particular, en relación con el proceso político, se expresó no solo que en Venezuela, se aplicó

> "Una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno del Presidente Maduro, incluso dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a él, y a sus familiares y amigos que blanco de ataques por estar asociados con ellos" (par. 2088.a);

sino que la Misión:

> "tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Interior y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión" (par. 2013).[22]

De allí que la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, haya expresado, luego de conocer y apoyar este *Informe*, en Comunicado de 16 de septiembre de 2020, que "Es absurdo pensar que los criminales de lesa humanidad que reprimen y eliminan oposición y disidencia puedan organizar elecciones libres y justas;"[23] y al día siguiente, 17 de septiembre de 2020, los miembros del Grupo Internacional de Contacto para Venezuela, igualmente con motivo de la publicación del *Informe* de la Misión, "concluyeron que, por el momento, no se cumplen las condiciones para un proceso electoral transparente,

[22] Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https:// www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

[23] Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre Informe de la ONU sobre crímenes de lesa humanidad en Venezuela, 16 de septiembre de 2020; disponible en: https://www.oas.org/es/cen-tro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-096/20

inclusivo, libre y justo," debiendo "eliminarse todos los obstáculos a la participación política para que se lleve a cabo un proceso electoral significativo," lo que incluye, entre otras cosas:

> "…el respeto del mandato constitucional de la Asamblea Nacional elegida democráticamente, la devolución del control de los partidos políticos a sus administradores legítimos, el cese de la inhabilitación y el enjuiciamiento de los líderes políticos, el pleno restablecimiento de sus derechos y de otros candidatos a la igualdad política. participación, actualización integral del padrón electoral, incluyendo a votantes jóvenes y venezolanos en el exterior, y un CNE independiente y equilibrado, y participación igualitaria y acceso irrestricto a todos los medios." [24]

Por tanto, si dichas elecciones parlamentarias se llegaran a realizar en las condiciones actuales (septiembre 2020), el resultado solo sería una supuesta "elección" de diputados a la Asamblea Nacional la cual ha sido declarada de antemano como ilegítima por la Asamblea Nacional, con la consecuencia ineludible de que la misma (al igual que ocurrió con la supuesta elección de Nicolas Maduro en mayo de 2018), igualmente deberá ser considerada como "inexistente" por vicios en la manifestación de voluntad de los votantes y en el objeto de la misma, por estar regulados en "normas" y "reglamentos" dictados por un Consejo Nacional Electoral cuyos miembros fueron nombrado inconstitucionalmente, los cuales son violatorios de la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, y por ser una elección convocada por "orden" de un órgano que no tiene competencia para darla, como es la Sala Constitucional, lo que hizo mediante la sentencia No. 68 de 5 de junio de 2020 (Punto sexto de la decisión). [25]

Y esto no cambiará solo porque el gobierno de Maduro haya liberado algunos presos políticos y haya retirado las acusaciones contra

[24] Comunicado de 17 de septiembre de 2020; disponible en: Disponible en: https://evtvmiami.com/grupo-de-contacto-internacional-dice-que-no-hay-condiciones-para-elecciones-en-venezuela/

[25] En el punto Sexto de la "decisión" contenida en la sentencia la Sala Constitucional: "Se *ordena* al Consejo Nacional Electoral (CNE) convocar los comicios para elegir a los diputadas y diputados de la Asamblea Nacional, cuyo mandato expira el 4 de enero de 2021."

otros dirigentes perseguidos,[26] lo que no es más que una confesión de la arbitrariedad judicial de la comisión del delito de privación ilegítima de libertad por parte del Gobierno; como tampoco cambia porque algunos pocos disidentes de la oposición hayan decidido participar en las mismas, como fue anunciado el 3 de septiembre de 2020.[27] Estos hechos aislados no le dan a dichas elecciones las condiciones necesarias para ser democráticas, libres, justas, competitivas, verificables y transparentes conforme a los estándares democráticos nacionales e internacionales.[28]

---

[26] Véase el anuncio hecho por Jorge Rodríguez, en Florantonia Singer, "Nicolás Maduro otorga el indulto a más de 100 presos políticos y diputados perseguidos. La medida de gracia es parte de la negociación del Gobierno con un ala de la oposición de cara a la participación en las elecciones parlamentarias," en *El País*, September 1, 2020. Disponible en: https://elpais.com/internacio-nal/2020-08-31/nicolas-maduro-otorga-el-indulto-a-decenas-de-presos-politicos-y-diputados-perseguidos.html

[27] Véase el anuncio hecho por Henrique Capriles, en Florantonia Singer, "Capriles toma la iniciativa en la oposición y llama a participar en las elecciones parlamentarias en Venezuela," en *El País*, September 3, 2020. Disponible en: https://elpais.com/internacional /2020-09-03/el-lider-opositor-henrique-capriles-llama-a-participar-en-las-elecciones-parlamentarias-en-venezuela.html

[28] Esas condiciones electorales mínimas, por supuesto, será imposible que se puedan cumplir para el 6 de diciembre de 2020. Así lo resumió el Ex Magistrado Moisés Troconis Villarreal en su nota "El día 6 de diciembre no habrá fraude, la elección ya se realizó" del 18 de agosto de 2020, pues: "Ya Maduro eligió: 1- El árbitro judicial en la Sala Electoral. 2- El árbitro Judicial en la Sala Constitucional. 3- EL árbitro electoral. CNE. 4- El árbitro militar. 5- El árbitro paramilitar. 6- Eligió la Constitución a aplicar. 7- Eligió la ley electoral a usar. 8- El Hardware. 9- El Software. 10- La empresa que llevará a cabo el proceso. 11- El Sistema a aplicar. 12- La conectividad. 13- La plataforma de conexión. 14- Quienes pueden ser candidatos y quienes no. 15- Ya nombró las Autoridades de los partidos políticos. 16- Ya decidió que partidos NO pueden participar. 17- Que tarjetas pueden participar. 18- Ya decidió quienes serán diputados. 19- Que diputados tendrán inmunidad y cuáles no. 20- Cuales diputados podrán ser enjuiciados. *Ahí veinte (20) razones o argumentos*. Y de ñapa: 21- Ya está decidido cuántos serán los diputados a elegir. Pasando por encima de la Constitución. 22- El CNE, recién estrenado, ya decidió como se aplicará el Principio de representación proporcional. 23- El árbitro electoral electo por Maduro decidió cuántos diputados por Lista le corresponden a cada estado. 24- El CNE, decidió que ahora tendremos diputados por Listas a nivel nacional. 25- El TSJ podrá decidir cuales actas serán válidas y cuáles no. 26- El CNE decide a espaldas de los participantes en la contienda electoral, que REP se utilizará. 27- De la misma manera los cuadernos de votación serán elaborados bajo la absoluta conveniencia del régimen. 28- Este árbitro electoral hará las sumas parciales en cada estado. Sin testigos. 29- La sala electoral del CNE o bunker del PSUV es quien realizará el Cómputo final de votos. Sin presencia de las partes involucradas. 30- El árbitro electoral, a conveniencia del régimen, decidirá el 06Dic, la hora que se cerrarán las mesas electorales o los Centros de Vo-

En este caso, por tanto, como ocurrió con aquella supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018, el denominado "principio de la conservación de la voluntad electoral *presunta"*[29] tampoco se podría aplicar pues sería una elección ilegítima e inconstitucional. Por ello, los supuestos diputados que pudieran ser "electos" no podrían asumir legítimamente sus funciones para integrar la Asamblea Nacional que deberá funcionar a partir del 5 de enero de 2021, fecha en la cual, conforme a la Constitución, deberían cesar en sus cargos los diputados electos en diciembre de 2015, como fue previsto en el artículo 13 del Estatuto de Transición.

Dicho *Estatuto* establece el marco regulatorio general del proceso de recuperación de la democracia y del restablecimiento de la plena vigencia de la Constitución estableciendo en su artículo 6.4, que el mismo se sancionó para guiar:

> "las acciones de la Asamblea Nacional para la conformación de un Gobierno de unidad nacional *que supla la ausencia de Presidente electo hasta tanto se celebren elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible*."

En ese marco, unos meses después, el 17 de septiembre de 2019, la Asamblea Nacional emitió un "*Acuerdo para ratificar la ruta política propuesta por la Asamblea Nacional como salida a la crisis que vive el país, frente al bloqueo de las soluciones democráticas por parte del régimen usurpador de Nicolás Maduro Moros,*" en el cual entre otras decisiones se resolvió:

> "PRIMERO: Ratificar el Acuerdo aprobado por esta Asamblea Nacional el 15 de enero de 2019, en el que *se declara la usurpación*

---

tación. Y por último el régimen podrá cambiar, rectificar (parcial o totalmente) lo establecido hasta el presente. El día 06Dic no habrá fraude. *Ya el fraude se realizó*. Ya estas elecciones están hechas. Aquí una valoración al principio de dignidad: Ya basta de ofender la inteligencia. Ya basta de ofender la propia dignidad del pueblo venezolano. Lo del día 6 de diciembre es directamente una ofensa a la Voluntad de la soberanía popular." En *Somostuvoz*, 18 de agosto de 2020, disponible en: http://www.somostuvoz.net/ destacado/ya-maduro-eligio/

29 Al cual se refirió Claudia Nikken, en "Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional," en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en https://www.venezuelablog.org/reflexio-nes-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/

del Poder Ejecutivo Nacional por parte del régimen de Nicolás Maduro Moros y se establece la ruta para el restablecimiento del orden constitucional.

"TERCERO. *Ratificar la vigencia plena de todas las* atribuciones *de la Asamblea Nacional de Venezuela, el mandato de los diputados electos democráticamente, y la voluntad soberana del pueblo venezolano, así como el itinerario jurídico trazado por el Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para el Restablecimiento de la Constitución* de la República Bolivariana de Venezuela, dando respaldo político irrestricto al liderazgo de Juan Guaidó Márquez como Presidente de la Asamblea Nacional, y como Presidente (E) de la República Bolivariana de Venezuela, *hasta que se produzca el cese de la usurpación*."

Y con base en esas decisiones la propia Asamblea resolvió respaldar la única propuesta posible en materia electoral que es:

"la *convocatoria de un proceso electoral presidencial libre, justo y transparente, con observación internacional seria y la libre participación de todos los venezolanos, para lo cual se requiere de un nuevo Poder Electoral legítimo,* designado *por la Asamblea Nacional* en ejercicio de sus competencias constitucionales y el establecimiento de un Gobierno de Transición que conduzca al país a ese proceso." [30]

Nada de lo cual se ha podido cumplir, razón por la cual, el *Estatuto de Transición* puede decirse que no se agota en forma alguna por el hecho de que se realicen las ilegítimas e inconstitucionales elecciones parlamentarias convocadas para diciembre de 2020. Al contrario, independientemente de que se realicen dichas elecciones parlamentarias, el *Estatuto de Transición* necesariamente seguirá vigente, pues las circunstancias que lo originaron, es decir, la inexistencia de Presidente legítimo que en enero de 2019 hubiera podido haber tomado posesión del cargo de Presidente de la República para el período 2019-2025, y la situación declarada de usurpación por parte de Nicolás Maduro, persistirán.

[30] Véase en *Gaceta Legislativa*, No. 12, 19 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve//storage/do-cumentos/gaceta/gaceta_1570202248.pdf

Es decir, en las circunstancias actuales (septiembre 2020), la ilegitimidad y usurpación del régimen de facto de Maduro, como fue declarado en el *Estatuto de Transición*, continúan y evidentemente que no cesarán por el hecho de que se efectúen unas elecciones parlamentarias declaradas ilegítimas e inconstitucionales, y solo cesarán cuando cese la usurpación y se realicen elecciones presidenciales libres, transparentes y competitivas.

Como lo destacó Asdrúbal Aguiar:

> "Desde el último reducto de legitimidad formal que le resta al país, la Asamblea Nacional ya consultó al pueblo en 2017 y por dos veces ratificó legislativamente su mandato. Al efecto concertó luego un "estatuto constitucional provisorio": El Estatuto para la Transición, para volver a la Constitución desde la misma Constitución, una vez alcanzadas las condiciones para que los venezolanos podamos regresar a las urnas, ejercer nuestra soberanía, y darnos un destino cierto y de decencia.
> La tarea pendiente de realizar por la Asamblea y sus autoridades no tiene períodos constitucionales que se agoten, justamente, por haber sido desmantelada la Constitución y estar sometidas a la provisionalidad constitucional del Estatuto, que les fija un norte claro: Concertar y coaligar para interpretar las verdades de la nación y liberarla. Jamás para servir al sistema clientelar y de la mentira."[31]

Por tanto, mientras no cese la usurpación y se realicen elecciones democráticas, libres y confiables para *elegir legítimamente* un Presidente de la República para el período 2019-2025 y los diputados de la Asamblea Nacional para el período 2021-2026; a pesar de que esté previsto que los diputados electos en diciembre de 2015 cesan en sus funciones el 5 de enero de 2021, el régimen de transición tiene que seguir conforme a los artículos 233 y 333 de la Constitución pues el país no puede carecer de autoridades legítimas particularmente en sus relaciones internacionales.[32]

---

[31] Véase Asdrúbal Aguiar, "Llamado a los "políticos" de mi patria, Venezuela," en *Diario Las Américas,* 4 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.diariolasamericas.com/opinion/llama-do-los-politicos-mi-patria-venezuela-n4206295

[32] En este sentido, por ejemplo, el encargado de Negocios para la Oficina Externa de los Estados Unidos para Venezuela, James Story, según lo que expresa José Gregorio Meza en el

Por ello, al analizar esta problemática, en trabajo anterior de fecha 8 de agosto de 2020, expresé lo siguiente:

> "El desconocimiento generalizado expresado de antemano, de lo que resulte del "Circo Electoral" inconstitucionalmente montada para realizar una supuesta "elección parlamentaria" el 6 de diciembre de 2020, no puede conducir a otra cosa que no sea la consideración de la misma –si se realizara en las actuales condiciones– como ilegítima, razón por la cual, en enero de 2021, no habiendo diputados legítimamente electos que pudieran juramentarse como nuevos miembros de la Asamblea Nacional, se va a plantear el tema de si aquellos que conforman la actual Asamblea Nacional (que sí fueron legítimamente electos en 2015), por el principio de la continuidad en el ejercicio de las funciones en el derecho público que la Sala Constitucional aplicó a los órganos constitucionales en 2013, estarían obligados a seguir en el ejercicio de sus funciones, hasta que sean reemplazados por diputados electos legítimamente conforme a los principios democráticos." [33]

Y como era de esperarse, el tema efectivamente se ha planteado, habiendo sido discutido en el plano académico y político. Se destaca, por ejemplo, la opinión de los profesores Ricardo Combellas y Claudia Nikken quienes han argumentado, con razón, que no se podría plantear una extensión del período de los diputados a la Asamblea Nacional en tales circunstancias con base en el principio de la "continuidad administrativa," pues se trata de un principio concebido en el derecho

---

reportaje sobre la entrevista que le hizo, publicada el 3 de septiembre de 2020, expresó: "Estados Unidos solo reconoce al gobierno interino del presidente Juan Guaidó y los partidos democráticos […] Story recalcó que *esto será así hasta el cese de la usurpación*. "Nosotros vamos a seguir apoyando al presidente Guaidó y la comunidad internacional también." ***Dijo que el problema no es la Asamblea Nacional sino que Maduro usurpa un poder de forma ilegítima ya que las elecciones de mayo de 2018 fueron fraudulentas."*** Véase José Gregorio Meza, "Story: Estados Unidos reconocerá a Guaidó como presidente hasta el cese de la usurpación," *El Nacional*, 3 de septiembre de 2020. Disponible en:https://www.elnacional.com/ venezuela/james-story-estados-unidos-reconocera-a-guaido-como-presidente-hasta-el-cese-de-la-usurpacion/.

[33] Véase en el libro se Allan R. Brewer-Carías, Román J. Duque Corredor, Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 124, pp. 147-148.

administrativo y que solo se aplica a funcionarios administrativos, pero no a funcionarios electos.[34]

Por su parte, en cambio, los profesores que integran tanto la Cátedra de Derecho Constitucional como el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, y el Bloque Constitucional de Venezuela han argumentado sobre la procedencia de la extensión del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional en las circunstancias indicadas, con base en el principio de la continuidad institucional.

El *Bloque Constitucional de Venezuela, en efecto,* en Comunicado de 15 de septiembre de 2020 expresó lo siguiente:

> "Señalar que, en razón del debido principio de *necessitas* (necesidad política), fundamento del artículo 333 constitucional y del Estatuto que Rige la Transición a la Democracia, hasta tanto no se realice una elección parlamentaria libre, justa, y competitiva, basada en el principio de integridad electoral, la voluntad soberana depositada en los diputados incumbentes debe ser preservada, para evitar una disrupción constitucional parlamentaria y la liquidación de la República." [35]

Por último, los profesores de la C*átedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela,* en Comunicado de fecha 16 de julio de 2020, fueron más específicos en exigir a la directiva de la Asamblea Nacional:

> "que defina anticipadamente que el proceso que está dirigido a un simulacro de elección, el 6 de diciembre de 2020, no produce efecto

[34] En este caso, como no se trata de funcionarios electos, el principio de la "continuidad administrativa" al cual se han referido Ricardo Combellas y Claudia Nikken, concebido en el derecho administrativo, se aplicaría a los funcionarios administrativos designados por el Gobierno Interino. Véase Ricardo Combellas, "¿Continuidad administrativa?," en *El Nacional*, 27 de julio de 2020, disponible en: https://www.elnacional.com/opinion/continuidad-administrativa/; y Claudia Nikken, "Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional," en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en https://www.venezuelablog.org/reflexio-nes-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/

[35] El texto está disponible en: https://bloqueconstitucional.com/el-bloque-constitucional-de-venezuela-ante-la-espuria-convocatoria-a-elecciones-parlamentarias-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional//. (*El texto está en el Anexo XXIII de este libro*).

> alguno y que, en consecuencia, con base a los valores democráticos y a los principios constitucionales axiológicos de toda institucionalidad, la actual Asamblea Nacional continuará en el ejercicio de sus funciones constitucionales hasta tanto se produzca la restauración democrática y una elección que cumpla los parámetros que permitan su reconocimiento en todos los ámbitos, nacional e internacional."[36]

Y es que, en efecto, el tema solo puede ser definido por la Asamblea Nacional conforme al artículo 333 de la Constitución; y ello debería hacerlo en el marco del régimen de transición, por ejemplo, al "sentar las bases" y organizar el "Gobierno de Emergencia Nacional" anunciado en el "*Pacto Unitario por la Libertad y Elecciones Libres*" de fecha 7 de septiembre de 2020,[37] "cuyo objeto sea *dirigir la transición*, atender de manera urgente la crisis económica y *convocar a elecciones libres*.".

Para ello, la Asamblea Nacional, en ese mismo marco del artículo 333 de la Constitución, debe proceder a regular la actuación de dicho Gobierno de Emergencia Nacional, determinando cómo y en qué forma el *Estatuto de Transición* continuará aplicándose, así como, de ser el caso, sobre la continuidad institucional de la Asamblea Nacional electa

---

36 Véase Comunicado "Convocatoria elecciones parlamentarias 2020: Estado fallido y sus procesos forajidos," Disponible en: https://www.scribd.com/document/4738417 29/Pronunciamiento-Elecciones. Debe destararse sobre esta declaración que posteriormente el *Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* mediante Acuerdo de 18 de septiembre de 2020, precisó: "que ante un proceso electoral irrito y la consecuente ausencia de elecciones válidas, la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, con base en el principio de continuidad constitucional, debe permanecer en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se realicen las elecciones, cumpliendo con los extremos constitucionales y legales, para la escogencia de los nuevos diputados. Esta irrefutable consecuencia está respaldada por una interpretación sistemática de la Constitución que n deja lugar a dudas, así como por los precedentes constitucionales pacíficamente aceptados, a que se contraen los casos de extensión de los períodos de gobernadores, alcaldes, concejales y, muy especialmente, diputados a los Consejos legislativos Regionales, como consecuencia de la carencia de elecciones para dichos cargos por un tiempo prolongado, luego de la expiación de los períodos para los que fueron electos." *T*exto disponible en: https://twitter.com/dirderechoucv/status/1307318414332096512

37 Pacto firmado por 37 organizaciones políticas de la oposición. Véase "Partidos políticos y organizaciones sociales firmaron Pacto Unitario propuesto por Guaidó," en *El Nacional*, 9 septiembre 2020, disponible en: https://www.elnacional.com/venezuela /par-tidos-politicos-y-organizaciones-sociales-firmaron-pacto-unitario-propuesto-por-guaido/. Véase el texto en: https://www.elimpulso. com/2020/09/07/este-es-el-pacto-unitario-suscrito-por-las-fuerzas-democraticas-por-la-libertad-de-venezuela-7sep/

en diciembre de 2015 más allá del 5 de enero de 2021 hasta que cese la usurpación y se hagan elecciones legítimas, incluyendo regulaciones, si es el caso, sobre la figura de Presidente Encargado, en particular, respecto de las funciones asignadas en el mismo al "legítimo Presidente encargado de la República" (art. 14), que debería cumplir sometido a reglas mínimas de gobernanza y control, por parte de la Asamblea Nacional en su continuidad institucional o, por ejemplo, por la Comisión Delegada de la Asamblea Nacional que debe nombrase el 15 de diciembre de 2010.

La Asamblea Nacional también deberá regular, en particular, los efectos y proyección de la actuación del Gobierno de Emergencia Nacional en el exterior, específicamente a través de la actuación de los funcionarios administrativos que han sido designados por el Presidente Interino Juan Guaidó desde enero de 2019, y de la actuación de los miembros de las Juntas Directivas *Ad-Hoc* también designadas conforme al Estatuto de Transición para gerenciar los diversos entes descentralizados del Estado a los efectos de proteger sus activos en el exterior. No hay que olvidar que tanto el Gobierno Interino, como dichos funcionarios y las Juntas Directivas *Ad-Hoc* han sido reconocidos por muchos Estados extranjeros y Organizaciones Internacionales.[38]

En definitiva, corresponderá a la Asamblea Nacional, en el marco del citado artículo 333 de la Constitución, dictar las regulaciones que permitan continuar "el proceso de restablecimiento del orden constitucional y democrático" más allá del 5 de enero del 2021.

Nueva York, 17 de septiembre de 2020

[38] Como lo observó Claudia Nikken, ciertamente, en la práctica, muchas de las decisiones adoptadas por el gobierno de transición en el marco del *Estatuto de Transición*, "han sido y son decisiones de imposible ejecución *práctica* en Venezuela, a pesar de su legitimidad de todo orden. Solo tuvieron y tienen efectos en el exterior, porque así lo han decidido terceros Estados, en el entendido de que esas actuaciones se fundamentan en la Constitución y tienen legitimidad política porque cuentan con apoyo popular. Véase Claudia Nikken, "Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional," en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en https://www.venezuelablog.org/reflexiones-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN, DESDEMOCRATIZACIÓN Y DESLEGALIZACIÓN DESDE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

DR. RAFAEL BADELL MADRID.*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La inconstitucional conformación del órgano electoral (CNE). 2.1. Falseamiento de la omisión legislativa. 2.2 Falseamiento del desacato constitucional. 3. La inconstitucional regulación de las elecciones. 4. Desconstitucionalización de los principios constitucionales fundamentales. 5. Bibliografía.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

1. INTRODUCCIÓN

En cualquier sociedad libre, democrática y plural el llamado a elecciones es una de las manifestaciones más normales y naturales del ejercicio democrático; sin embargo, en Venezuela, el proceso electoral convocado para el pasado 6 de diciembre de 2020 para la elección de los diputados a la Asamblea Nacional es manifestación y prueba del proceso de desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización que ha ocurrido en el país desde 1999 y que ha tenido como fundamental colaborador y ejecutor a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Las elecciones parlamentarias de 2020 estuvieron contaminadas por vicios graves de inconstitucionalidad, por cuanto la Sala Constitucional inconstitucionalmente designó a los rectores del órgano electoral, en usurpación de las facultades propias de la Asamblea Nacional; además, mediante decisión cautelar de un amparo constitucional, la Sala Constitucional intervino los principales partidos políticos de oposición del país justo antes de la celebración de las elecciones; ordenó al Consejo Nacional Electoral reformar la ley que rige los procesos electorales y con ello, además de violar la prohibición de modificar la ley que regula los procesos electorales en el lapso comprendido entre el día de la elección y los seis meses inmediatamente anteriores a la misma, incurrió también en la deslegalización de materias propias de la reserva legal, como es la de elecciones, que sólo puede ser regulada y modificada por la Asamblea Nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a hacer referencia a cómo desde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha desconstitucionalizado, desdemocratizado y deslegalizado el Estado de

Derecho con la finalidad de sostener el régimen que oprime al pueblo de Venezuela y se hace, en consecuencia, cómplice del régimen, que ya sabemos y hemos denunciado, viola los derechos humanos (DDHH) a través de una política planificada y sistemática de la que tienen conocimiento altos funcionarios del gobierno.

La expresión "falseamiento de la Constitución" ha sido utilizada en derecho para definir el fenómeno por el cual se otorga a determinadas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen. Se trata de una modificación no formal -o cambio encubierto[1]- de la Constitución que se concreta con "*la simple transgresión de la misma*"[2].

El falseamiento de la Constitución es una de las formas de desconstitucionalización del Estado que la doctrina ha definido como el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la Constitución, y que puede ser realizada de forma expresa o tácita por los distintos operadores constitucionales, a través de "*prácticas o costumbres contra constitutionem, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional*"[3].

Además de la desconstitucionalización del Estado, la Sala Constitucional también se ha empeñado en la desdemocratización del Estado; es decir, en la labor de deteriorar, reducir y suprimir el contenido democrático del sistema político nacional. Muchas de las sentencias de la Sala Constitucional tienen la finalidad de distorsionar, alterar y en algunos casos hasta eliminar los rasgos básicos y fundamentales del Estado democrático, tales como, el principio de separación de poderes,

---

1 Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional* (trad. Carlos Ruiz del Castillo), Reus, Madrid, 2.ª ed., s/f, pp. 331-332. Cit. en Néstor Pedro Sagüés, "El concepto de desconstitucionalización", en *Revista de Derecho* número 2, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007.

2 Véase Pedro De Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Tecnos, Madrid, 1985, p. 291. Cit. en Gustavo Galvis Arenas y Mauricio Rodríguez Delgado "Fraude constitucional", en *Temas Socio-Jurídicos,* número 27, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia 2007. P. 137

3 Néstor Pedro Sagüés, "El concepto de desconstitucionalización", en *Revista de Derecho* número 2, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007. p. 195.

el principio de representatividad y participación política, el principio de alternabilidad democrática, entre otros.

Pero además, las sentencias de la Sala Constitucional han tenido como consecuencia la deslegalización del ordenamiento jurídico; esto es, la degradación de la regulación de materias que deben ser regidas mediante la ley -como norma soberana, superior a cualquier otra por ser dictada por el órgano con la mayor representación de la voluntad del pueblo- al ámbito sublegal del reglamento, de resoluciones y demás actos administrativos. Ciertamente, la Sala Constitucional se ha dedicado a delegar la regulación de materias que la Constitución ha confiado única y exclusivamente al legislador, a los órganos de la administración desprovistos de toda legitimidad democrática para dictar normas de carácter general y abstracto, desconociendo de esta forma la garantía de la reserva legal.

En la labor del falseamiento de la Constitución y de la consecuente desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización en Venezuela, ha sido cómplice la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, siendo que desde su instalación a final del mes de diciembre del 1999, pero de manera más evidente desde diciembre del 2016 cuando la Asamblea Nacional pasó a tener mayoría de la oposición, ha contribuido al desconocimiento de las disposiciones, principios y valores constitucionales a través de sentencias que permitieron, convalidaron o produjeron situaciones de completa anomalía institucional, tales como:

- la obstaculización de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional (mediante el uso desviado de la figura del desacato declarado con la sola finalidad de impedir el funcionamiento de la institución parlamentaria).
- el consentimiento para la convocatoria y posterior instalación de una Asamblea Nacional Constituyente (convocada unilateralmente por el Presidente y no por el pueblo como exigen los artículos 5 y 347 de la Constitución) que se ha desempeñado desde el año 2017 como legislador paralelo usurpando las potestades legislativas de la Asamblea Nacional.
- la aprobación de los estados de excepción inconstitucionalmente decretados por el Presidente de la República sin la autorización de la Asamblea Nacional, y sus prórrogas no aprobadas

por la Asamblea como exige la Constitución, y reeditados de forma continua para eludir el límite temporal previsto en la Constitución.

- la usurpación de funciones de la Asamblea Nacional (al modificar normas legales a través de la jurisdicción normativa, designar titulares de los órganos constitucionales, aprobar la ley del presupuesto y juramentar inconstitucionalmente al Presidente de la República, entre otros actos).
- la inconstitucional delegación de las funciones del órgano legislativo a otros órganos constitucionales.
- la violación de la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional, entre otras[4].

En todo esto radica la labor de desdibujar y falsear la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho. La Sala Constitucional ha querido hacer creer que es lo mismo una ley dictada por la Asamblea Nacional que unas normas dictadas por ella misma o en virtud de delegación por ella efectuada en el CNE. La Sala Constitucional ha querido que pensemos que es lo mismo el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral efectuado por la Asamblea Nacional por mandato de la Constitución con la mayoría de las dos terceras partes (2/3) de sus miembros mediante un procedimiento y con deliberación, que el nombramiento hecho por ella, en total violación a la Constitución.

La Sala Constitucional falsea las instituciones democráticas y nos quiere hacer pensar que es lo mismo decidir un caso sin sustanciarlo,

[4] En ese sentido téngase en cuenta el informe de fecha 15 de septiembre de 2020 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), sobre Venezuela, según el cual: "*154. El Tribunal Supremo ha dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado. En particular, la Sala Constitucional tiene amplias facultades para anular las decisiones de todos los demás poderes del Estado" y que "Desde enero de 2016 hasta la fecha, el Tribunal Supremo de Justicia ha anulado de manera consistente las decisiones de la Asamblea Nacional dirigida por la oposición 355. Como se ha señalado anteriormente, en 2017 también ha asumido, de manera notoria, funciones legislativas (Sentencia Nº 156) y ha levantado la inmunidad parlamentaria de todos los diputados de la oposición (Sentencia Nº 155), decisiones que posteriormente revocó a raíz de las protestas públicas"*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

que cumpliendo el proceso establecido respetando el derecho a la defensa; que es lo mismo una sentencia cautelar que una sentencia definitiva; que es válido, en definitiva, un proceso electoral sin ninguna garantía democrática. Esto es lo que denominamos "la plasticidad de la norma", no importa su jerarquía, la Sala Constitucional las adapta como un muñeco de cera a los intereses políticos.

Las sentencias 68, 69, 70, 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional relativas a las elecciones parlamentarias de diciembre 2020 y a las que ya nos hemos referido en oportunidades anteriores[5], forman parte de ese propósito de la Sala Constitucional de falsear las instituciones democráticas y disminuir su esencia o importancia con el fin de desdemocratizar y deslegalizar el Estado.

Ciertamente, a través de las referidas sentencias de la Sala Constitucional:

1) Se violan el principio de separación de poderes y el principio de legalidad consagrados en los artículos 136 y 137 de la Constitución, respectivamente, por cuanto:
   - Se anulan las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional, a través de la inconstitucional declaratoria del desacato;
   - Se usurpan las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional de designar los rectores del CNE y demás integrantes de los órganos subalternos del CNE, en violación del artículo 296 de la Constitución, y en consecuencia violando el derecho democrático de participación en los asuntos políticos consagrado en los artículos 5, 6, 62, 70, 295 y 296 de la Constitución y artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana; y

[5] Véase Rafael Badell Madrid, "Algunas consideraciones sobre las inconstitucionales sentencias 68, 69 y 70 de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral" y "Consideraciones sobre las sentencias 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular". En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020. pp. 161-202 y 203-224, respectivamente.

- Se usurpan las potestades legislativas de la Asamblea Nacional en la regulación de la materia electoral, en violación de los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución.

2) Se violan los límites y alcance del control difuso de la constitucionalidad consagrado en el artículo 334 de la Constitución.
3) Se viola la naturaleza y alcance del recurso de omisión legislativa establecida en el artículo 336.7 de la Constitución.

Tengamos en cuenta el informe presentado el 15 de septiembre de 2020 por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) con relación a la situación de Derechos Humanos en Venezuela, en el cual se señaló no sólo la falta de independencia del poder judicial, especialmente del Tribunal Supremo de Justicia, inconstitucionalmente conformado por jueces que no cumplen con los requisitos constitucionalmente exigidos y que fueron designados incumpliendo el procedimiento constitucional y legalmente establecido para ello, sino que además señaló entre sus conclusiones sobre el Tribunal Supremo de Justicia que:

> *"155. En tres sentencias dictadas entre junio y julio de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo suspendió las juntas de los partidos políticos de oposición Acción Democrática357, Primero Justicia358 y Voluntad Popular359, sustituyéndolas por juntas ad hoc cuyos miembros fueron seleccionados por el Tribunal Supremo en las mismas sentencias360. El 13 de junio de 2020, el Tribunal Supremo nombró nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral361, a pesar de que, según la Constitución de 1999, esta es una facultad reservada a la Asamblea Nacional."*

2 LA INCONSTITUCIONAL CONFORMACIÓN DEL ÓRGANO ELECTORAL (CNE)

2.1. Falseamiento de la omisión legislativa

En primer lugar, debemos referirnos a la sentencia número 70 del 12 de junio de 2020, mediante la cual la Sala Constitucional declaró "*Que el desacato de la Asamblea Nacional se mantiene de forma ininterrumpida*" y procedió a designar a los integrantes del CNE, en exceso de sus facultades de decisión de un recurso por omisión legislativa.

Esta sentencia es un ejemplo notable de la desconstitucionalización realizada por la Sala Constitucional respecto de las normas que rigen la conformación de los órganos constitucionales, y constituye, lamentablemente, una práctica reiterada de los jueces constitucionales en Venezuela.

En efecto, al igual que lo hizo en sentencias del 13 de diciembre de 2016, en la del 26 de diciembre de 2014 y antes en los años 2005 y 2003, la Sala Constitucional reitera su conducta de excederse en la facultad constitucional establecida en el artículo 336.7 de la Constitución, el cual sólo le atribuye la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección, y en esta oportunidad en tal exceso nombró a los rectores del CNE.

Conforme a la norma constitucional, la Sala Constitucional, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, tiene la competencia para "*Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*" (artículo 336.7 de la Constitución).

Se desprende de la referida norma que el juez constitucional está limitado en la decisión del recurso de omisión constitucional a, de una parte, declarar si existe o no la llamada omisión, es decir, el incumplimiento por inacción de una norma constitucional que ordena al órgano legislativo (nacional, estadal o municipal) realizar determinada actuación; y de otra parte, en el supuesto de declarar la omisión, establecer un plazo determinado para que el órgano que incurrió en omisión inconstitucional realice la actuación omitida y, de ser necesario, determinar los lineamientos para corregir dicha omisión.

No puede la Sala Constitucional dictar las normas omitidas ni otros actos parlamentarios sin forma de ley. No es propio de un Estado Democrático de Derecho que un cuerpo distinto al parlamento que es el representante de la voluntad general, sea el que dicte las leyes, "*es la esencia de la soberanía popular*".

En efecto, para decidir el recurso por omisión legislativa el juez constitucional tiene la obligación no sólo de hacer eficaz el precepto constitucional que ha exhortado el desarrollo legislativo que se omite, sino también de reparar la inconstitucional omisión, sin violar el principio de división de poderes o la libertad del legislador.

La Constitución no permite a la Sala Constitucional designar altos funcionarios públicos cuyo nombramiento está atribuido exclusivamente a la Asamblea Nacional. En efecto, el artículo 336.7 de la Constitución, como hemos señalado anteriormente, sólo atribuye a la Sala Constitucional la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección. En ningún supuesto se admite que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lleve a cabo las funciones propias del órgano parlamentario (estadal, municipal o nacional) de cuya omisión esté conociendo o declarando.

Ahora bien, la Sala Constitucional procede a "falsear" la norma constitucional relativa a la omisión legislativa cuando asume la competencia de designar a los funcionarios del CNE, desconociendo a su vez las normas constitucionales que establecen expresamente que es el órgano parlamentario el encargado de designar los rectores del CNE (artículos 295 y 296 de la Constitución).

De otra parte, para decretar la omisión legislativa hay que cumplir un procedimiento establecido en los artículos 128 al 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es lo que denomina el debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución. Ese procedimiento tampoco lo cumplió la Sala Constitucional y optó por decidir el asunto de pleno derecho. La Sala Constitucional violó el alcance y la naturaleza del recurso por omisión legislativa establecido en la Constitución, es decir, todo lo que está a su paso es acomodado como una plastilina para eliminar las potestades de la Asamblea Nacional y convocar a unas elecciones que son totalmente inconstitucionales.

2.2. Falseamiento del desacato constitucional

La Sala Constitucional reitera una vez más su inconstitucional criterio de que la Asamblea Nacional incurre en la figura del desacato. La Sala Constitucional ha creado una categoría especial de sanciones

por los denominados delitos constitucionales y con eso ha impedido el ejercicio de las funciones del órgano legislativo, nada menos que el que representa la soberanía popular y el que tiene la sagrada función de legislar y controlar el ejercicio de la función administrativa.

El desacato a las sentencias de amparo constitucional está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como una potestad sancionatoria que ejerce el juez penal ante el incumplimiento de los fallos judiciales y en el caso de las decisiones de amparo constitucional el mismo se halla establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales[6], y tiene por castigo pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses. El desacato consiste de esta forma en un ilícito penal que debe ser investigado por el Ministerio Público y sustanciado y decidido por los tribunales con competencia penal. Además, la pena de este delito, consistente en prisión, es personalísima, lo que implica la imposibilidad de que sea imputada y ejecutada contra todo un órgano del poder público como es la Asamblea Nacional.

Los jueces constitucionales en la decisión de amparo constitucional no están facultados para ejercer potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo sólo a procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

Este había sido el criterio de la propia Sala Constitucional, quien mediante sentencia número 74 del 24 de enero de 2002, citando una decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, había establecido que:

> *"...Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga "le compete al Tribunal Penal, en el*

[6] Gaceta Oficial número 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)" (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas).

Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: "al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 ejusdem, el Tribunal que actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento."

En aplicación de la jurisprudencia precedente y por cuanto en el escrito contentivo de la solicitud que dio origen al recurso de apelación la solicitante imputó la comisión de un hecho punible de acción pública como lo es el <<desacato>> , previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala se declara incompetente para conocer del mismo, y ordena remitir copia certificada del mencionado escrito a la Fiscalía General de la República a los fines de que se inicie la investigación correspondiente..."

Ahora bien, la Sala Constitucional ha transformado sobrevenidamente el desacato y lo ha convertido en un "ilícito judicial constitucional" no contemplado en el ordenamiento jurídico. En verdad la Sala Constitucional, socorrida en el uso de la expresión "desacato" ha creado una categoría especial de sanción contra la Asamblea Nacional, totalmente inconstitucional, indeterminada, indefinida e ilimitada en el tiempo. Se trata de una aberración jurídica, error grave inexcusable, que ocasiona la paralización del órgano que representa la soberanía popular y que tiene la función de legislar y controlar el ejercicio de la actividad administrativa.

Reiteramos, el desacato como delito constitucional no existe en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que es la Ley a que se refiere o la que consagra este tipo penal, un tipo penal que debe ser investigado por el Ministerio Público, sustanciado y decidido por los tribunales, la Sala Constitucional ahora sin sustanciación lo decide y el carácter personal que se predica de ese principio y sólo podría ser aplicado contra personas, y, en consecuencia, aplicada la pena de prisión que es personalísima, lo lleva, objetivado, permanente,

indeterminado en el tiempo que le aplica a la Asamblea Nacional para impedir sus funciones.

La Sala Constitucional actuando como militante político, y por vías totalmente ajenas a la aplicación y respeto del ordenamiento jurídico del Estado, ha impedido de forma continuada, la función de la Asamblea Nacional, justo desde el momento en que este órgano del poder público, representante de la voluntad popular, fue electo en el año 2015 reflejando una mayoría opositora al régimen.

Mi mayor interés es resaltar cómo utiliza la Sala Constitucional, este argumento para impedir que se ejerzan las funciones de la Asamblea Nacional, y luego escoger a los integrantes del CNE, como si esto fuera asunto de segunda importancia.

3. LA INCONSTITUCIONAL REGULACIÓN DE LAS ELECCIONES

La Sala Constitucional también usurpa la potestad legislativa y disminuye la importancia de la reserva legal en materia electoral, al delegar inconstitucionalmente en los cinco rectores del CNE la regulación de la materia electoral que de conformidad con los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución es de la reserva legal, es decir, que sólo puede ser regulada por el órgano parlamentario como el máximo representante de la voluntad popular y a través del procedimiento constitucionalmente establecido para la formación de ley.

Pero la Sala Constitucional en su plasticidad en el uso de la norma constitucional no sólo usurpa las potestades legislativas en materia de regulación electoral y se las delega al CNE, sino que ello lo hace violando también los límites del control difuso de la constitucionalidad que sólo conlleva a un desaplicación al caso concreto, y en lugar de ello con tal decisión, que se hizo en efecto en un juicio que se inició por el control difuso, termina anulando con efectos generales *erga omnes* y definitivos diversas normas legales.

En efecto, mediante sentencia número 68 del 05 de junio de 2020, la Sala Constitucional "*ejerciendo el control difuso de constitucional*[idad] *con carácter vinculante*" desaplicó los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos

Electorales (relativos a la elección de representantes indígenas), por considerar que no se correspondían con los principios de la personalización del sufragio y la representación proporcional, consagrados en los artículos 63 y 186 de la Constitución. Además, la Sala Constitucional habilitó al CNE "*a fin de que, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional, ante la laguna generada como consecuencia de la desaplicación con efectos erga omnes de la normativa antes señalada, proceda a llenar el vacío normativo, de conformidad con los lineamientos señalados en el presente fallo*.".

Esta pretendida delegación normativa es totalmente inconstitucional por cuanto no tiene competencia la Sala para anular normas usando el mecanismo del control difuso y en todo caso, insistimos, la Asamblea Nacional es el único órgano legitimado para dictar leyes en materia de elecciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución, por lo que no podría el CNE invadir esta potestad propia del Poder Legislativo.

La regulación en materia de elecciones forma parte de la "reserva legal del Poder Nacional", lo que significa que sólo mediante ley formal, como acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, puede legislarse sobre esta materia (artículo 202 de la Constitución). La reserva legal es una garantía constitucional que se incluye como presupuesto fundamental para la regulación de ciertas materias -como la de elecciones-, desde que es sólo el órgano legislativo nacional, en este caso, quien puede regular la materia, mediante el cumplimiento del procedimiento de elaboración de leyes especialmente establecido en la Constitución.

Este procedimiento especial para la elaboración o formación de leyes está establecido en la Sección Cuarta: De la formación de las Leyes, del Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Del Título V de la Organización del Poder Público Nacional, de la Constitución, y comprende los artículos 202 al 218, que determinan las formalidades que debe cumplir el órgano legislativo para que las regulaciones legales estén investidas de legitimidad constitucional y democrática.

La validez formal de la regulación de las elecciones está condicionada a su aprobación por medio de una ley formal y materialmente

sancionada por el Poder Legislativo Nacional, por intermedio del procedimiento predeterminado en la Constitución (garantía procedimental), que permite el más amplio consenso y la participación de las minorías, perfeccionando el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia. A la vez implica la prohibición o rechazo total de la imposición de procedimientos mediante disposiciones de carácter sublegal, como lo sería un acto administrativo o una sentencia.

Ahora bien, en Venezuela hay una política de Estado dirigida a disminuir la importancia de la ley; hay desprecio a la ley y al principio de la reserva legal, que es la garantía constitucional que permite a los administrados tener la certeza de que sólo el órgano legislativo va a regular las materias referidas a los derechos y libertades, y las materias referidas a la organización del Poder Público.

Esta sentencia, en palabras de Loewenstein, "desvaloriza" los preceptos constitucionales relativos a la reserva legal y la legitimidad democrática de la ley, en el sentido de que la Sala Constitucional falta conscientemente en la observancia de las normas relativas a la regulación legal de las materias relativas a las elecciones. Se trata del desconocimiento deliberado de una norma constitucional de tipo esencial -tal como la reserva legal en la regulación de la materia electoral-por la Sala Constitucional[7].

Pero además, esta decisión de la Sala Constitucional tiene como consecuencia la deslegalización, es decir, la degradación de la regulación de la materia electoral que debe ser regida mediante la ley como norma soberana, superior a cualquier otra por ser dictada por el órgano con la mayor representación de la voluntad del pueblo, al ámbito sublegal del reglamento, de resoluciones y demás actos administrativos.

Así pues, con motivo de la referida sentencia número 68, los integrantes del CNE inconstitucionalmente designados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 30 de junio de 2020, dictaron la Resolución número 200630-0024 que contiene el "*Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020*", el cual tiene por objeto "*regular*

[7] Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2ª. ed., 1976, p. 222 ss. Cit. en Néstor Pedro Sagüés, ob. cit. p. 189.

la elección de las y los integrantes de la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas en ejercicio del derecho a la participación política, de conformidad con sus costumbres y prácticas ancestrales y lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley", de conformidad con el artículo 1 de dicho Reglamento. Este Reglamento, como hemos señalado en otra oportunidad[8] es completamente inconstitucional por cuanto:

i. Fue dictado por un órgano inconstitucional e ilegalmente conformado (artículo 296 de la Constitución).
ii. Usurpa las potestades legislativas de la Asamblea Nacional (artículos 156.32, 186 y 187.1 de la Constitución).
iii. Viola el plazo constitucional para la modificación de la legislación electoral (artículo 298 de la Constitución).
iv. Viola el principio de votación directa y secreta (artículos 23.b de la Convención Americana de Derechos Humanos, 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 63 y 186 de la Constitución).
v. Viola el derecho a la postulación por iniciativa propia y a través de partidos políticos, y el derecho de participación política (artículos 23.a de la Convención Americana de Derechos Humanos 62 y 67 de la Constitución).
vi. Viola la reserva legal en materia de elecciones por la imposición de condiciones de elegibilidad no establecidas en la Constitución ni en la ley (artículos 186 y 188 de la Constitución).
vii. Viola el principio de igualdad (artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 21 de la Constitución).

Reiteramos: el Poder Público no puede ser organizado, sino a través de leyes dictadas por la Asamblea Nacional.

La Sala Constitucional es totalmente irreverente frente al límite de la norma constitucional y legal, no respeta las normas ni las

[8] Rafael Badell Madrid, "Consideraciones sobre la inconvencionalidad e inconstitucionalidad de la eliminación del voto directo y secreto en el Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020". En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020. Pp. 225-256

instituciones, sin el más mínimo pudor modifica y desnaturaliza todo aquello que le impide tomar una decisión políticamente conveniente al régimen al que sirve para dar apariencia de legalidad de todos sus excesos y arbitrariedades. Así, lo que se le presente a su paso lo modifica, no obstante que el artículo 334 de la Constitución expresamente establece que el control difuso de la constitucionalidad tiene unas características particulares y sólo se refieren a una aplicación preferente de la norma constitucional sobre aquella ley que la contradice en el caso concreto y no produce su anulación mediante ese recurso de control difuso, sin embargo el juez constitucional así lo hace en este caso con efectos generales, con efectos *erga omnes* y luego cede la competencia que es del parlamento para dictarlas al CNE.

Esta tesis de la plasticidad de las disposiciones constitucionales dirigidas a falsear el Estado de Derecho se aplicó también de manera descarada a través de las sentencias de la Sala Constitucional números 71, 72 y 77, de fechas 15, 16 de junio y 7 de julio de 2020, respectivamente, por medio de las cuales se decidió, mediante la distorsión de las medidas cautelares en el marco de la acción de amparo constitucional, intervenir los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular. Esas sentencias violaron el derecho constitucional de asociación con fines políticos y el derecho a la participación política, y, en consecuencia, violaron los principios y valores democráticos de libertad y el pluralismo político establecidos en los artículos 2, 5, 6, 62, 64, 67 y 70 de la Constitución y 1, 3 y 6 de la Carta Democrática Interamericana.

De manera que el proceso electoral fue inconstitucional por haber sido convocado por un órgano conformado de manera inconstitucional, regulado por normas inconstitucionales y con los principales partidos políticos intervenidos de forma inconstitucional.

4. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES

La desconstitucionalización también ha ocurrido en Venezuela por el desconocimiento de la Sala Constitucional de los principios y valores fundamentales del Estado de Derecho -los principios políticos liberales

del constitucionalismo,[9] tales como, el principio de separación de poderes, el principio de legalidad, y el principio democrático.

4.1 Desconstitucionalización del principio de separación de poderes

El principio de separación de poderes en el Estado Constitucional de Derecho no consiste sólo en la repartición de las funciones, ni es sólo una manera de separación orgánica de quienes están llamados a cumplirlas, es, en verdad, la base fundamental de la interdicción de la arbitrariedad y la garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre. Por eso consideramos que hoy ese principio no es una modalidad de la organización del ejercicio del poder público, sino un derecho fundamental de los individuos, en la consideración de que sin separación de poderes no habría garantía del respeto de los derechos y libertades.

El principio de separación orgánica de los poderes -en el sentido de interdicción de la acumulación de poderes en un solo órgano- es presupuesto para el mantenimiento del Estado de Derecho y de la democracia efectiva. Su fin último es evitar la concentración de poder y el absolutismo, en tanto elementos perturbadores de las libertades y derechos del ciudadano[10]. No se entiende el Estado de Derecho sin que esté contemplada en la Constitución la división del poder, unida al principio de legalidad y responsabilidad del Estado como presupuestos de la actuación estadal[11]. A la ruptura del principio de separación de poderes le sigue la crisis del Estado de Derecho y eso es, precisamente, lo que ha ocurrido en Venezuela desde 1999.

Las sentencias de la Sala Constitucional violaron el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 136 de la Constitución, en primer lugar, con motivo de la anulación de las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional a través de la incorrecta y desviada interpretación y aplicación de la ya mencionada figura del "desacato".

---

9 Véase Néstor Pedro Sagüés, ob. cit. p. 184.

10 Rafael Badell Madrid, "Crisis del Principio de la Separación de los Poderes en Venezuela", Conferencia dictada en la Universidad de San Pablo-CEU de Madrid, en los V Cursos de Enero. España-Madrid 2003. Disponible en: http://badellgrau.com/?pag=11

11 Javier García Roca, "Del principio de la división de poderes", en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época,* número 108. Abril-Junio 2000. Madrid, 2000. p. 42

Como sabemos, el principio de separación de poderes supone no sólo la actuación judicial independiente y autónoma del juez constitucional, sino también es límite de la decisión fundada, basada en derecho y sin invadir y mucho menos anular las competencias propias de otro órgano del poder público, ni siquiera aquél sujeto al control de la constitucionalidad de sus actos, todo ello en resguardo del Estado de Derecho.

La Sala Constitucional, a través de las sentencias decidió reiterar el erróneo criterio según el cual la Asamblea Nacional continúa en desacato sin explicar en qué se fundamenta esa figura del "desacato" creada por la propia Sala, y declarar que la Asamblea Nacional no podía, en vista de ese supuesto desacato, ejercer sus competencias constitucionales y designar a los integrantes del CNE. De manera que el supuesto desacato se sanciona de forma irregular con la eliminación del parlamento como institución al por concluir esta vía que queda este impedido de ejercer todas y cada una de sus competencias constitucionales de forma indefinida, en grave violación del principio de separación de poderes.

Pero también la Sala Constitucional, precisamente con la excusa de la declaratoria de dicho desacato, viola el principio de separación de poderes y los postulados que garantizan la democracia, al usurpar las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional de designar a los rectores del CNE, y a los demás integrantes de los órganos subalternos del CNE.

4.2. Desconstitucionalización del principio de legalidad

El principio de legalidad está consagrado en el artículo 137 de la Constitución y se manifiesta en el sentido de que la autoridad sólo puede actuar de acuerdo con la autorización que la ley le otorgue, y que las libertades individuales sólo pueden ser restringidas por disposición expresa de la ley. Lo anterior se basa en los principios conforme a los cuales los individuos pueden hacer todo lo que no les esté prohibido, mientras que la autoridad sólo podrá hacer lo que le esté permitido. Por tanto, todos los actos emanados de los diferentes órganos del Estado están subordinados a las disposiciones contenidas en la Constitución y en las leyes. Este principio constituye la base esencial del Estado de Derecho.

A través de las sentencias, la Sala Constitucional transgredió el ejercicio de las competencias que la Constitución y la ley le otorgan, establecidas en los artículos 336 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de modo que violó el principio de legalidad establecido en el artículo 137 de la Constitución, al ejercer potestades no otorgadas por la Constitución y la ley, como la anulación, de forma indefinida, de todas las facultades constitucionales del parlamento.

Así también la Sala Constitucional violó el principio de legalidad al delegar en el CNE la regulación de materias del Poder Público Nacional sobre las cuales única y exclusivamente puede normar la Asamblea Nacional mediante ley formal. De igual forma, el principio de legalidad fue transgredido por el CNE al dictar el "Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020", el cual tiene por objeto "*regular la elección de las y los integrantes de la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas en ejercicio del derecho a la participación política, de conformidad con sus costumbres y prácticas ancestrales y lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley*", en exceso de sus facultades reglamentarias y usurpando las potestades legislativas de la Asamblea Nacional, establecidas en los artículos 156.32, 186 y 187.1 de la Constitución.

4.3. Desconstitucionalización del principio democrático y desdemocratización del Estado

El Estado venezolano, tal como lo dispone el artículo 2 de la Constitución, es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. La democracia es un principio jurídico fundamental inherente a la esencia misma del Estado Constitucional. Para que exista legitimidad democrática del poder, debe tutelarse y garantizarse la participación efectiva de los ciudadanos y agrupaciones en la actividad política.

En este sentido el artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana establece que: "*El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la*

participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.".

En efecto, la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, además de ser un derecho es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia (véase artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana).

Hay que hacer énfasis en que "*Cuanto mayor sea el nivel de participación de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales de un país, más democrático es un sistema*", de modo que los sistemas democráticos se sustentan en la existencia de mecanismos que verdaderamente garanticen la participación ciudadana[12].

Lo cierto entonces es que "*Sin participación ciudadana, la democracia pierde su razón de ser, representatividad y legitimidad, es por ello que el ejercicio de la ciudadanía y la participación política continúan, hoy día, siendo imperativos de cualquier orden político*"[13].

Pero además de la participación ciudadana, la democracia exige, entre otros factores: gobernantes electos, elecciones libres y frecuentes, libertad de expresión, existencia de fuentes alternativas de información, autonomía asociativa, etc.

Recordemos que la democracia es un "proceso dinámico que siempre corre el riesgo de retroceder; esto es, de desdemocratizarse"[14]. La desdemocratización supone entonces la dinámica opuesta a la democratización, es decir, un proceso que deteriora constantemente la naturaleza democrática de las instituciones del estado

Como hemos adelantado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha constituido un factor clave en este proceso de desdemocratización del país. Ciertamente, la Sala Constitucional desdemocratizó el país cuando obstruyó reiteradamente el ejercicio de las

---

[12] Héctor Fernández Masís, "El proceso electoral", en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. P.17. Disponible en: http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf 37

[13] Ibid.

[14] Véase José María Infante, "Reseña de «DEMOCRACY» de TILLY, CHARLES", en *Trayectorias,* vol. X, núm. 27, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, México, 2008. pp. 123-124. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/607/60712752014.pdf

funciones propias de la Asamblea Nacional, máximo representante democrático de la voluntad popular, a través de la inconstitucional declaratoria de desacato. Además, violó los principios básicos democráticos al consentir la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente unilateralmente convocada por el presidente de la República sin ningún tipo de consulta popular, y por ende, sin participación de la soberanía popular y que en lugar de tener por fin la redacción de un nevo texto constitucional, como establece la Constitución como competencia única para este tipo de órgano, lo que se pretendía y a lo que se dedicó fue a dictar leyes denominadas inconstitucionalmente "leyes constitucionales" (categoría inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano) y a usurpar las funciones del parlamento, todo con la anuencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Constitucional desdemocratiza el Estado también cuando usurpa las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional al modificar normas legales a través de la jurisdicción normativa, al designar titulares de los órganos constitucionales, al aprobar la ley del presupuesto y juramentar inconstitucionalmente al Presidente de la República, entre otros actos. También desdemocratiza el Estado cuando censura los medios de comunicación (radios, televisoras, diarios). Desdemocratiza el Estado cuando interviene los principales partidos políticos del país, entre otras muchas inconstitucionales actuaciones.

La elección de los integrantes de los órganos que ejercen el poder público, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, CNE, Tribunal Supremo de Justicia, son actos de especial importancia para el correcto desenvolvimiento del derecho a vivir en democracia, consiste en designaciones de funcionarios que si bien no son elegidos a través de la elección popular, como es el caso de los diputados a la Asamblea Nacional, Presidente, Gobernadores y Alcaldes, deben ser designados por el órgano legislativo y solo por éste, que es el único que representa la voluntad popular.

Ha de cumplirse un procedimiento constitucional especial, unas mayorías especiales, y, el cumplimiento de un procedimiento que está en la propia Constitución, la justificación de estas elecciones en la doctrina conocida como elección de segundo grado, se encuentra en que el

órgano legislativo, es el único órgano que puede endosar su dignidad democrática a los órganos de segundo grado.

Su legitimidad democrática se la traspasa a estos funcionarios constitucionales y a las leyes que ella dicta, de modo que no es lo mismo el funcionario designado por un órgano electo de primer grado, que el funcionario que designa sea un órgano de segundo grado como es el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, que no tiene esa competencia.

Aquí de nuevo, la plasticidad de un principio tan importante que es nada menos que el contenido en el artículo 5 de la Constitución *"La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público"*[15]. La designación de estos funcionarios de segundo grado son ejercicios y actualizaciones de este principio de la soberanía.

Por eso el artículo 296 de la Constitución dice "*Los integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes",* y luego a reglón seguido establece el procedimiento que permite cumplir los artículos 5, 6, 62, 63, y 70 de la Constitución, para darle la participación al electorado, para darle la participación a los administrados, para que mediante el comité de postulaciones, mediante todo ese procedimiento se garantice el principio democrático indispensable que debe tener el CNE.

Para esta inconstitucional designación, la plasticidad de nuevo se utilizó al desnaturalizar el recurso en base al cual la realizó, desde que tal decisión recayó en un juicio de omisión legislativa que sólo le permitía ordenar y controlar el cumplimiento de lo omitido más nunca asumir ella directamente la competencia del órgano cuya supuesta omisión se denunciaba y con ello violó además el derecho democrático de participación de todos los venezolanos en los asuntos políticos, que está consagrado en los artículos 2, 3, 5, 6, 62, 63 y 70 de la Constitución, y en los artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana, y que

[15] Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* publicada en la Gaceta Oficial número 5.453, extraordinario del 24 de marzo del año 2000.

obligan particularmente a que en este proceso de designación de las autoridades electorales participen los ciudadanos.

Se añade que la Sala Constitucional convenientemente ha ordenado la suspensión de la dirección nacional de las principales organizaciones de los partidos políticos, ordenó nombrar a sus juntas directivas, ordenó designar las autoridades regionales y permitió que estas juntas directivas *ad hoc* utilicen la tarjeta electoral, los logos, los símbolos, emblemas y colores de esas organizaciones políticas.

En efecto, como ya se explicó, mediante sentencias números 71, 72 y 77, de fechas 15, 16 de junio y 07 de julio de 2020, respectivamente, la Sala Constitucional decidió, a través de la distorsión de las medidas cautelares en el marco de la acción de amparo constitucional, intervenir los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular.

Aquí entonces el elenco de violaciones es de más de veinte disposiciones constitucionales, por medio de las cuales de la misma forma y con la misma finalidad se destruyen los principios relativos a los valores democráticos, la libertad, el pluralismo político y las violaciones a la naturaleza y el alcance del medio de impugnación. En este caso la plasticidad se utilizó en el amparo constitucional para la protección de los intereses colectivos y difusos, al dictarse una sentencia que tiene carácter personal, todo lo contrario a lo que es la protección de intereses difusos o colectivos.

La protección de intereses colectivos o difusos suponen que el daño no se concreta en un individuo particular, sino en la colectividad, sin embargo, aquí por la vía del control difuso se nombraron nuevas autoridades en los partidos políticos, en algunos casos los mismos demandantes quedaron instituidos cautelarmente como nuevas autoridades, y se violó todo el régimen de deliberación que debe haber en esos partidos políticos.

Estas múltiples situaciones de quebrantamiento de reglas y principios constitucionales esenciales se convierten en lo que llama Néstor Pedro Sagüés, "crisis constitucional" o estado de desconstitucionalización, caracterizado por el desmontaje o vaciamiento de la norma constitucional y su consecuente desvalorización, tanto axiológica como

social[16]. Ciertamente, la Sala Constitucional pretende desconocer la fuerza normativa de la Constitución, a través del ejercicio de medidas y facultades que la Constitución no contempla, a través de una interpretación acomodada de la norma constitucional, contribuyendo a la llamada "*erosión de la conciencia constitucional en la sociedad*", lo que no es otra cosa que "*la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad*", es decir, la pérdida del interés en la Constitución, y por tanto de su valor efectivo para el pueblo [17].

De manera que queda hoy claramente establecido lo que con palabras muy elocuentes señala el informe de la ONU, esto es, que la Sala Constitucional se ha convertido en el auxiliador necesario, en el cómplice imprescindible en esta labor de ir destruyendo todo el Estado de Derecho y darle una explicación diaria acomodaticia a lo que ha de entenderse por el alcance o el propósito de cualquier norma.

5. BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, "Algunas consideraciones sobre las inconstitucionales sentencias 68, 69 y 70 de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral". En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

_____, "Consideraciones sobre las sentencias 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular". En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

_____, "Consideraciones sobre la inconvencionalidad e inconstitucionalidad de la eliminación del voto directo y secreto en el Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020". En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de

[16] Néstor Sagüés, "El concepto de desconstitucionalización", ob. Cit. p. 193.

[17] Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2ª. ed., 1976, p. 231. Cit. en Néstor Pedro Sagüés, ob. cit. p. 190.

Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Tecnos, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ MASÍS, Héctor, "El proceso electoral", en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. Disponible en: http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf 37

GALVIS ARENAS, Gustavo y RODRÍGUEZ DELGADO, Mauricio, "Fraude constitucional", en *Temas Socio-Jurídicos,* número 27, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia 2007.

GARCÍA ROCA, Javier, "Del principio de la división de poderes", en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, número 108. Abril-Junio 2000. Madrid, 2000.

HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional* (trad. Carlos Ruiz del Castillo), Reus, Madrid, 2.ª ed., s/f.

INFANTE, José M., "Reseña de "DEMOCRACY" de TILLY, CHARLES", en *Trayectorias,* vol. X, núm. 27, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, México, 2008. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/607/60712752014.pdf

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), 2ª. ed., Ariel, Barcelona, 1976.

SAGÜÉS, Néstor, "El concepto de desconstitucionalización", en *Revista de Derecho* número 2, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007.

LA FALTA DE INTEGRIDAD ELECTORAL EN LAS ELECCIONES LEGISLATIVAS FIJADAS PARA DICIEMBRE DE 2020 COMO FACTOR DE SU ILEGITIMIDAD.

DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR.

Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en los derechos y oportunidades de los ciudadanos para participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, uno de esos derechos es de "Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, [...] que garantice[n] la libre expresión de la voluntad de los electores". Es decir, no votar de cualquier forma, sino auténticamente, o genuinamente. Porque se trata de elegir. De esta reflexión surge el principio de Integridad Electoral, que según el Proyecto del mismo nombre de las Universidades de Harvard y Sidney, seguido por el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello, se refiere a principios internacionales y estándares de las elecciones, aplicados a todo lo largo del ciclo electoral, de los cuales depende la confianza o credibilidad ciudadana sobre el sistema electoral, es decir, su legitimidad democrática. Y de acuerdo con el Informe de la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad, *Profundizando la democracia: Una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo*, esta integridad se define como las "elecciones basadas en los principios democráticos de sufragio universal e igualdad política consagrados en normas y tratados internacionales, cuya preparación y gestión son profesionales, imparciales y transparentes durante todo el ciclo electoral". Estos principios constituyen las Garantías Institucionales del Sistema Electoral, que se establecen para salvaguardar esa integridad, es decir, para que las elecciones sean libres y justas, las cuales, para resultar efectivas, deben ser parte de un andamiaje institucional y legal. Estas salvaguardas institucionales aseguran principalmente evitar los actos de corrupción o fraude y el ventajismo electoral. Otro elemento esencial de la integridad electoral, es la transparencia, que consiste en contar con un proceso abierto que ayuda a la comprensión pública

que permita conocer, impedir y corregir el abuso y la corrupción electoral. La transparencia ayuda a cimentar la confianza pública en las elecciones e incrementa la credibilidad del proceso y la legitimidad de sus resultados. La Institucionalidad Electoral, pues, se resumen con precisión en las palabras de Kofi Annan, de que "Las elecciones sin integridad, no pueden brindar legitimidad a los ganadores, ni seguridad a los perdedores, ni confianza a los ciudadanos en sus líderes e instituciones".

Esa confianza o credibilidad en el sistema electoral la generan cinco elementos esenciales: a) reglas claras y seguras; b) instituciones imparciales para administrar las elecciones y dirimir controversias; c) percepciones de justicia y competitividad; d) transparencia en todos los aspectos del proceso y e) vigilancia de los ciudadanos y los partidos políticos. Esa confianza es más exigente en contextos políticos polarizados y en regímenes autoritarios y arbitrarios o de origen ilegitimo; por el cáncer de la permanencia en el poder. Bajo este orden de ideas, me referiré a la falta de integridad electoral de las elecciones parlamentarias que el régimen ilegitimo que ejerce el poder, ha fijado para el 6 de diciembre de este año, con el apoyo de las sentencias de la Sala Constitucional, Nos. 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 77, del pasado mes de junio; y conforme al *Reglamento* "Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias período 2021-2026" y al "Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional", dictados por el Consejo Nacional Electoral.

En los supuestos de regímenes autoritarios, un elemento que afecta la integridad electoral, es la llamada corrupción electoral, que no solo consiste en la alteración de resultados eleccionarios, sino también el abuso de poder con propósitos ilícitos para no permitir el voto libre e impedir la voluntad de los electores. Dentro de la corrupción política, la corrupción electoral provoca una crisis de legitimidad de todo el sistema político puesto que atenta contra los valores democráticos de la sociedad, lo cual es más grave cuando los actores y promotores de la corrupción electoral son los propios funcionarios electorales y judiciales encargados de proteger la integridad electoral. Y, por supuesto, que la pobreza extrema, la ignorancia y la desigualdad constituyen el campo más fértil para que prospere la corrupción electoral. En esta corrupción

electoral el ventajismo electoral es uno de sus instrumentos, que cuando consiste en la utilización de funciones públicas para favorecer gobiernos y candidatos, es un caso de gran corrupción, por ejemplo, mediante la elaboración de normas o sentencias que limiten la libertad del voto y la igualdad y libre competitividad.

Las sentencias, como las de las Salas Constitucional y Electoral, antes mencionadas, dictadas para conformar un poder electoral ilegitimo, suspender de sus cargos a parlamentarios electos, establecer un marco electoral ad hoc inconstitucional; secuestrar partidos y sus símbolos y designar sus directivos; son ostensibles casos de corrupción electoral del Poder Judicial, por tratarse de abuso de poder y de usurpación de funciones, conforme el artículo 70 de la Ley contra la Corrupción, y el artículo VI, 1.c, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual remite supletoriamente la Disposición Final Primera de la Ley mencionada. De ese cuadro de corrupción electoral judicial, también son parte, sentencias anteriores, como, la Sentencia No, 1 de enero de 2016, la Sala Constitucional, por la que se impuso a casi la totalidad de los partidos nacionales renovar su nómina de inscritos ante el CNE y que facilitó la eliminación de numerosas organizaciones políticas que hacían vida en el país. Por tanto, que la usurpación de funciones y el abuso de poder por parte de las referidas Salas, conforma una práctica corrupta en Venezuela, notoria y ostensible, con el agravante de que constituye un instrumento de la falta de integridad electoral. Asimismo, un acto de gran corrupción electoral lo es el llamado Decreto Constituyente para la Participación en Procesos Electorales que impuso la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente por el que canceló a tres de los principales partidos opositores del país, Primero Justicia, Voluntad Popular y Puente.

Otro factor que afecta la credibilidad ciudadana en el sistema electoral es la falta de instrumentos y de órganos imparciales de control del fraude electoral. En este tema es importante señalar que, según el Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, fraude electoral es el atentado contra la libertad electoral, es decir, la falta de equidad y de competitividad, así como la falta de transparencia de los comicios, destinada a distorsionar deliberadamente el ejercicio libre del sufragio y, por ende, la directa manifestación de la voluntad

popular en las urnas. Un aspecto interesante para la caracterización del fraude electoral, es su generalización, en el sentido de que no existe un sujeto único que se pueda considerar promotor típico de tal conducta, sino varios agentes. Es decir, desde la administración estatal hasta la administración electoral propiamente dicha e inclusive la administración de justicia. Es decir, utilizando un lenguaje descriptivo, es una delincuencia electoral organizada.

Respecto de procesos electorales anteriores, el Ex Rector del Consejo Nacional Electoral, Vicente Díaz, sobre las elecciones presidenciales de 2014, afirmó que en el presente régimen el ventajismo electoral es Venezuela estructural y coyuntural, y que desde el punto de vista político es "injusto, ventajista y abusivo"; y señaló concretamente como ventajismo el uso y abuso de los recursos públicos, petrodólares, bienes públicos y la participación de funcionarios del Estado, en los gastos de campaña, de transporte y en afiches, movilización, actos, anuncios de radio y TV, así como promesas y prebendas demagógicas, y en donaciones de electrodomésticos, la inauguración de obras, los subsidios y servicios sociales y el carnet de la patria calificado por Acceso a la Justicia como "instrumento de chantaje o extorsión" y denominado por Daniel Zovato, director para América Latina y el Caribe de IDEA Internacional, como "mecanismo de clientelismo para atraer a los electores". Y también el control de todos los poderes del Estado por el gobierno, que le ha permitido modificar las reglas electorales, es un claro ejemplo de ventajismo electoral. Asimismo, el citado Ex rector Diaz, calificó la campaña electoral para los comicios municipales del 2013, como **"**una de las más ventajistas que ha tenido el país en la historia**".** El propio Rector Vicente Díaz afirmó que el ventajismo electoral coyuntural además de ser una violación de preceptos constitucionales, constituye actos graves de corrupción, y que sin embargo no son sancionados por el Consejo Nacional Electoral, ni por la Contraloría General de la República. Es decir, que el ventajismo electoral en Venezuela se inscribe dentro de los casos de falta de transparencia democrática, que el profesor y politólogo, Luis Salamanca, calificó de "ventajismo electoral institucionalizado", en el Seminario Internacional "*Campañas Electorales: una mirada comparativa en el hemisferio*", realizado en Caracas el 15 de noviembre de 2012.

En concreto, respecto de la integridad electoral de las elecciones parlamentarias el profesor Benigno Alarcón, director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno de la Universidad Católica Andrés Bello y el experto electoral Roberto Abdul, fundador y actual presidente de la Asociación Civil Súmate; señalaron que conforme el marco electoral establecido por el Tribunal Supremo de Justicia y el CNE, las elecciones parlamentarias programadas para el seis de diciembre están organizadas para que el Psuv obtenga la mayoría, y muy seguramente la mayoría calificada, que se sitúa en 185 curules. Y que por eso es poco probable la repetición del escenario de 2015 y en razón de que no existe una alianza opositora y que, de lograrse, esta alianza, la oposición podría alcanzar un número de por lo menos 82 diputados, que no alcanza a la minoría necesaria para contar con capacidad de veto de las 2/3 partes. El profesor Alarcón afirmó también que el régimen persistirá en su empeño para llevar adelante los comicios legislativos del 6 de diciembre, pese al elevado número de contagios por Covid-19 que todavía pueda reportarse para esa fecha. Y concluyó, afirmando que, «No hay evidencias de suspensión aun cuando se sabe que no gozarán de legitimidad ni dentro ni fuera del país».

Por otra parte, la cátedra de derecho constitucional, en un excelente documento denominado "*Convocatoria Elecciones Parlamentarias 2020. Estado Fallido y sus Procesos Forajidos*", del 27 de agosto, denuncia un cúmulo de irregularidades que deslegitiman dichas elecciones, que califican de fraude, que parte desde la supuesta declaratoria por la Sala Constitucional de omisión legislativa para nombrar un CNE, pese al funcionamiento del Comité de Postulaciones Electorales del Parlamento; y que se origina del nombramiento de los rectores que lo hizo un TSJ designado ilegalmente por un Parlamento saliente en 2015, por lo que la autoridad del CNE es usurpada. Ello constituye una usurpación de las atribuciones del Parlamento al que corresponde, por expreso mandato constitucional la designación originaria de los rectores del CNE con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Asimismo, la violación del artículo 186 de la Constitución por el CNE, para aumentar de manera arbitraria el número de diputados de 167 a 277, es otro de los factores de la ilegitimidad de las elecciones parlamentarias Al igual que la violación del principio un elector un voto y la

eliminación del sufragio directo, universal y secreto para la población indígena mediante la aprobación de una reglamentación írrita a menos de 6 meses del acto de votación. Una irregularidad, según la citada Catedra, es la derogatoria por la Sala Constitucional de artículos de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, con el objetivo de habilitar al CNE para diseñar una normativa electoral ajustada a los intereses del chavismo. Además la confiscación de las tarjetas electorales de los partidos por dicha Sala. También la eliminación del sufragio directo, universal y secreto para la población indígena mediante la aprobación de una reglamentación írrita a menos de 6 meses del acto de votación. Y en relación a la declaración de la presidenta del CNE, de que este ente evalúa la posibilidad de extender la jornada de votación más allá de un día como medida para reducir el riesgo de contagio de COVID-19, considera la Catedra de derecho constitucional que esta extensión de las votaciones facilitará el fraude.

Todo el cuadro anterior, en el que coinciden académicos y expertos, nacionales y extranjeros, conforma la falta de integridad electoral de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre, que determinan la pérdida de confianza de la ciudadanía en dicho proceso, que ocurre, según el Centro Carter, cuando:

1) Las autoridades electorales son designadas por un solo partido.
2) El marco legal no garantiza condiciones de equidad y competitividad para todos los candidatos durante el transcurso de las campañas electorales.
3) El mismo marco legal no garantiza el equilibrio entre los criterios proporcionalidad y de uninominalidad de modo que la representatividad prevalezca sobre la uninominalidad para garantizar la representación de las minorías.
4) Los partidos son intervenidos y controlados por los sectores gubernamentales.
5) La falta de instancias de control del ventajismo electoral y de un poder electoral imparcial.

Desde la perspectiva de los principios de la integridad electoral y los estándares internacionales una elección plagada de irregularidades, como las mencionadas, y una combinación de ventajismo oficialista, de

clientelismo político y del peso de la maquinaria oficialista, es ilegítima porque carece de las garantías mínimas necesarias para ser considerada una elección democrática y, por ende, es incapaz de producir legitimidad de origen.

Esa falta de integridad electoral es causa de la falta de confianza o credibilidad de la ciudadanía sobre el proceso electoral parlamentario de diciembre, puesto que no puede propiamente hablarse de elecciones, por cuanto porque esa falta de integridad electoral el resultado no será fruto de una verdadera elección democrática. Porque la participación de candidatos no alcanza para darle credibilidad y legitimidad a una farsa electoral. Por lo que para amplios sectores de la sociedad venezolana y de la comunidad internacional un parlamento elegido en esas condiciones carece de toda legitimidad democrática de origen. Porque la democracia no es votar, sino votar con garantías. Es decir, ejercer el derecho al voto en elecciones auténticas, como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como lo señalé al comenzó de mi exposición.

EL DERECHO A LA RESTAURACIÓN DEMOCRÁTICA ES UN DEBER DE TODOS.

DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ.

SUMARIO

I. ¿Por qué la iniciativa del régimen de convocar elecciones parlamentarias? II. Las nulas elecciones parlamentarias, requieren ser gestionadas no como un evento particular. III. El temor que la lucha se oriente entre poder y libertad. ¿Cuál es el perfil político con quien nos queremos comunicar ante las supuestas elecciones parlamentarias? IV. Algunas consideraciones finales.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 659-665 ISSN: 0798-1457

Agradezco al presidente de la Academia Humberto Romero-Muci por su liderazgo en conducir esta institución de derecho público y colocarla al lado de los graves problemas de la Nación buscando que la Corporación aporte soluciones para la vuelta a la Democracia; a los compañeros Académicos que nos acompañan, y a los ponentes que me han precedido a quienes felicito por sus extraordinarias ponencias. Un saludo a todas las personas que han concurrido hoy y seguro que en días venideros tomarán nota de los puntos tratados en este Foro.

Mi intervención se desarrolla en cuatro puntos:

I. ¿Por qué la iniciativa del régimen de convocar elecciones parlamentarias?
II. Las nulas elecciones parlamentarias, requieren ser gestionadas no como un evento particular.
III. El temor que la lucha se oriente entre poder y libertad. ¿Cuál es el perfil político con quien nos queremos comunicar ante las supuestas elecciones parlamentarias?
IV. Algunas consideraciones finales.

I. PORQUÉ LA INICIATIVA DEL RÉGIMEN DE CONVOCAR ELECCIONES PARLAMENTARIAS

La estrategia política de duplicar estructuras de poder del Estado permitió crear un solo centro de poder político, esa ha sido siempre la herramienta del régimen. Todo lo ocurrido durante estos 20 años fue ejecutar un proyecto silente pero con resultados. Es una situación evidente hoy que tenemos en Venezuela dos constituciones, la de 1999 y la cubana, siendo esta última la que rige en Venezuela.

Todo lo ocurrido permite confirmar lo invisible que resultaba para aquel momento, la unión Cuba-Venezuela, dos Estados con sistemas

políticos tan diferentes, uno militarista/comunista y otro un Estado democrático y social de derecho y de justicia. La unión política/estratégica de estos dos países tenía un propósito común, hacer de América un continente unido por la ideología comunista camuflada de humanismo. Quién así lo expresara en aquellos años, no sería más que una opinión especulativa debido a la pérdida de credibilidad dada la preeminencia de la anti-política. Demasiado macabro para ser cierta la estrategia, pero así fue ocurriendo.

Que tenemos hoy:

- DOS CONSTITUCIONES: aplica la socialista de hecho
- DOS PRESIDENTES DE HECHO: uno usurpador y otro con el deber de restablecer la democracia
- DOS ASAMBLEAS NACIONALES: sólo una legítima pero se siente impedida de ejercer sus funciones otra ofrecida para el 6 de diciembre
- DOS TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA: uno, espurio pero cumple las órdenes del poder político y le da sostén de aparente legitimidad y otro legítimo designado por la AN legítima
- DOS FISCALES GENERALES: uno para respaldar la represión el otro en el exilio
- DOS CONTRALORES GENERALES: sin poder de mando legal
- DOS GOBERNADORES EN CADA ESTADO FEDERAL: el que resultó electo y a su lado el nombrado por el usurpador

Por tanto, el restablecimiento en su aspecto institucional de la Democracia pasa por reequilibrar el poder del Poder Público, y esa voluntad tenemos que tenerla muy presente desde ahora. De manera que la convocatoria tiene por objeto desaparecer la legitimidad de la actual AN y dejar sin efecto el Estatuto para la Transición suprimir el cargo de Presidente encargado de la República.

Por tanto, la voluntad de tener dos Asambleas es una estrategia para aparentar borrar la legítima e imponer el control único a que me refería antes.

II. LAS NULAS ELECCIONES PARLAMENTARIAS REQUIEREN SER GESTIONADAS NO COMO UN EVENTO PARTICULAR

Estamos ante un problema muy complejo político/social que no puede ser diseccionado y resuelto pieza por pieza; sino evaluarlo dentro de un sistema o estrategia global de situaciones y acontecimientos.

De manera que no parece adecuado tener posturas para separar las elecciones parlamentarias convocadas, de otros eventos políticos, como es el que va ocurrir el 5 de enero de 2021, ni colocar en la misma lista situaciones que pueden resolverse con menos prisa. Además de atender las relaciones internacionales del Gobierno del presidente encargado y presidente de la Asamblea Nacional.

Insisto, si se gestiona este aparente caos político voluntario y estratégicamente organizado desde Cuba y aliados, quienes corren en el mismo campo, y los libertarios nos quedamos sólo con acciones reactivas o siempre evaluando y rechazando después que ocurren las violaciones constitucionales, que nadie discute que son necesarias y fundamento de las acciones políticas, si éstas no se dan nada va a cambiar y seguiremos esperando lo que puede no ocurrir.

Si nos dedicamos a organizar el ataque a la usurpación de todas las dobles estructuras, considerando los escenarios que están por ocurrir y lo organizamos como un sistema, nos puede resultar exitoso. Solo se pueden solucionar poniendo en juego un conjunto de medidas cuyos efectos dependen de varios factores que interactúan entre sí. Lo complejo es el comportamiento de sus elementos, la variedad de posibilidades de reacción.

III. EL TEMOR QUE LA LUCHA SE ORIENTE ENTRE PODER Y LIBERTAD. ¿CUÁL ES EL PERFIL POLÍTICO CON QUIEN NOS QUEREMOS COMUNICAR ANTE LAS SUPUESTAS ELECCIONES PARLAMENTARIAS?

La realidad social en que vivimos es, en sentido estricto, una sociedad sin vértice ni centro. Especialmente en una sociedad del conocimiento y la información y las relaciones de interdependencia ya no son jerárquicas sino estructuradas en forma de red y se ha modificado

dinámicamente sus formas de interacción. En esta característica consiste su complejidad específica que se expresa en la diversificación de los centros de decisión, que ninguna ordenación de carácter jerárquico está en condiciones de controlar.

Por eso, con los fundamentos jurídico políticos que la Academia ha aportado hoy podemos empezar a pensar en cómo contribuir con puntos de reflexión.

Por ejemplo, si el artículo 333 de la Constitución de la República establece el derecho a la restauración Democrática. Es decir, si bien se consagra un derecho nace también el "deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia". Como curiosidad la interpretación de este derecho en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (sentencia 02-1559, de fecha 22 de enero de 2003), cuando interpreta el artículo 350 de la Constitución, se dice que este derecho se activa y se hace exigible para defender el régimen constitucional y resistir un régimen usurpador y no constitucional. Por tanto, se le reconoce, como un mecanismo legítimo de desobediencia civil, que comporta la resistencia a un régimen usurpador, que en principio pudo nacer legítimo, pero a lo largo del tiempo se aparta del orden constitucional, esa es nuestra realidad.

Por tanto, el derecho a la restauración democrática, se equipara a la obligación de todos y cada uno de los ciudadanos, a ejercer la defensa del régimen constitucional y a revelarse, contra quien intente mediante acto de fuerza o ejercicio de poder ilegítimo, la pérdida de vigencia de la Constitución.

La esencia del artículo 333 constitucional, comporta entonces la protección de la Constitución y la garantía de que permanecerá vigente, así como incitar a la gente a la lucha para lograr que la Constitución recobre su aplicación. Por ello, les corresponde a los ciudadanos, lograr que se restaure la democracia en los términos que la contiene y consagra.

La sentencia de la Sala Constitucional, además identifica las vías de resistencia, señalando: la resistencia a la opresión y la resistencia a la tiranía, estableciendo que la procedencia de esta vía, se activa cuando el régimen "actúa con absoluta arbitrariedad", y la consecuencia del desconocimiento constitucional es la nulidad de sus actos, en atención a lo consagrado en el artículo 138 constitucional.

Ahora bien ¿qué necesita el ciudadano? conducción, y aquí se requiere de personas que ejerzan la política, que planteen qué hacer y qué decir, más que sólo preguntar a la intelectualidad qué es válido, e ir mucho más allá que declarar como partidos que no participarán en el fraude de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre próximo. Documento importantísimo, pero no suficiente para los ciudadanos.

¿La gente se pregunta qué hacemos entonces?

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La democracia es la forma de gobierno que cultiva el disenso, protege la diversidad y la heterogeneidad, que está más interesada que tramitar la complejidad social que su represión.

Pero no estamos en democracia, de manera que esos principios no aplican ante la dictadura que tenemos. Todos tienen la voluntad de poder ser partidos políticos, que hoy no lo son en los mismos términos cuando se desarrollan en democráticos, y los ciudadanos no pueden expresarse ni electoralmente por tanto es nuestra obligación demandar y exigir nuestros derechos políticos y hacer política.

Sin empoderamiento cívico y autoorganización de la sociedad no funciona para lograr la vuelta a la democracia y a la libertad.

La razón política se presenta desde esta perspectiva como una razón incitadora, que pretende estimular unas opciones y disuadir de otras, según sean los objetivos finales deseables, sabiendo que la mayor parte de las veces se trata de cambios de conducta a los que no se puede obligar, que sólo cabe incitar favorecer o convencer. Consiste en medidas infraestructurales que sirven para encaminar a los actores en una determinada dirección.

La fortaleza del Gobierno Encargado no consiste en forzar a la gente a hacer algo sino en una autoridad que anime a la gente hacer lo que conviene al bien común.

Termino con estas palabras “necesitamos darle alma a la acción política, un lema y una bandera de lucha y pareciera que impulsar todas las acciones para lograr elecciones presidenciales y parlamentarias. Estudiemos esa bandera para motivar a los electores”.

Gracias.

VIDEOCONFERENCIA
MINERÍA ILEGAL EN EL ESCUDO DE LA GUAYANA VENEZOLANA.
24 DE SEPTIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 669-678 ISSN: 0798-1457

Las Academias Nacionales se complacen en auspiciar esta videoconferencia para exponer una visión multidisciplinaria del impacto de la ***Minería ilegal en el macizo de la Guayana venezolana***. Esta transmisión es posible gracias al patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas.***

*

En estos últimos 20 años el autoritarismo abatió en Venezuela el estado democrático y social de derecho mediante el progresivo desmantelamiento de sus instituciones.

La degradación institucional derivó en una crisis humanitaria compleja, caracterizada por sumir a los venezolanos en una terrible precariedad y vulnerabilidad alimentaria, sanitaria, de seguridad personal y de prestación de servicios básicos, jamás vivida por nuestra nación y que ya comienza a sentirse en la región.

La crisis humanitaria compleja tiene una de sus peores facetas en los daños irreversibles al ambiente, consecuencia de la minería ilegal en el escudo de la Guayana venezolana.

Las academias nacionales han asumido un compromiso de acompañar y orientar al país en estos momentos complejos de desinstitucionalización y zozobra ciudadana, al objeto de paliar el escepticismo y la desmovilización de nuestros conciudadanos.

**

Las Academias Nacionales consideran su deber alertar, una vez más, sobre la tragedia ambiental al sur del río Orinoco, causada por la explotación de la minería ilegal. Una acción dañina de proporciones incalculables al ambiente, a la salud, a los derechos humanos y la dignidad de las comunidades indígenas que allí habitan ancestralmente, sin

dejar de apuntar los daños económicos por la corrupción que subyace en el extractivismo minero.

La Guayana venezolana comprende los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, los cuales a su vez cubren aproximadamente un 45% de superficie territorial del área geológica y eco región conocida como el escudo Guayanés.

Este territorio comprende áreas bajo régimen de Administración Especial: reservas forestales, monumentos naturales, reservas de biosfera, parques nacionales, zonas protectoras y cuencas protegidas por convenios internacionales, entre los que se incluye la cuenca del Caroní, con afluentes fluviales tan importantes como el Paragua, el Caura y el Cuyuní.

La minería ilegal que se practica en estas zonas es la genuina expresión de la barbarie. La deforestación causada por la minería de oro a cielo abierto se convirtió hoy en día en una de las principales causas de la pérdida de biodiversidad, alteración de la topografía, destrucción de suelos y contaminación de los ríos en esta región. La minería ilegal para extraer oro, diamante, coltán, uranio y torio no reparan en daños directos o indirectos al ambiente y sus habitantes.

Esos daños irreversibles al ambiente también afectan cuencas hidrográficas, comprometiendo directamente la generación hidroeléctrica que suministra energía al 70 % del territorio nacional. Además, esos daños irreversibles al ambiente generan daños colaterales como enfermedades endémicas y violencia, que son mecanismos de control social, económico y político.

***

Para la presente video conferencia contamos con la participación de académicos de un gran prestigio profesional. Cada uno un experto consagrado en el área de su conocimiento. Tratarán temáticamente aspectos relevantes sobre los efectos de la minería ilegal en la región guayanesa, todos en representación de las distintas academias nacionales.

Teníamos previsto el privilegio de la compañía de su eminencia Baltazar Cardenal Porras Cardozo, administrador apostólico de la Arquidiócesis de Caracas. El Cardenal Porras también es presidente delegado de la Asamblea Especial del Sínodo de Obispos para la Región

Pan amazónica. Lamentablemente, en la madrugada de hoy, falleció la señora madre del Cardenal. Por razones obvias no nos acompaña hoy. Le enviamos al querido pastor de la iglesia católica venezolana, nuestros sentimientos de pésame y solidaridad en momentos tristes.

El Cardenal Porras nos tenía preparada una síntesis de la encíclica papal ***laudatio si***, que tiene por objeto concientizar nuestro compromiso por el bien de la Casa Común, que es nuestro medio ambiente. Igualmente la posición de la Iglesia en Venezuela sobre el problema de la minería ilegal y sus consecuencias sociales y culturales y un mensaje esperanzador para las nuevas generaciones.

Academia Nacional de la Historia

No es la primera vez que Venezuela sucumbe frente al espejismo funesto que entraña la riqueza minera y su seductora renta modelada por el facilismo de la cultura rentista[1]. Hay que recordar las enseñanzas trágicas del mito de El Dorado y de la fabulosa ciudad dorada de Manoa, que se originó en la Guayana venezolana en el siglo XVI. Aquella ficción fue un engaño que, a través de los siglos, solo dejó fracasos, esterilidad productiva y la corrupción de los políticos de turno[2].

En la actual encrucijada de ruina económica se quiere volver a resucitar a la Venezuela rentista por medio del llamado "arco minero del Orinoco".

No basta la destrucción de la industria petrolera. El arco minero del Orinoco es la última y más descarnada forma de desinstitucionalización de la protección del ambiente, organizada por el régimen de gobierno para legitimar el ecocidio de esos 111.843,70 Kilómetros cuadrados (el 46% del Estado Bolívar) que ampara mineros clandestinos, delincuentes, empresas castrenses de minería, funcionarios públicos y militares, que han depuesto la función de conservación y defensa de los recursos naturales, para dar paso a la rapiña minera desde el propio Estado.

Una revisión histórica de "El Mito de El Dorado" y su reminiscencia en el llamado Arco Minero del Orinoco nos será expuesta por el

---

1 *Cfr*. Luis Ugalde, s.j., *Mito, ilusiones y miseria de el Dorado, discurso de incorporación como individuo de numero de la Academia Nacional de la Historia*, 25 de enero de 2018, Caracas, p. 6.

2 *Ibid*, p. 18.

académico Manuel Donis[3], Doctor en Historia e individuo de numero de la Academia Nacional de la Historia.

Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales

Sobre el impacto de la minería ilegal en la ecología del territorio del Estado Bolívar, nos hablará la Académica María Eugenia Grillet, biólogo, Doctor en Ecología e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales.

Por su parte, el explorador, descubridor y polímata Charles Brewer-Carías, Académico correspondiente de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, nos dará cuenta de la devastación de la minería ilegal en el ambiente del Estado Amazonas y su impacto en sus culturas ancestrales, con precisión de 6 áreas de minería extractiva casi desconocidas en esa jurisdicción, desplegadas en un área tan extensa como el arco minero del Orinoco[4].

Academia Nacional de Medicina

La minería ilegal y la salud constituyen un binomio inestable. De las principales enfermedades que afectan a las poblaciones en las zonas mineras del estado Bolívar, nos hablará el Dr. Leopoldo Villegas, Médico infectólogo, en representación de la Academia Nacional de Medicina. El Dr. Villegas hará especial referencia a las enfermedades infecciosas tales como la malaria, leishmaniasis, fiebre amarilla, difteria, dengue, parasitosis intestinales y otras, así como también de la contaminación mercurial utilizada en los procesos artesanales extractivos. Esto trae nefastas consecuencias para los ecosistemas y para los propios indígenas, destrucción de la vegetación, de los ríos, fragmentación de

---

[3] Manuel Donís Ríos. Doctor en Historia, Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia, Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello, adscrito al Instituto de Investigaciones Históricas. Líneas de investigación: Historia Territorial y Eclesiástica de Venezuela.

[4] 1. La masacre de hashimo en la reseva de biosfera alto Orinoco Casiquiare, 2.- aracamunitepui al norte del cerro de la neblina. en la reserva de biosfera alto Orinoco Casiquiare, 3.- cerro yapacana : minas en el parque nacional yapacana, 4.- rio atabapo. balsas mineras de las farc en el rio, 5.- rio ventuari, maraya, el porvenir, guapuchi, kanaripó, 6.- rio autana, minas en los rios sipapo, cuao y guayapo en el parque nacional sipapo.

hábitats, contaminación del agua por sedimentos y por mercurio, afectación de la fauna y destrucción del suelo.

Academia Venezolana de la Lengua

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en su Informe del 15 de julio de 2020, da cuenta que en la Guayana venezolana, "**La minería afecta el derecho a la autonomía y autodeterminación de algunos pueblos indígenas…[Se trata de] un factor perturbador de sus formas de vida tradicionales y afecta su capacidad para mantener una relación espiritual con sus territorios".** Señala que, **"… le inquieta profundamente la falta de consentimiento libre, previo e informado (de los pueblos indígenas) con respecto al establecimiento del AMO en sus territorios tradicionales"**.

Más recientemente, la Misión Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en su informe conclusivo presentado al **Consejo de Derechos Humanos** de las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 2020, destacó que, entre las **situaciones de violación de derechos humanos que requieren la atención del Consejo,** está la denominada **"Zona de Desarrollo Estratégico Arco Minero de Orinoco, [...] establecida en 2016 por Decreto Presidencial [sin] realizar los estudios de impacto social y ambiental que exige la Constitución [...] por medio de concesiones expropiadas a empresas internacionales".** La comisión deja constancia que, **"…[e]n la zona se han infiltrado el crimen organizado y los grupos armados ilegales, que se dedican a la minería ilegal y a diversas actividades delictivas conexas, incluido el tráfico de contrabando"**[5]

El Académico Horacio Biord Castillo, doctor en historia e individuo de número y presidente de la Academia Venezolana de la Lengua, abordará la compleja situación de pueblos indígenas y las poblaciones locales afectadas por el extractivismo y la minería ilegal. El Dr. Biord revisará algunos casos emblemáticos de conflictos socioambientales en comunidades indígenas y locales en la Guayana desde una perspectiva

[5] Párr. 147.

etnográfica, así como proponer el diseño y ejecución de políticas no asistencialistas para las poblaciones indígenas en la zona.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

El Estado debe **"Proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológico"**. Así reza el mandato del artículo 127 de la Constitución, con rango de derecho fundamental.

Por eso resulta paradójico que en Venezuela sea el propio Estado, llamado constitucionalmente a proteger el ambiente y a los pueblos indígenas, quien actúa impulsado la barbarie y la depredación crematística de la minería ilegal. El Estado actúa como un agente extractivista ajeno al bien común. El Estado carece de la capacidad y de voluntad para preservar el medio ambiente. Para el Estado, la contaminación y la degradación de los ecosistemas es un factor irrelevante, así como la destrucción de la biosfera y de la biodiversidad o menguar la generación de energía hidroeléctrica.

El régimen promueve el desorden, la incertidumbre y la inseguridad jurídica y personal, ampara a grupos armados irregulares como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y los denominados "Sindicatos" que actúan con su tolerancia y aquiescencia en los estados Bolívar, Amazonas y Delta Amacuro, porque la anarquía y la anomia son más atractivos que el orden y la estabilidad. Para la minería ilegal es eficiente extraer los recursos de una sociedad desordenada, porque las decisiones que afectan la distribución de la riqueza se basan en conexiones personales y arbitrarias en lugar de reglas claras derivadas del estado de derecho.

El derecho al medioambiente sano es, en sí, un derecho humano principalísimo, un derecho instrumental y transversal, sin el cual se hace cuesta arriba ejercer otros derechos.[6]

---

[6] Con mucha razón en la Declaración de la Cumbre Mundial sobre Ambiente Desarrollo, conocida como la Declaración de Río de Janeiro de 1992 se señaló que "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Se dijo

Para conocer el estado actual de la desinstitucionalización del derecho ambiental y de la administración del ambiente, tendremos la valiosa intervención del académico Dr. Allan Brewer-Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En lujoso complemento nos acompaña el académico Dr. Román José Duque Corredor, Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. El Dr. Duque nos dará cuenta de cómo el ecocidio por la minería ilegal al sur del Orinoco justifica la tesis del valor jurídico de los bienes globales o planetarios compartidos, tales como la Amazonia, para promover su tratamiento como una comunidad jurídica internacional y garantizar la protección de su unidad ecológica.

Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

El ambiente es el patrimonio más rico, pero a la vez el más sensible de todos en el planeta tierra. En consecuencia, la responsabilidad de su cuido y conservación recae sobre la conciencia de todos y cada uno de nosotros los connacionales de este país y de los ciudadanos del mundo; más allá de los formalismos burocráticos o de los intereses colectivos. En este orden de ideas como corolario fundamental en la lucha por el mejoramiento ambiental, un liderazgo responsable de desarrollo requiere esquemas novedosos que determinan la gerencia ambiental del siglo XXI.

La Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat tiene un especial liderazgo en la promoción del cuido del ambiente y la acción responsable sobre todos los procesos que lo impacten minimizando sus riesgos, incluida la minería. Tendremos la oportunidad de oír la exposición del geólogo Noel Mariño Pardo, académico correspondiente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat quien nos dará cuenta de la

que: "La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables" Además, que "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras". Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada por la Asamblea General durante la Cumbre de Río de Janeiro en 1992, disponible en web [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm]

importancia de la exploración geológica para garantizar un proyecto minero ambientalmente consciente y responsable. En complemento tendremos la exposición del académico Rafael Lairet, quien nos explicará de las nuevas herramientas de apoyo técnico para una acción minera responsable.

****

Pero el derecho al medio ambiente sano volverá a institucionalizarse cuando se restablezca la gobernabilidad democrática, y con ella los derechos de participación, acceso a la información y a la justicia relativos a los asuntos ambientales, las técnicas de autorización y licencias, las evaluaciones ambientales y el estudio de impacto ambiental. Será entonces cuando Venezuela entre en el Siglo XXI y se alineé en la solidaridad mundial en la protección del medioambiente y el sentido común.

No puedo terminar estas palabras sin agradecer a su eminencia Baltazar Cardenal Porras Cardozo, por su participación y mensaje de protección al ambiente, a todos los académicos expositores por sus valiosas y valientes intervenciones. Al Profesor Jorge Lozada, Doctor en Derecho Ambiental, por la iniciativa de este evento. Finalmente, al Académico Gerardo Fernández Villegas por su eficiente moderación del mismo.

Como Academias Nacionales asumimos el compromiso de contribuir con la difusión de las ideas que faciliten la reivindicación de la dignidad de la protección del ambiente, que es la lucha por el restablecimiento del Estado de Derecho y por la Democracia en nuestro país.

Bienvenidos todos a este foro telemático. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones y deliberaciones que siguen.

Fort Lauderdale, 24 de septiembre de 2020.

DEL MITO DE EL DORADO AL ARCO MINERO DEL ORINOCO. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA.

DR. MANUEL ALBERTO DONÍS RÍOS.

SUMARIO

Introducción. II. La minería en Guayana durante el siglo XVIII. II. El Dorado del siglo XIX. III. Siglo XX. IV. Siglo XXI.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 679-695 ISSN: 0798-1457

INTRODUCCIÓN

Esta historia comienza con la leyenda de El Dorado, fruto, en palabras del historiador español Demetrio Ramos Pérez, "de la concreción de las ideas clásicas sobre los indicios de posibilidad, que el conquistador acumuló, por el paso de unas a otras huestes, sobre un supuesto racional: el de la necesidad de que existieran unas minas riquísimas en el lugar donde las condiciones naturales fueran óptimas".[1]

Fue la Guayana venezolana, la tierra desconocida, inexplorada en su inmensidad de selvas y majestuosos ríos el lugar escogido por los conquistadores para situar la laguna Manoa, en cuyo centro y sobre una isla, existía una ciudad maravillosa, con su dorada ciudad homónima, sus edificios de oro, residencia del poderoso rey Patiti, centro del maravilloso mito de El Dorado. El Mito dio paso a la leyenda, fuerza motriz que se tradujo en varias expediciones en busca del preciado metal, que contribuyeron a acelerar el conocimiento geográfico de vastos espacios interiores del Sur del actual territorio nacional.

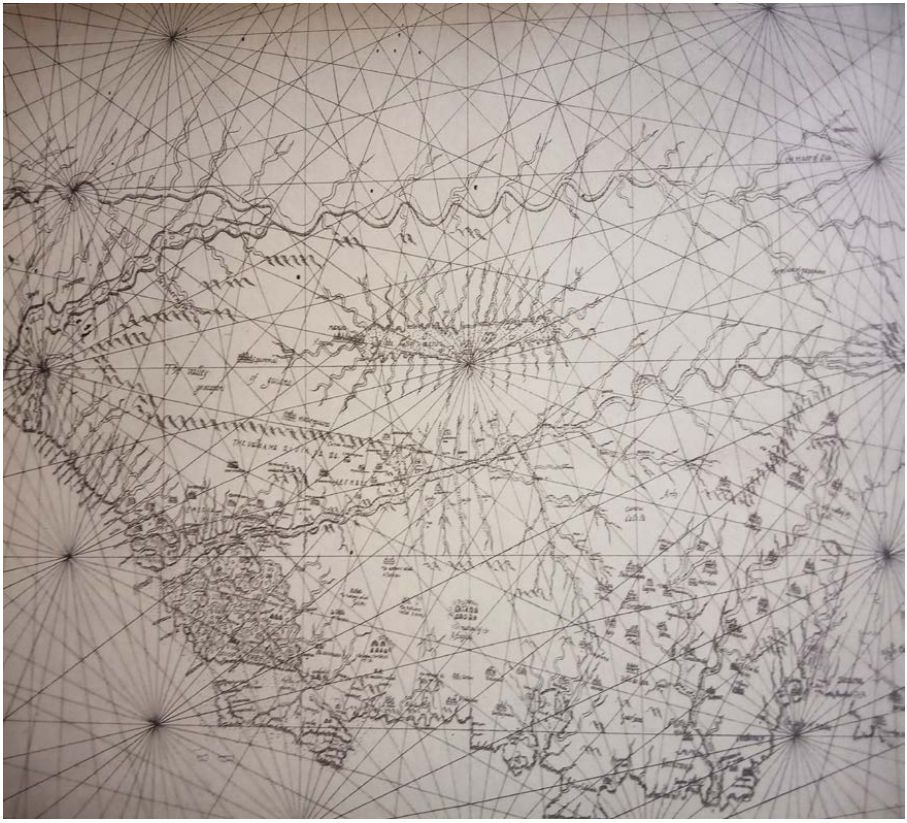
Antonio de Berrío, establecido en la isla de Trinidad luego de haber realizado exitosamente su tercera expedición por el Orinoco, fijó El Dorado al Sur del Orinoco. Con la información disponible en sus manos producto de sus predecesores y su experiencia personal, pudo en 1594 trazar un mapa de la provincia Trinidad-Guayana. El conocimiento de la región y el mapa de Berrío pasaron a manos del inglés Walter Raleigh quien los recogió y publicó como suyos hacia 1596.[2]

---

1 Demetrio Ramos Pérez, *El mito del Dorado, su génesis y proceso*, Academia Nacional de la Historia, N* 116, Caracas, 1973, 462.

2 Antonio de Berrío. Walter Raleigh (atribuido). Mapa elaborado hacia 1595. Original en British Museum, Londres, Add. Ms 17940 A/648.

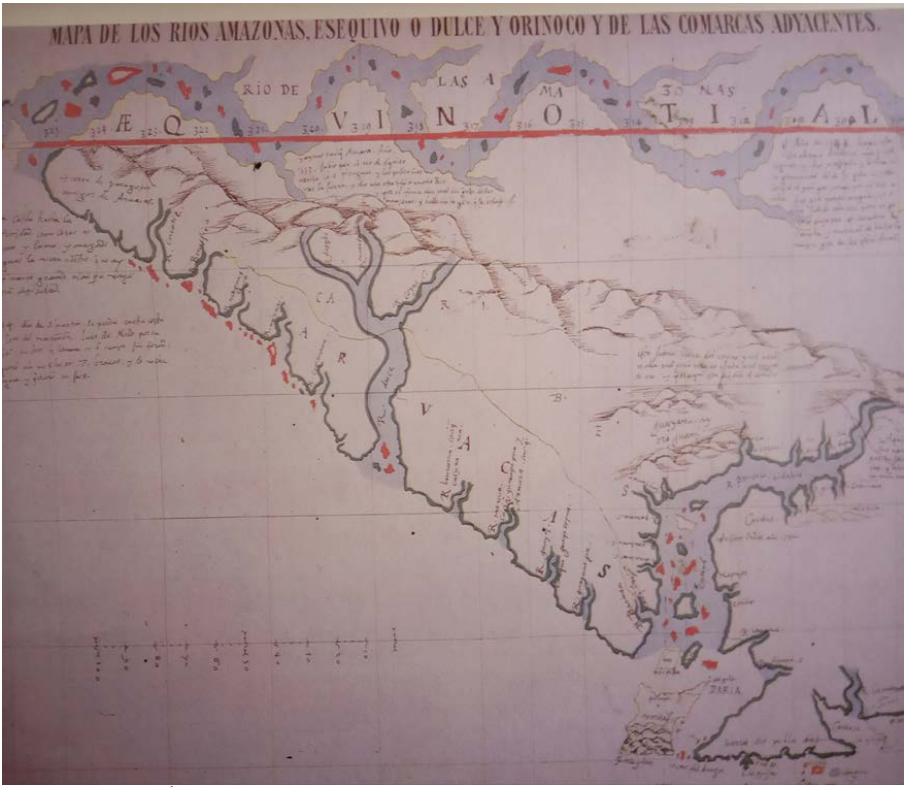
Raleigh será el gran publicista de El Dorado en Europa. Su libro: *El Descubrimiento del Extenso, Rico y Bello Imperio de Guayana y la Relación de la Grande y Dorada Ciudad de Manoa* (Londres, 1596) fue traducido en varios idiomas e inflamó la imaginación de los europeos a tal grado que se constituyó en poderoso incentivo para cruzar el atlántico en busca de la maravillosa Manoa. En su atribuido mapa de 1595 Raleigh presentó a la laguna Manoa de forma rectangular y así pasará a la cartografía holandesa, francesa e inglesa durante los siglos XVII y XVIII (Anexo 1).



Walter Raleigh (Atribuido). Mapa sin título ni fecha, elaborado para 1595. Original en British Museum. Add. Ms 17940 A/648. Reproducido en Hermann González Oropeza, sj. Atlas de la Historia Cartográfica de Venezuela, Editorial Papi, Caracas, 1983, Lámina XXIV.

II. LA MINERÍA EN GUAYANA DURANTE EL SIGLO XVIII

El poblamiento y ocupación hacia el interior del territorio de la provincia de Guayana debió esperar hasta la segunda década del siglo XVIII, cuando los capuchinos catalanes lograron crear el primer hato en la misión de Suay en 1724. Con las reses traídas de Píritu se posibilitó el mantenimiento de los pueblos de indígenas y su expansión hacia las cuencas de los ríos Cuyuni, Yuruari, la cuenca alta del Caroní y su afluente, el río Paragua. Incluso, pudieron erigir y sostener una villa de españoles, Upata, sin contar con el apoyo de las autoridades civiles de la Provincia.



"Mapa de los Ríos Amazonas, Esequivo o Dulce y Orinoco y de las comarcas adyacentes". Publicado como "Mapa de los ríos Amazonas, Esequibo o Dulce y Orinoco por Jiménez de la Espada en "Cartas de Indias", Madrid, 1877. Reproducido en Hermann González Oropeza, sj., ob. cit., Lámina XXI.

Los capuchinos catalanes exploraron algunas minas de hierro y es probable que el mineral se empezó a reducir mediante el sistema de la forja catalana hacia el año 1750. Para 1817, cuando las misiones capuchinas de Guayana caigan en poder de los patriotas, existían 15 fraguas en la región.[3] En cuanto al oro se refiere, ya para mediados del siglo XVII hay referencias de su existencia en la región de Guayana. Es el caso de un mapa anónimo elaborado en la isla de Margarita en 1556, producto de la estrecha amistad entre españoles e indios aruacas, titulado "Mapa de los ríos Amazonas, Esequivo (sic) o Dulce y Orinoco y de las comarcas adyacentes" en el que aparece al sureste del río Caroní, al pie de unas montañas, la siguiente leyenda: "Guayana, hay oro guainí", es decir, oro de poco valor (Anexo 2).[4]

No cabe duda de que los capuchinos catalanes conocieron la existencia de oro en su territorio, aunque en pequeñas cantidades, en minas y de forma aluvional, pero los frailes ocultaron la existencia de minas de oro en Guayana para defender los indígenas de sus pueblos de misión. Cómo negar la existencia del oro en la entidad cuando sabemos que en 1829 se produjeron 15.112 onzas (1 onza=28,75grs) sacadas de los bancos del río Yuruari cerca de Tupuquén, una misión capuchina situada a 5 kms del pueblo de El Callao.[5]

Las autoridades civiles de Guayana sabían sobre la existencia de minas aunque no podían asegurar que fuesen del preciado metal. En 1734 el gobernador don Carlos de Sucre remitió algunas muestras a España pero estas no llegaron a su destino porque la goleta que las transportaba naufragó. Se enviaron nuevas muestras, aclarándose que éstas eran superficiales, no de vetas. La mayoría de las minas eran de oro y provenían de las orillas del río Caroní "cuyos parajes, manifestaban ser tan fecundos, que no se hallaba quiebra, ni angostura en que no se encontrasen Minas".[6] El Ensayador Mayor de la Casa de la Moneda de la Corte reconoció la existencia de oro de más de 20 quilates y recomendó posteriormente que se profundizaran las Minas para obtener mayores

---

3 Federico Brito Figueroa, *La estructura económica de Venezuela colonial*, UCV, Caracas, 1963, 220-221.

4 Manuel Donís Ríos, *Evolución histórica de la cartografía en Guayana y su significación en los derechos venezolanos sobre el Esequibo*, ANH, N* 191, Caracas, 1987, 50.

5 Rodolfo Hernández Grillet, *Geografía del Estado Bolívar*, ANH, Caracas, 1987, 50.

6 AGI, Santo Domingo, 592.

beneficios "y den con más abundancia su metal".[7] Las muestras eran de las minas de Parayama y Cavauro.

El sucesor de Sucre, don Espinosa de los Monteros, confirmó la existencia de las minas en Guayana y consideró conveniente regularizar su explotación por la Corona, evitándose la explotación ilegal del oro por franceses e ingleses, quienes lo obtenían de los indígenas a cambio de "chucherías y menudencias". En 1741 el Gobernador acusó recibo de una Real Cédula (24 de julio) en la que se le ordenó buscar personas interesadas en beneficiarse con las minas en la región.[8]

El interés por las minas de la región se despertó con la llegada en 1754 de la Comisión de Límites a Guayana. José de Iturriaga, jefe de la Comisión y Eugenio Fernández de Alvarado, segundo comisario respectivamente, conocieron e informaron sobre el particular, pero sostuvieron posiciones antagónicas sobre la riqueza aurífera y el valor de las minas. El primero fue optimista y mantuvo una posición esperanzadora, aunque reservada, mientras que Alvarado fue escéptico.

No obstante, la información disponible comprueba que para finales del siglo XVIII la minería apuntaba como otra actividad económica. El asunto minero en Guayana ocupó el interés del Intendente interino de Caracas, don Juan Guillemi, en 1789. De igual manera al gobernador de la entidad, don Miguel Marmión. No sólo de las autoridades civiles, también de las eclesiásticas: el prefecto capuchino, P. Buenaventura de Sabadell, presentó en 1793 un informe al P. Procurador General en el que se quejaba de que los vecinos de la villa de Upata le pedían cada vez más carne para los "trabajadores del decantado descubrimiento de minas".[9]

Habrá que esperar al siglo XIX para que llegue el auténtico Dorado a Guayana, entrando el oro de sus minas en la economía venezolana. Compartimos la opinión de Marco Aurelio Vila: la historia de Guayana en el siglo XVIII "hubiera sido otra si el oro se hubiera descubierto en tiempos de la Colonia, en la abundancia que hoy se conoce".[10]

---

7 Idem.

8 AGI, Caracas, 67

9 Buenaventura de Carrocera, Misión de los Capuchinos en Guayana, ANH, N* 140, Caracas, 1979, 133.

10 Marco Aurelio Vila, *Aspectos Geográficos del Estado Bolívar*, Imprenta Nacional, Caracas, 1951, 25.

II. EL DORADO DEL SIGLO XIX.

El auténtico Dorado se inició con el descubrimiento de vetas auríferas a orillas del río Yuruary a partir de 1842. Entró el oro en la economía venezolana y también los campamentos itinerantes con sus buscadores de oro y todo cuanto la riqueza fácil trae de miseria, vicio y depredación del medio ambiente. Diez años después, los ricos filones del Caratal (Cicapra, antigua Caratal) marcaron un punto de inflexión en la historia de la minería en Guayana por la riqueza de la mina.[11]

La noticia trascendió y el *Royal Gazette* de la Guayana Británica comentó (4 de julio de 1850) sobre "pepitas de oro de ½ onza que habían sido llevadas a la isla de Trinidad por el Dr. Pedro Monasterios. Otro diario de Demerara hizo una relación de las muy productivas minas de oro, plata y cobre de la Guayana venezolana, hasta el punto de ser considerada como "una segunda California".[12] La riqueza aurífera venezolana se convirtió en un tema de muchísimo interés para la colonia británica. En una carta dirigida a Georgetown en 1857 el vice-cónsul británico en Ciudad Bolívar, Mathison, leemos lo siguiente: "de las excavaciones de Caratal se han traído 1.500 onzas de oro y, en algunos casos, las muestras pesan entre una y cuarenta y cinco onzas (…) Por otra parte, debo informar a Su Excelencia que, según tengo entendido, se está constituyendo en Nueva York una compañía bajo un tal Mr. Spencer, con la finalidad de explotar a gran escala no solo los yacimientos de Caratal, sino todos aquellos territorios en donde el mineral se encuentre, y para Noviembre se espera la llegada de un gran contingente de hombres".[13]

---

[11] Véase: Adelina Rodríguez Mirabal, "Concesiones Auríferas e inversiones extranjeras en la Guayana venezolana, 1850-1900". En: *Inversiones extranjeras en Venezuela, Siglo XIX*, Nikita Harwich Vallenilla, Coordinador, T. I, Academia de Ciencias Económicas, Caracas, 1992, 315 y ss. Véase: Adelina Rodríguez Mirabal, *De Manoa a El Callao: Hacia una Geohistoria del Oro en la Guayana venezolana (Siglos XVI-XIX),* Trabajo de Ascenso para Profesor Titular, UCV, Caracas, 2012, 126. Véase: J. R. Osío Reina, *La alianza de Cicapra*, Caracas, 1989, 207.

[12] Juan Almécija Bermúdez, *La Estrategia Imperial Británica en la Guayana Esequiba*, UCAB, Caracas, 1987, 15.

[13] Ibidem, 28.

Hacia 1866 los nuevos yacimientos hicieron posible la formación de "un poblado minero espontáneo": El Callao. Todo allí, en palabras del geógrafo e historiador Pedro Cunill Grau está marcado por "la desorganización del hábitat, donde se mezclan viviendas, tiendas, pozos de extracción de cuarzo aurífero, lugares de trituración y algamación, sólo en la periferia se apreciaban esbozos de calles, mientras que en el centro del poblado chozas y casas se amontonaban en desorden".[14] En palabras del alemán Friedrich Gerstacker, quien estuvo allí en 1868: "no había en absoluto viviendas bonitas y sólo viviendas míseras, y también en el trabajo se notaba a primera vista que la gente sólo se había abalanzado como loca sobre el terreno sin ninguna idea de compartimentación y lo había literalmente destrozado para desenterrar de allí los tesoros con la mayor celeridad posible".[15] Las compañías mineras, como por ejemplo la estadounidense Falcon Mining Company, por el contrario, establecieron campamentos mineros organizados e instalaron la "moderna maquinaria pesada trituradora de cuarzo aurífero".[16]

Fue a partir de 1871 cuando, con el descubrimiento de la mina de El Callao, considerada como una de las más importantes del mundo, se inició en Venezuela una nueva etapa en la historia de la minería en Venezuela. Las inversiones británicas aumentaron en la década de los setenta y "se concentraron en el capital accionario de El Callao".[17] Según J. Fred Rippy, "las inversiones británicas en la minería venezolana a fines de los ochenta llegaban a536.690 libras esterlinas y diez años más tarde a 5.277.771 libras esterlinas".[18]

El Callao produjo "entre una cuarta parte y más de la mitad del total del valor de la producción de oro en Guayana, pero en la década siguiente la empresa comenzó a presentar problemas, entre ellos la obligación impuesta por Guzmán Blanco en 1886 de "suministrar al cuño

---

14 Pedro Cunill Grau, *Geografía del Poblamiento Venezolano en el Siglo XIX*, Ediciones de la Presidencia de la República, T. III, Caracas, 1987, 2.147.

15 Friedrich Gerstacker, "Viaje por Venezuela en el año 1868", UCV, Caracas, 1968, 156. En: Pedro Cunill Grau, ob cit, 2147.

16 Pedro Cunill Grau, ob. cit., 2148.

17 María E. González de Luca, *Negocios y política en tiempos de Guzmán Blanco,* UCV, Caracas, 2001, 123.

18 J. Fredd Rippy, "British investments in Latin América", 34 y 46-57. En: María E. González de Luca,ob cit, 123.

de Caracas todo el oro necesario para la acuñación, que interrumpía la política de enviar todo el oro producido por la compañía hacia Inglaterra, vía Trinidad, donde obtenía mejores precios".[19]

Bajo el mandato de Guzmán Blanco capitales estadounidenses, ingleses y alemanes "se invierten para extraer oro en cantidades muy significativas para sus intereses y para el monto de las exportaciones venezolanas (…) La población (de Guayana) aumenta con la inmigración interna y externa, llegando toda esta sub región a tener 9.403 habitantes en 1881. La mayoría de mineros eran negros de Jamaica, Trinidad y otras islas del Caribe".[20] Entre 1873 y 1886 el estado Bolívar produjo 54.897.264 gramos de oro, con un promedio anual de 3.921.233 gramos. Un "río de oro que avasalló el estado".[21] Las minas estaban en manos británicas: el capital, la técnica, la exploración minera, la dirección de las empresas y una población procedente de las Indias occidentales británicas.[22]

Como hemos dicho, el presidente Guzmán Blanco sacó provecho personal de la explotación aurífera en Guayana. Para 1884 no sólo poseía acciones de la empresa El Callao, sino que tenía en el territorio del Yuruary, Distrito Roscio, 16 minas y un contrato para la explotación del lecho del río Yuruary. Los bosques de los que era propietario rindieron pingues beneficios y él mismo decía: "Las minas necesitan tres cosas: cuarzo, agua y leña. Y la leña es mía".[23]

Y la obtención de la leña contribuyó a un mayor deterioro de la flora local al talarse extensos bosques: "Abajo junto al río Yuruari, fue talado un espacio grande y se construyó una ladrillera, pero la madera cortada no se amontonaba y quemaba para quitarla de en medio, como lo hacen los irreflexivos venezolanos, sino que la cortaban y la disponían a modo de vallado a todo el derredor y entre las distintas secciones

---

19 Idem.

20 Luis Ugalde, S. J. *Mentalidad Económica y Proyectos de Colonización en Guayana en los Siglos XVIII y XIX. El caso de la Compañía Manoa en el delta del Orinoco,* Academia Nacional de Ciencias Económicas, Caracas, 1994, T. I, 362-363.

21 Marco Aurelio Vila, *Aspectos Geográficos del Estado Bolívar,* Imprenta Nacional, Caracas, 1951, 32.

22 Pablo Ojer, *Sumario Histórico de la Guayana Esequiba,* CORPOZULIA-UCAT, Editorial Arte, Caracas, 1982, 30.

23 María E. González de Luca, ob. cit., 132-133.

de los campos, como también se construye un aserradero para cubrir todas las necesidades".[24]

Poco antes de dejar la Presidencia el 27 de febrero de 1884, Guzmán Blanco decretó la creación del Territorio Federal "Delta" (actual estado Delta Amacuro). El Gobernador sería nombrado por el Ejecutivo Federal y rendiría cuentas a éste como era normal en las restantes entidades. Pero: "Debería informarse bien de los productos naturales y espontáneos del Territorio, de su aplicación y de la aclimatación de plantas exóticas, industria, agricultura. Deberá recoger todos los datos sobre minas. Deberá "cuidar de que se cumpla el contrato celebrado por el Ejecutivo Federal el 22 de septiembre de 1883 con C. C. Fitzgeral por medio de un apoderado Doctor H. Gordon para colonizar terrenos baldíos situados en el Territorio Delta".[25] El Dorado existía pero ahora en el Territorio Delta. El Gobierno venezolano dio en concesión exclusiva 40.000 kms2 por 99 años a la Compañía Manoa. Fundada por Fizgerald en Nueva York, tuvo a lo largo de 25 años una vida agitada pero al final terminó en fracaso.[26]

La explotación aurífera tuvo para finales del siglo XIX un crecimiento elevado pero efímero al agotarse en 1898 el principal filón en El Callao. Entre 1890 y 1896 el oro de minas representó el tercer producto de exportación del país, pero para comienzos del siglo XX la explotación aurífera disminuyó significativamente. En 1890 representó el 8,26% de las exportaciones con un 9.071.582 Kgs; en 1893 el 4,19% de las exportaciones con 4.132.431 Kgs; y en 1896 el 6,68% con 5.386.970 Kgs. Para 1899 el oro de minas no figuraba en los tres primeros productos de exportación.[27]

Cerramos este capítulo recordando que fue la riqueza aurífera de Guayana la que motivó las aspiraciones británicas de ocupar territorio

---

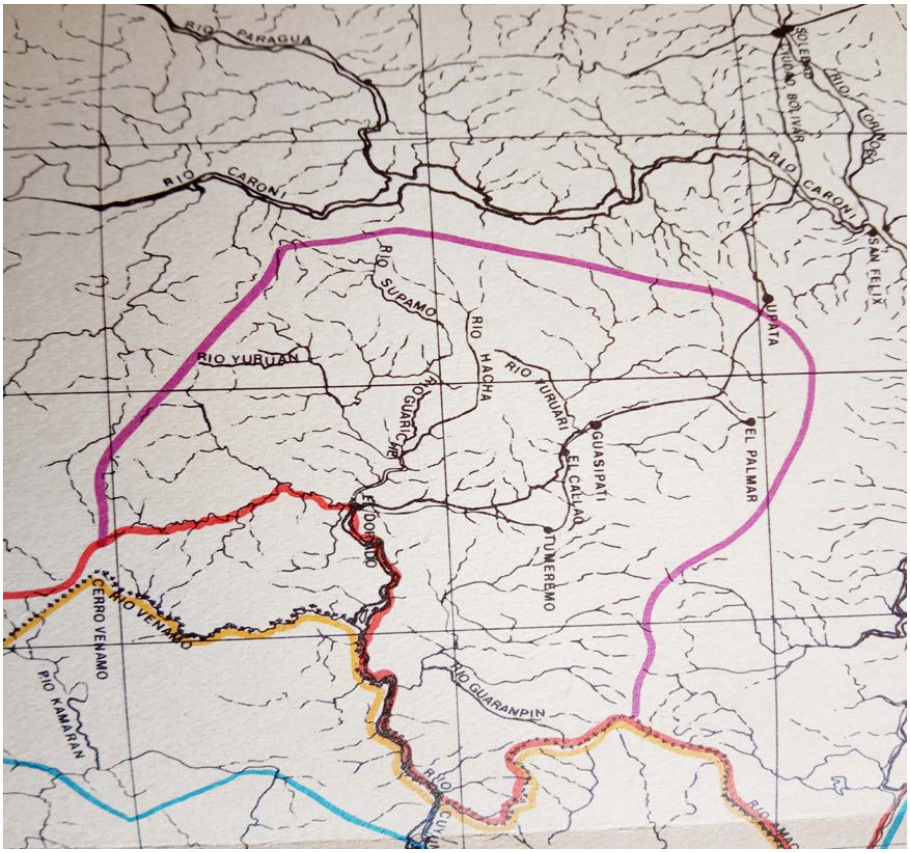
24 Gerstacker, "Viaje", 1868, 175. En: Pedro Cunill Grau, ob cit, 2149.

25 Luis Ugalde, "La Compañía Manoa (1884-1886)". En: Nikita Harwich Vallenilla (Coordinador), *Inversiones Extranjeras en Venezuela Siglo XIX*, T. II, Academia de Ciencias Económicas, Caracas, 1994, 90.

26 Ibidem, .89 y ss. Véase: Luis Ugalde, *Mentalidad Económica y Proyectos de Colonización en Guayana en los Siglos XVIII y XIX. El caso de la Compañía Manoa en el Delta del Orinoco,* T. II, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Caracas, 1994, 599 y ss.

27 Ramón Veloz, *Economía y Finanzas de Venezuela, 1830-1944,* Impresores Unidos, Caracas, 1945, 154,

venezolano al occidente del río Esequibo. La tercera línea Schomburgk en 1887 (167.830 Kms2) llegaba hasta el pueblo de El Dorado. Poco después hizo avanzar la línea hasta las cercanías de Upata (203.310 Kms2). Anexo 3.



Ministerio de Relaciones Exteriores, Mapa explicativo del avance de la Línea Schomburgk (parcial). Reproducido en Juan Almécija Bermúdez, La Estrategia Imperial británica en la Guayana esequibo, UCAB, Caracas, 1987.

III. SIGLO XX

La explotación aurífera ilegal dominó las primeras décadas del siglo XX. Fue el caso, por ejemplo, de Lucas Fernández Peña, quien incursionó en la Gran Sabana en los años 20, una década antes que los capuchinos y los miembros de la Dirección de Fronteras, en busca de oro

y diamantes. La producción de oro tuvo un incremento sustancial entre 1939-1941, pasando de 1.240 grs. a 28.006 en solo un año, más de 22 veces lo producido en 1939, pero al año siguiente bajó bruscamente.[28]

En los años 80 la explotación aurífera cobra de nuevo importancia en Guayana. Las minas se ubicaron en la región de El Callao, en el kilómetro cero de la vía que va de la población de El Dorado a la Gran Sabana y en Las Claritas, en el kilómetro 88 de la misma vía.

Destacamos que en 1970 fue inscrita en el Registro Mercantil la empresa Minerven, para trabajar oro de veta. Tres años después Minerven inició trabajos de reactivación de minas de oro en El Callao con la apertura del pozo MINERVEN I, localizado en el Sector Caratal en la Veta Colombia. Al año siguiente MINERVEN es adquirida por el Estado venezolano a través del Fondo de Inversiones de Venezuela. En 1981 se puso en marcha la Planta de procesamiento Caratal La empresa obtuvo excelentes resultados en apenas dos años y medio, bajo un liderazgo y conducción eficientes.[29]

A partir de la caída de los precios internacionales del oro MINERVEN se colocó en una situación crítica y en 1986 se convirtió en una empresa filial de la Corporación Venezolana de Guayana. La empresa logró recuperar sus niveles de producción de oro, "aunque fundamentalmente basados en los aportes provenientes de la minería informal, seguida de los aportes a la producción producidos mediante erogaciones efectuadas al fisco nacional provenientes de la pequeña minería de carácter privado". Los años noventa se iniciaron con un descenso de la producción hasta 1994, cuando esta tendencia se revierte y se mantiene en ascenso hasta 1997, alcanzando niveles de 20 toneladas al año. Al año siguiente se registra un descenso de la producción.[30]

En cuanto a la pequeña minería se refiere y durante estos años, esta actividad ayudó a atenuar los efectos del desempleo en Guayana al requerir abundante mano de obra, abarcando una población con una capacidad de inversión limitada, con un bajo nivel de organización y

---

28 Manuel Donís Ríos, *Guayana Profunda*, Academia Nacional de la Historia- Universidad Metropolitana, Caracas, 2016, 190.

29 Teodoro Campos, "Aproximación Sociosistémica a la Gerencia de la Minería Aurífera en Guayana". En: *Guayana. Población y Ambiente* (Coordinador Ronald Balza), Tomo II, UCAB, Caracas, 2016, 326.

30 Ibidem, 327-328.

bajo nivel tecnológico. Dadas sus limitaciones propias, la pequeña minería desarrolló precariamente la exploración y de forma intensiva la explotación aurífera.[31]

En abril de 1989 la opinión pública venezolana conoció la gravísima situación que se vivía en el Alto Orinoco debido a la incursión en nuestro territorio de buscadores de oro provenientes de Brasil - llamados Garimpeiros – que se habían instalado campamentos mineros y habían ocasionado tremendos daños ecológicos en las cabeceras del río Orinoco.

En realidad habían sido detectados cuatro años antes "por comisiones diplomáticas venezolano-brasileñas, por la Guardia Nacional y por grupos misioneros" asentados en la región. Fue en 1989 cuando Jorge Soler, Pedro Trebau y el cineasta Carlos Azpúrua, quienes filmaban un documental para la televisión alemana, constataron los daños y formularon la denuncia ante el Ministerio del Ambiente. La revista noruega Notiexpress se encargó de divulgar el hecho.[32]

Se conoció luego que los garimpeiros habían estado llegando a las cabeceras del Orinoco en la Sierra Parima por vía fluvial y aérea, iniciando "un extenso plan de deforestación de nefastas consecuencias ecológicas".[33]

Hasta finales de los años noventa la incursión de los garimpeiros fue el hecho noticioso más relevante en la prensa venezolana. La diplomacia brasileña se las arregló para librar al Estado brasileño en el hecho. Una Comisión Binacional estudió el caso y estimó ilegal la incursión de los garimpeiros; el Gobierno brasileño se comprometió a desalojarlos del territorio venezolano; su homónimo venezolano abriría de nuevo su espacio aéreo en el área para la expulsión de los mineros; Venezuela solicitaría ayuda de instituciones botánicas brasileñas para "resarcir" el daño provocado al medio ambiente; se incrementaron los vuelos de aeronaves brasileñas para evitar la repetición de los hechos; la Comisión Bilateral se trasladaría a la frontera para realizar una inspección "*in situ*"; se incluyó el establecimiento de los hitos fronterizos

---

31 Ibid. 330.

32 Alejandro Mendible, *Venezuela y sus verdaderas fronteras con el Brasil (Desde el Tratado de Tordesillas hasta la incursión de los garimpeiros),* UCV, Caracas, 1993, 214-215.

33 Alejando Mendible, ob. cit., 213.

en el sector de la Sierra Parima en la Agenda de la 55 Conferencia de la Comisión Demarcadora de Límites.[34] (Anexo 4).

Tomado de Alejandro Mendible, Venezuela y sus verdaderas fronteras con el Brasil (Desde el Tratado de Tordesillas hasta la incursión de los garimpeiros), UCV, Caracas, 1993, 217.

Como expresó el doctor Mendible la palabra Garimpeiro quedó asociada en el habla de los venezolanos a la de "devastación ambiental y a la violación del territorio".[35]

IV. SIGLO XXI

La producción de oro en Guayana por las empresas legales vivió una etapa de crecimiento para finales del siglo XX, alcanzando a entre

34 Ibidem, 216.
35 Ibidem, 240.

8 y 10 toneladas anuales a partir del año 2000. La producción fue en aumento y llegó a sobrepasar las 20 toneladas. Este aumento descansó fundamentalmente "en los aportes provenientes de la minería informal privada".[36]

Pero desde 2005 el Estado venezolano inició una política de control sobre la explotación aurífera que contempla un replanteamiento del sistema de concesiones. No obstante, "alrededor de la mitad de la producción no es controlada ni efectuada en un contexto informal. Además, a pesar de un discurso que insiste en la prioridad acordada para la extracción realizada por el sector público nacional, aproximadamente dos tercios de la producción legal son controladas por empresas extranjeras, especialmente la canadiense, y el tercio restante es explotado por la CVG-MINERVEN".[37]

En el Proyecto de Desarrollo Estratégico de la Faja Petrolífera del Orinoco y el Arco Minero de Guayana contenido en el Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019, se propuso "una estrategia orientada a la reformulación del modelo de gestión de las empresas de Guayana en tanto que ello implica la consolidación del modelo productivo socialista que se funda en el Proyecto Nacional Simón Bolívar."[38] Se planteó que la "falta de coordinación de las empresas básicas" impedía el aprovechamiento racional de los recursos naturales en Guayana, siendo necesario implementar una planificación integrada. En opinión de Teodoro Campos, lo que allí se planteó no era "más que la adopción de un mecanismo de planificación y control centralizada para garantizar la participación hegemónica del Estado en el desarrollo de la cadena productiva del sector minero e industrial".[39]

Con fecha 24 de febrero de 2016 el Gobierno Nacional decretó la creación de la *Zona de Desarrollo Estratégico Nacional "Arco Minero" del Orinoco.* Tendría una extensión de 111.843, 70 kms2 y abarcaría

---

36 Teodoro Campos, ob. cit., 331.

37 Anne Péné – Annette, "Continuidad y Transformaciones en los Territorios mineros e industriales en Venezuela; el ejemplo de la Guayana venezolana". En: *Guayana. Instituciones y organizaciones*, Ronald Balza Guanipa (Coordinador), Konrad Adenauer Stiftung-UCAB, T. I, Caracas, 2015 220-221.

38 Teodoro Campos, ob cit, 331.

39 Idem.

territorios de los estados Bolívar y Amazonas, más del 46% de su superficie, equivalente a casi el 12% del territorio nacional. Tendría entre sus objetivos "certificar y cuantificar las reservas mineras de la zona, en busca de sectorizar la región para iniciar la explotación e industria de los recursos minerales de la zona debido a la crítica situación petrolera por la que pasaba Venezuela".[40]

Venezuela ha dejado de ser un país exportador de petróleo y en la actualidad importa uno de sus derivados, la gasolina, de allí que el Gobierno Nacional recurra a los recursos mineros que pudieran existir en Guayana. Se trabaja sobre una probabilidad (certificar y cuantificar las reservas mineras) y se repite la historia minera con sus errores: crecimiento efímero al agotarse los filones, aprovechamiento de la riqueza por una élite, daños serios al medio ambiente, desempleo y miseria para los mineros.

El Gobierno quiere explotar las riquezas de ese territorio con empresas extranjeras y venezolanas, pero en realidad ha creado una "bulla" en el Arco Minero. No se produjo la concreción de numerosas empresas que aseguró competirían por concesiones en el territorio.[41] De acuerdo a la Presidente de la Sociedad Venezolana de Ecología, "si bien la explotación a escala industrial sigue siendo un espejismo, lo que si ha impulsado el decreto, en cambio, es la proliferación incontrolada de la pequeña minería".[42]

La documentación existente permite hablar de ecocidio en Guayana. Las consecuencias ambientales son graves en un territorio que reúne características muy particulares: forma parte de la Amazonia, pulmón del mundo, con casi el 80% del agua que se genera en el país, con una rica biodiversidad expresada en miles de especies de flora y fauna y la más estratégica red hidrográfica del país, asiento de algunas comunidades indígenas en un estado demográfico, sanitario y social crítico.

Se recurre a el mito de El Dorado con su riqueza fácil para resucitar la Venezuela rentista.

---

40 Decreto 2248 de 24 de febrero de 2026 en Gaceta Oficial 40.855 de igual fecha, 11 y 12.

41 Marielba Núñez, "Los estragos del Arco Minero". Marielba Núñez/MNUNEZ@EL-NACIONAL.COM Actualizado el 25 de febrero de 2018.

42 Idem.

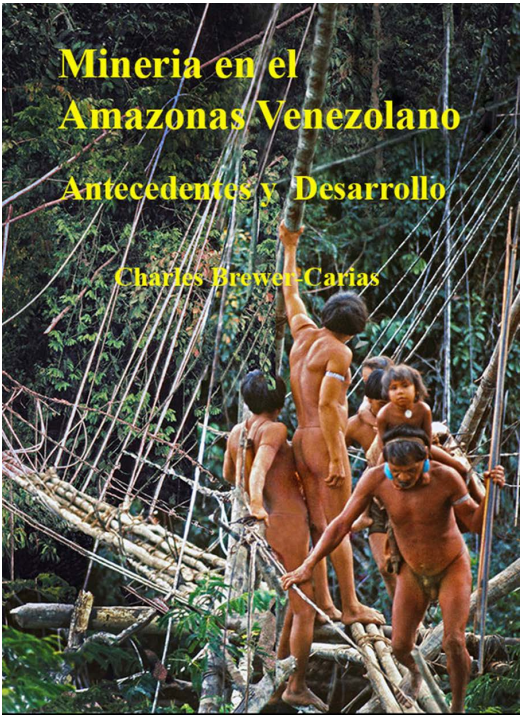
MINERÍA EN EL AMAZONAS VENEZOLANO. ANTECEDENTES Y DESARROLLO.

DR. CHARLES BREWER-CARÍAS.

SUMARIO:

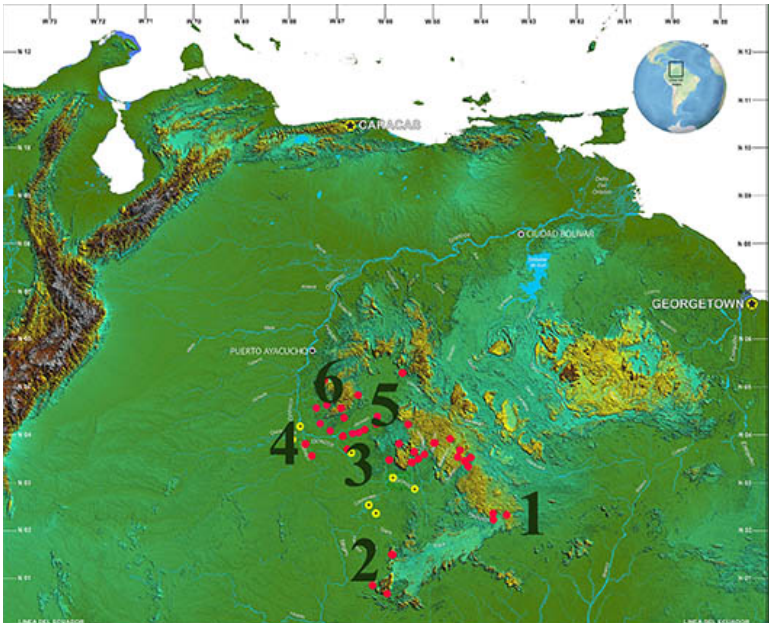
1. El Amazonas venezolano entre 1983 y 1993. 1.1. El Oro y la Expedición al Cerro de la Neblina 1984. 1.2.- El Bidón de oro y la Reserva de Biósfera en 1991. 1.3. El Oro y la Masacre de Háshimo en 1993. 2. El Desarrollo minero actual. 2.1. Minería en la Reserva de Biósfera. Sierra Parima. 2.2 Minería en la Reserva de Biósfera. Cerro Aracamuni. 2.3. Minería en el río Atabapo. 2.4. Minería en el Parque Nacional Yapacana. 2.5. Minería en el río Ventuari. 2.6. Minería en el Parque Nacional Sipapo.

Páginas: 697-805 ISSN: 0798-1457



Nuestra intervención en este **Foro sobre el ecocidio en el arco minero del Orinoco,** tiene como propósito informar sobre el desarrollo de la actividad minera en el Estado Amazonas, donde esa actividad de forma un tanto sigilosa y completamente ilegal se ha estado desarrollando en lugares con poca densidad de población y separados por centenares de kilómetros del conocido Arco Minero del Orinoco y por lo tanto, sin vías terrestre de comunicación; aunque si con una franca relación limítrofe y dependencia logística fluvial con Brasil y Colombia. Además de mantener en todos sus desarrollos una íntima relación y dirección con las milicias guerrilleras de Colombia, así como con las mafias mineras

que dirigen los garimpeiros (mineros) desde Boa vista y San Gabriel de Cachoeira en Brasil. Todo ello obviamente con la franca aceptación y cooperación logística por parte de la Fuerza Armada Nacional, con el agravante de que todo esto ocurre en una vasta región que está protegida por las leyes que crearon los Parque Nacionales, los Monumentos Naturales y la Reserva de Biosfera en donde se encuentran ubicados esos desarrollos mineros.



Las seis áreas con mayor desarrollo minero en el Estado Amazonas. Los puntos amarillos corresponden a campamentos de milicias irregulares.

1. EL AMAZONAS VENEZOLANO ENTRE 1983 Y 1993

He considerado oportuno presentar esta información a manera de introducción, para dar a conocer los inicios del desarrollo minero en esta región amazónica, así como los complejos y torvos intereses que se movían en la Amazonía venezolana durante los años 1984, 1991 y 1993; porque fue a partir del año 1984 cuando las autoridades locales empezaron a tener interés en el potencial minero de la región y dieron origen a que se iniciaran las campañas para estigmatizar y difamar la

coordinación de las investigaciones que realizábamos como director de la Expedición al Cerro de la Neblina, como una retaliación por las denuncias que hicimos entonces sobre el contrabando de oro y otras sustancias que realizaba en aquellos años la Guardia Nacional y quienes mediante una orquestada campaña de desinformación, lograron que se estableciera una injusta matriz de opinión sobre nuestras investigaciones, al ser acusado de ser un "desfoliador", minero de oro, y contrabandista de especies animales y vegetales. Ya que a partir de entonces se ha empleado en numerosas oportunidades para desacreditarnos.

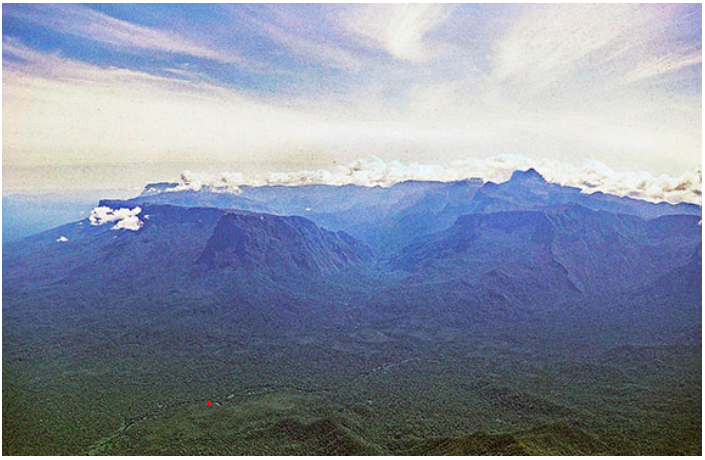
A partir de 1961 tuvimos la oportunidad de iniciar una convivencia esporádica con los indígenas *Ye´kwana* que vivían en el río Erebato y después, entre 1968 y 1993 exploramos, estudiamos y vivimos entre los indígenas *Yanomamö* mientras asistíamos al famoso antropólogo norteamericano Napoleon A. Chagnon para estudiar la genealogía *Yanomamö* de 4200 individuos, así como las migraciones que habían realizado varias de estas familias a lo largo de los últimos 100 años. Y además, en nuestro caso, registrar detalles sobre su conocimiento bioetnológico de esa etnia. Como resultado de aquellas expediciones, conocimos profundamente toda esa región Amazónica y las etnias *Yanomamö y Ye´kwana* de manera más detallada de lo que las conocieron otros exploradores en el pasado. Adicionalmente y por nuestro interés y permanencia en la zona, tuvimos la oportunidad de participar de manera protagónica en los tres eventos más importantes que se desarrollaron en la Amazonía venezolana en la década entre 1983 a 1993.

A. Dirigimos la expedición al Cerro de la Neblina entre 1983-1987.
B. Asesoramos al Presidente Carlos Andrés Pérez para elaborar el Decreto de la Reserva de Biósfera Alto Orinoco-Casiquiare en 1991.
C. Fuimos designados por el Presidente Ramón J. Velázquez, como Principal de la Comisión Presidencial para investigar la Masacre de *Hashimo-teri* en 1993.

Pero estas tres actividades relacionadas con el ambiente del Amazonas y su conservación en las que participamos de forma protagónica y con gran eficiencia, generaron conflictos inesperados con personas e

instituciones que tenían en la Amazonía intereses económicos, religiosos y políticos distintos a los nuestros.

1.1. El oro y la Expedición al Cerro de la Neblina 1984



El Cerro de la Neblina y el cañón del río Baría de casi 3000 metros de profundidad, quedaron protegidos como Parque Nacional, mediante el Decreto No 1635 de Reserva de Biósfera que junto con el sociólogo Issam Madi y el antropólogo Napoleon A. Chagnon le solicitamos al Presidente Carlos Andrés Pérez, y que él firmó el 5 de junio de 1991. El punto rojo señala el lugar del Campamento Base de la expedición entre 1983-87. (Foto Charles Brewer-Carías 1984)

Se estima que antes de 1970 algunas comunidades indígenas ubicadas a lo largo del río Ventuari, magno afluente del río Orinoco en el actual Estado Amazonas, se trabajó la minería en forma artesanal. Sin embargo, justo a mediados del año de 1984, según consta en las denuncias que hicieron por la prensa algunos de los afectados, se hizo evidente que algunos militares de las Fuerzas Armadas de Cooperación (FAC), empezaron a requerirles a los indígenas una cantidad de lo que producían, para permitirles que continuaran con sus trabajos de extracción en lugares como Guapuchí, Cascabel, Maraya, Carmelitas, El Porvenir, Canaripó y Caño de Piedra, ubicados en el río Ventuari[1]. También

[1] Rafael Del Naranco, "Acusada la GN de Violar Indias y Hacer Contrabando de Oro declara Julio Castillo". Diario *El Mundo*. Caracas, 15 de agosto de 1984.

en el mes de agosto de aquel año 1984, la prensa reportó actividades inusuales y de diversa índole que puso en evidencia, como a pesar de la diferencia de intereses, se realizaron acuerdos entre militares, misioneros Salesianos y hasta con un grupo de ex guerrilleros y profesores universitarios, que se trasladaron hasta el Amazonas para desarrollar allí un plan subversivo inspirado en el movimiento Sendero Luminoso y en el Libro Verde de Khadaffi[2-3-4-5].

Igualmente, fue durante el mes de agosto de ese año que los ex guerrilleros y los misioneros Salesianos interesados en desarrollar planes particulares en ciertos lugares; coincidieron para sacar del Amazonas a los Sres. Hermann Zingg y Hugo Borrell, quienes con gran esfuerzo habían desarrollado dos hatos ganaderos en unas sabanas deshabitadas de la cuenca del río Manapiare[6]. Por otra parte, también los Salesianos y los guerrilleros convinieron para desacreditar a las Misiones Evangélicas de las Nuevas Tribus, denunciándolos como agentes de la CIA. Aunque a partir de 1950 fuera el Pastor James Barker el primero en hablar la lengua *Yanomamö* y en instalar una misión religiosa entre ellos[7].

Respecto a la Expedición organizada por la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias FUDECI al Cerro de la Neblina, su presencia en el extremo sur la Amazonía venezolana, resultó desde 1983 un foco de interés especial para algunos políticos y para la Guardia Nacional de la región; porque al parecer, el transporte que requerían los investigadores por medio de avionetas, helicópteros y bongos para llegar hasta el extremo sur del Territorio, de alguna forma ocasionaba interferencia

---

2 Rafael Del Naranco, "Guerrilla tipo "Sendero Luminoso" en Amazonas fomentan grupos de izquierda". Diario *El Mundo*. 2 de agosto de 1984.

3 Gloria Rodríguez-Valdés, "Veintiséis Personas Ligadas a una Revolución que Planea Khadafi". Diario *El Universal*. 15 de agosto de 1984.

4 Ricardo Escalante, "Sectores de Ultraizquierda pretenden internacionalizar la Amazonía". Diario *El Universal*, Portada y p. 1-12. Caracas, 8 de agosto de 1984.

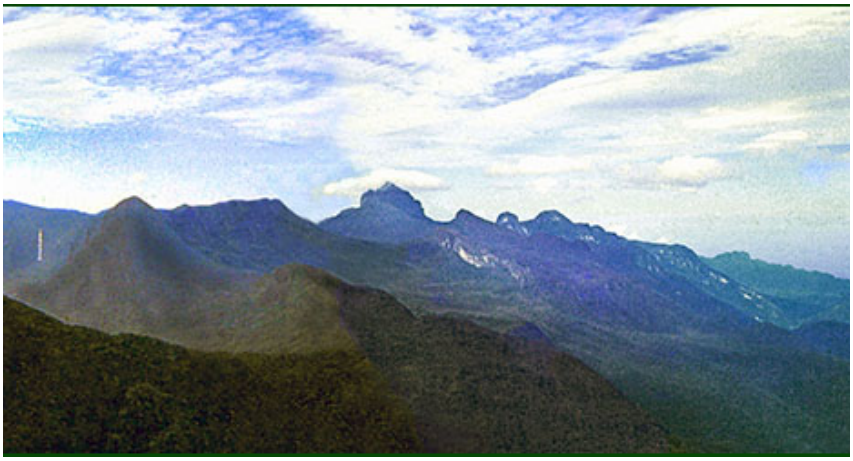
5 Omar Zavarce, "Movimiento Separatista fomentaban en Amazonas grupos extremistas infiltrados en la zona. Denuncia la diputada Paulina Gamus a Héctor Valverde, Esteban Emilio Monsonyi, Gerardo Clarac y a la antropóloga Nelly Arvelo". *Diario 2001*. 5 de septiembre de 1984.

6 Ramón Koesling, "Liberados por el Juez los Peones Acusados de Masacrar Indios Piaroa. Las acusaciones eran falsas". Diario *El Universal*, 9 de julio de 1984.

7 Omar Zavarce, "Misioneros que son espías serían expulsaos del país". Diario *2001*. 9 de agosto de 1984.

para los torvos intereses de los políticos de izquierda que se estaban instalando allí, así como para los negocios que los militares empezaban a desarrollar en la Amazonía.

Como resultado de las componendas entre aquellos factores de influencia, los hatos ganaderos de Borrell y Zingg fueron expropiados, las Misiones Nuevas Tribus serían expulsadas del país y la Expedición al Cerro de la Neblina, que se había estimado duraría 50 años realizando investigaciones, quedaría detenida. Esto último, resultó en una gran frustración para quienes coordinábamos esta importante Expedición internacional y multidisciplinaria, así como para las 42 instituciones científicas a las que pertenecían los 127 investigadores internacionales de renombre que participaban junto con los investigadores venezolanos en el conocimiento del Bioma Amazónico. Pero además, por ser director de la Expedición al Cerro de la Neblina nuestro nombre y el trabajo que hacíamos quedó temporalmente desacreditado, debido a que tanto los militares como varios políticos y ex guerrilleros denunciaron por la prensa, que los que participábamos en esa expedición, la empleábamos como una cortina de humo para realizar minería de oro, espionaje y contrabando de especies animales y vegetales...!



1984- Río Tiriricó, meseta de Titiricó y el Pico da Neblina en el cañón del río Baría. Parque Nacional Serranía La Neblina. Reserva de Biósfera Alto Orinoco-Casiquiare. (Foto Charles Brewer-Carías 1984)

Campamento No VII a 1800 msnm ubicado en el brazo oriental del Cañón del río Baría de la cumbre el Cerro de la Neblina, fue uno de los 12 campamentos hasta donde los investigadores fueron aerotransportados para realizar sus observaciones. (Foto Charles Brewer-Carías 1984)

Aquel ataque extrañamente desmedido en contra de la Expedición y con mayor saña en contra de mi persona, se inició a partir de una visita que el 12 de marzo de 1984 hicieran al Campamento Base de la Expedición, el General de la Guardia Nacional (GN) Alí Soto Vargas, Jefe del Comando General No 6 de las Fuerzas Armadas de Cooperación (FAC) y un Mayor (GN) encargado de Seguridad (S-2), quienes considerarían como sospechoso un lugar del campamento donde se había hecho una pequeña excavación de 2m x 2m x 70 cm para enterrar la basura..!.

Dos meses después, a finales del mes de junio de ese año 1984, el diputado César Alayón sorpresivamente expresaría en declaraciones a la prensa, que la Expedición que dirigíamos en el Cerro de la Neblina era empleada como una "Cortina de Humo" para realizar minería de oro, y que cometíamos delitos de "Lesa Patria" porque los investigadores que se encontraban allí trabajaban como espías ingleses y americanos (para la guerra de la Malvinas) y propiciaban la fuga de información científica al hacer contrabando de especies vegetales y animales[8].

[8] Luis Lira Puerta, "El Diputado César Alayón acusa al ex ministro de la Juventud de cometer delitos de "Lesa patria" y de contrabando de especies, porque los científicos son espías". Diario *El Mundo*. 25 de junio de 1984.

Este fue uno de los 10 Grupos de investigadores que se hospedaron en el Campamento Base de la Expedición al Cerro de la Neblina en 1984, quienes fueron denunciados por la Guardia Nacional de ser mineros y espías imperialistas.

Un mes después de aquella denuncia del diputado Alayón, el General (GN) Alí Soto Vargas, que estuvo en el Campamento Base, acusó a Brewer-Carías de ser espía y de sacar oro en aquel campamento de la expedición[9-10].

Pero aquellas insólitas acusaciones sobre el oro en el campamento, los espías y el contrabando de especies animales y vegetales no tenía fundamento alguno y nos pareció un montaje divertido; empezando porque la excavación de dos metros por dos metros que llamó la atención de los dos militares era obviamente el lugar donde se enterraba la basura. Pero el Mayor (GN) Jefe de inteligencia (S-2) del Destacamento de Fronteras 61 ubicado en Puerto Ayacucho se tomó en serio lo del hueco para la basura y detuvo al Sr. Carlos Mora, quien era el encargado de transportar el combustible desde Puerto Ayacucho hasta la estación de reabastecimiento de Canaripó en el río Ventuari y lo interrogó bajo amenaza de prisión para que certificara en sus declaraciones, que en la Expedición del Cerro de la Neblina se estaba buscando oro[11].

---

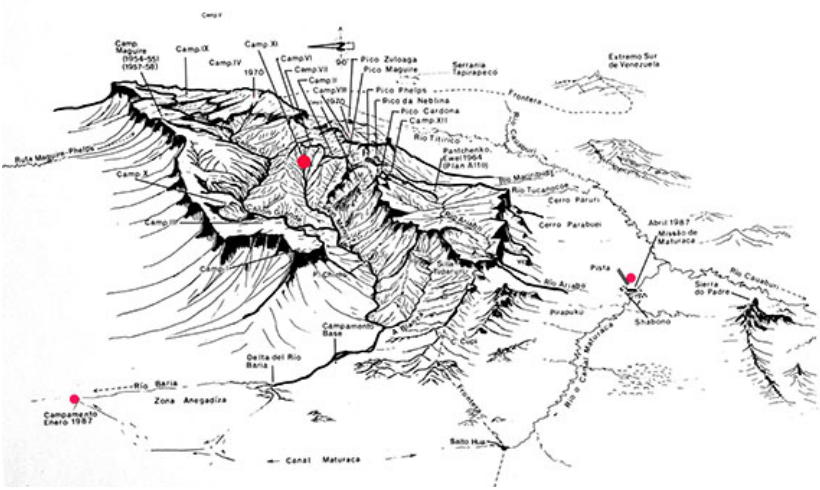
9 Soto Vargas. Informe interno No DC-00996/84-03-21 para el Destacamento 61 de las FAC en Puerto Ayacucho.

10 Jorge Villalba, "Importantes personalidades implicadas en Extracción y Comercio ilegal de Oro Denuncian oficiales de las FAC en Amazonas". Diario *El Universal*. 1 de agosto de 1984.

11 Ross Mary Gonzatti, "Carlos Mora declara que fue amenazado por el Mayor Sergio Milano de las FAC si no comprometía a Charles Brewer", *El Diario de Caracas*. p.5. 14 de agosto de 1984.

Después, el 1ro de agosto, los mismos oficiales de la Guardia Nacional presentaron ante el Congreso Nacional un "Informe Secreto" mediante el cual se nos acusaba entre otras cosas, de ser "contrabandistas de oro"[12].

Nuestra respuesta de aquella difamación y las calumnias no se hicieron esperar, y ante el Fiscal General de la República y también ante el General Sandoval Hernández Comandante General de la Guardia Nacional, denunciamos respectivamente por difamación y calumnia a 4 parlamentarios, y a dos militares por violar el Código de Justicia Militar[13-14]. Terminando así aquella vorágine de acusaciones.



Posición de los 12 Campamentos en la cumbre el Cerro de la Neblina entre 1983 y 1985. (Ilustracion Charles Brewer-Carías 1984)

Pero esta denuncia absurda y difamatoria repetida en un centenar de artículos de prensa publicados entre junio y agosto de 1984, no fue suficiente para detener la expedición; por lo que desde entonces fuimos sometidos a humillantes revisiones personales y de equipaje por

[12] Rafael Del Naranco, "Acusado Ex Ministro de la Juventud de contrabandista de oro en Amazonas. Mediante un Informe Secreto presentado por el General (GN) Alí Soto Vargas". Diario *El Mundo*. 2 de agosto de 1984.

[13] Luis Lira Puerta, "Acusados por Charles Brewer-Carías de Difamación y Calumnia Cuatro Diputados y tres militares". Diario Últimas Noticias, 15 de agosto de 1984.

[14] Ernesto Rodríguez, "Ex Ministro Brewer-Carías Denunció ante Diputados a 4 Parlamentarios y a dos oficiales ante el Comandante General de las Fuerzas Armadas de Cooperación". Diario *El Mundo*. 15 de agosto de 1984.

la Guardia Nacional, dando como resultado la pérdida de algunas colecciones de plantas y animales ya catalogadas. Lo que provocó que al año siguiente se detuvieran las investigaciones y se desmantelara toda la compleja organización. No obstante, los 125 científicos de 40 instituciones que participaron comenzaron a publicar los resultados de sus investigaciones que recogimos en un libro emblemático de casi 1000 páginas publicado en 1987, donde informamos sobre los Resultados de la Expedición hasta aquel momento y resultó una referencia obligatoria para todas las instituciones y universidades que participaron en la expedición[15].

Como una jugarreta del destino se pudo conocer después que el Diputado César Alayón, el que nos acusó primero, se encontraba durante aquel mismo lapso de tiempo de sus denuncias involucrado en el contrabando de éter, acetona y combustible hacia Colombia[16], y tres años después se pudo comprender el origen del absurdo empeño del General (GN) Alí Soto Vargas y del Mayor (GN) Jefe de Seguridad para sacarnos de la región acusándonos de ser un minero y contrabandista de especies animales; porque se supo que en aquel mismo año en que hizo sus denuncias, el General Soto se encontraba vinculado con la narco guerrilla y habría participado en el secuestro del ganadero Alfred De Vries en 1986[17].

Aunque el General Soto ya falleció, el otro oficial Mayor (GN) y Jefe de Seguridad (S2), que fue el más empeñado en descalificarnos y se encuentra aún vivo, he decidido no identificarlo en este informe debido a que en la actualidad (2020) apareció declarando como "antropólogo" en una propaganda gubernamental para promocionar el desarrollo del Arco Minero del Orinoco[18]. No obstante, si alguien estuviese

---

15 Ch. Brewer-Carías, (Editor) *Cerro de la Neblina. Resultados de la Expedición 1983-1987. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales,* FUDECI, y Editorial Sucre, Caracas. 1988. 922 p.

16 Plácido Barrios, "Desmantelaron "Narcos" en Amazonas. Entre estos se encuentra el hermano del diputado César Alayón". *El Diario de Caracas,* 31 de mayo de 1985.

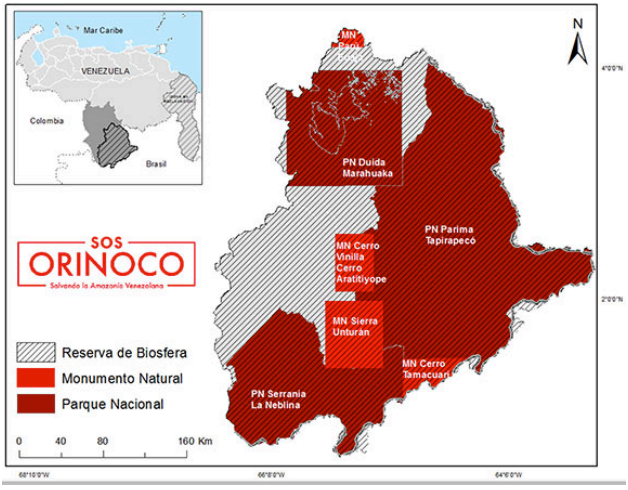
17 José Tomás Puchi Peña. "Un Coronel retirado de la GN y abogado, denunció al General Soto Vargas por corrupción administrativa". *El Diario de Caracas,* p.26. 16 de diciembre de 1987.

18 http://www.desarrollominero.gob.ve/zona-de-desarrollo-estrategico-nacional-arco-minero-del-orinoco/

interesado en conocer la identidad de este indigno ex Mayor de las FAC que habría estado al tanto de las actividades que realizaba su General, y que debido a cierto resentimiento logró que se detuviera el desarrollo de la expedición científica más ambiciosa en la historia de las ciencias naturales[19], puede identificarlo revisando los artículos de prensa referenciados.

Neblinaria celiae. Planta endémica de las cumbres el Cerro de la Neblina. (Foto Charles Brewer-Carías 1984)

1.2. El Bidón de oro y la Reserva de Biósfera en 1991



Ubicación de la Reserva de Biósfera Alto Orinoco-Casiquiare con los Parques Nacionales y Monumentos Naturales que fueron definidos por los Decretos 1635 y 1636 del 5 de junio de 1991.

[19] Berenice Gómez, "35 Científicos Participan en la más Grande Expedición de la Historia de las Ciencias Naturales". Revista *RESUMEN* No 580. Pp.17-28. 23 de diciembre de 1984.

A finales del año 1990, la historia de que teníamos intereses mineros en el Amazonas volvió a repetirse y con despliegues alarmantes por la prensa, porque los misioneros Salesianos, los antropólogos de escritorio y especialmente los militares que se beneficiaban con los recursos mineros la zona, se reunieron para difamarnos y descalificarnos, buscando evitar que el Presidente Carlos Andrés Pérez nos prestara atención; porque le habíamos recomendado que decretara una Reserva de Biosfera en Amazonas. Pero más que todo, porque solicitábamos entre otras cosas, que tanto a los misioneros de cualquier religión como a los militares, se les impidiera la entrada a esa región[20]. A los misioneros para evitar que de buena fe intentaran cambiarles las creencias a los indígenas que viven allí y a los militares, para que no se sintieran tentados a participar en el contrabando de oro, acetona y combustible con Colombia.

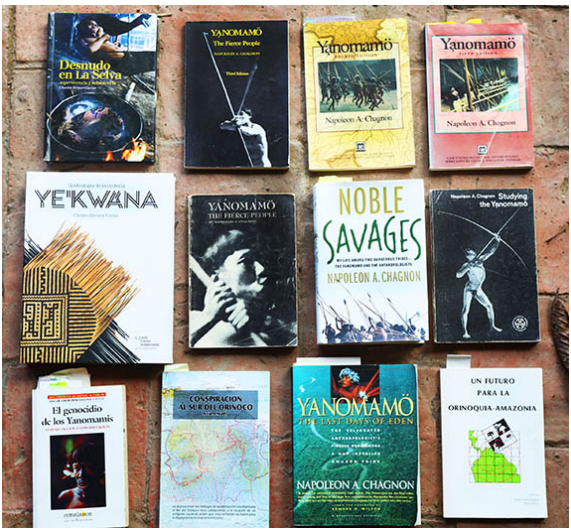
Como resultado de esta propuesta, los representantes de las políticas indigenistas emplearon con mayor malicia la misma estrategia de acusarnos de ser un minero furtivo y otros calificativos estigmatizantes; porque en esta cruzada por crear una gran reserva de Biósfera que le habíamos propuesto al Presidente[21], estábamos acompañados por el Sociólogo Issam Madi y por Napoleon A. Chagnon, con quien habíamos participado veinte años antes en unas treinta expediciones para estudiar a los indígenas *Yanomamö* y quien en esta oportunidad sería invitado oficialmente por el Presidente para asesorarle y para que continuara con sus investigaciones entre los *Yanomamö* que se habían detenido en 1988 por decisión de los antropólogos locales del antisistema, por no decir resentidos, como lo fuera el mismo Director de Asuntos indígenas; quienes le impidieron a Chagnon que regresara al campo, acusándolo de ser darwinista, imperialista, machista y etnocida y también se

[20] Asdrúbal BaGrrios. "Cultura vírgen en el Amazonas". Entrevista a un grupo expedicionario conformado por Chagnon, Brewer y Madi que localizaron poblaciones Yanomamis nunca antes contactadas. "Que no haya misiones, y tampoco puestos militares fronterizos, o mercaderes y asesores", es la categórica posición de los expedicionarios." Diario *El Nacional.* 25 de septiembre de 1990.

[21] Jesús Lossada Rondón, "Yanomami Tesoro Humano y Biológico", Se reporta la entrevista que tuvieron con el Presidente Carlos Andrés Pérez el ex ministro Brewer-Carías, Napoleon Chagnon y el Prof. Issam Madi, durante la cual propusieron al Presidente que declarara una Reserva de Biósfera. *El universal.* 20 de septiembre de 1990.

opusieron a que Issam Madi tradujera el libro de Chagnon *"Yanomamö the Fierce People"*, del cual se habían vendido entonces 1 millón de ejemplares para un estimado de 7 millones de lectores.

Con el apoyo de imágenes polaroid Chagnon registró la composición de los grupos familiares. En este caso se identificaron las familias que residían en el Shapono de Konapuma-teri en la Sierra de Unturán (Fotografía Javier Mesa. 10-9-1990).



Estas son algunas de las publicaciones que hicimos Napoleon A. Chagnon, Charles Brewer-Carías, Issam Madi y Edgar Cherubini Lecuna y que ponen en evidencia el conocimiento que teníamos sobre la Amazonía.

En este capítulo correspondiente a la forma como se intentó impedir nuestra asesoría para que el Presidente decretara la Reserva de Biosfera de 1991, consideramos que uno de los elementos más

importantes fueron los "correos de odio" preparados por la Misión Salesiana desde el más alto nivel, incluido la repartición panfletos para desacreditarnos en las iglesias, empleando las mismas acusaciones que les había dado tan buenos resultados en 1984[22]. Pero en esta nueva oportunidad, contando con el asesoramiento de un conocido antropólogo francés y pederasta que vivía en la Misión y que sin mayor recato depredaba a los niños indígenas que estudiaban y quien a pesar de que sus aliados, los misioneros y los antropólogos del antisistema, se desentendían del asunto cada vez que reclamábamos privadamente aquel proceder; su actuación se dio a conocer internacionalmente varios años después gracias a algunas publicaciones[23-24] y especialmente por medio de un revelador documental titulado **"*Secrets of the Tribe*"** dirigido por el prestigioso productor brasileño José Padilha, que exhibió y el resultado de su investigación fue nominado al premio en el Sundance Film Festival, el 22 de enero de 2010.

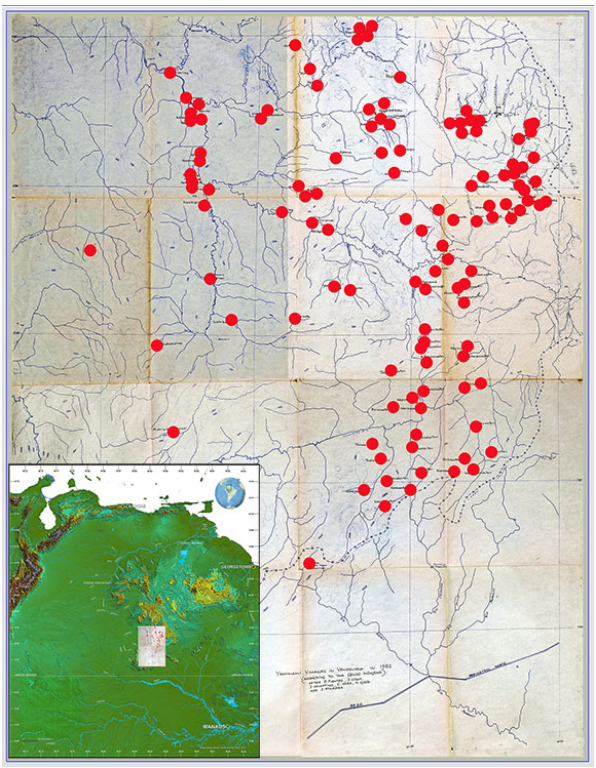
El Bidón de Oro

Otro de los guiones que emplearon los militares y políticos afines al antisistema para desacreditarnos e invalidar la asesoría que le dábamos al Presidente Pérez para que reglamentara la Reserva de Biósfera, fue el tema del Bidón de Oro, el cual se refiere a la estrategia que emplearían tres oficiales militares detenidos por el abortado Golpe de Estado contra el Presidente Pérez el 27 de noviembre de 1992 y que después participaron en el desgobierno del país durante más de veinte años. Pero como en aquel momento se encontraban presos, desde la cárcel aprovecharon para atacar al Presidente Pérez y a nosotros, haciendo unas denuncias falsas sobre un vuelo de helicóptero que casi dos años antes (25 de enero de 1991) fue organizado la Fundación FUNDAFACI dirigida por la Sra. Cecilia Matos, con el objeto de atender una emergencia médica en el poblado de *Washewa-teri* en el río Mavaca. En aquella oportunidad,

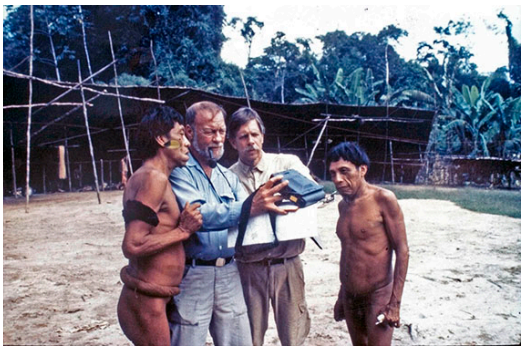
[22] Un Grupo de Misioneros del Alto Orinoco, "Consideraciones a un documento de Charles Brewer Carías". 32 pp. Mavaca, 24 de mayo de 1991.

[23] Mark Andrew Ritchie, "Spirit of the Rainforest, a Yanomamö Shaman's story". 271 p. *Island Lake Press*, Chicago 1996 (ver pp. 141, 144 y 147)

[24] María Yolanda García, "Denuncian comandantes de la FAV: Cecilia Matos no iba a proteger indígenas sino a sacar oro del Amazonas". Diario *El Nacional* portada y p. D-1. 17 de enero de 1993.



Ubicación de los Shaponos Yanomamö dentro de la Reserva de Biósfera Alto Orinoco Casiquiare al sur del Estado Amazonas en 1982. Mapa elaborado por Chagnon con la colaboración de la Misión Nuevas Tribus.



Los Yanomamö nos ayudaban a determinar rumbos y distancias señalando la dirección donde se encontraban otros pueblos que conocían y los días necesarios para llegar hasta ellos. Eso nos permitió ubicar los poblados Yanomamö cercanos a Doshamosha-teri en el Alto Río Siapa. Mientras estaba allí, el 19-10-1990 nació mi hijo John Dosha en Caracas. (foto Javier Mesa)

tres militares que estaban presos en Fuerte Tiuna (Los tenientes coroneles Luís Reyes, William Fariñas y Wilmar Castro) emplearon contra el Presidente Pérez y nosotros una falsa información que les dio el piloto del helicóptero, quien se encontraba molesto *"porque la Sra. Matos no lo había saludado bien",* y denunciaron por la prensa[25] que el termo de 10 litros lleno con Nitrógeno líquido que iba a bordo en el que viajamos acompañados por el Dr. Raul Welder, el Dr. Olivares del IVIC, el Príncipe Dimitri de Yugoeslavia, la Dra. Mónica Perret y el Dr. Héctor Padula director del Grupo Parima-Culebra, con el propósito de tomar unas muestras de sangre y conservarla para su estudio. ¡Era un "bidón lleno de oro" …!, y que por esa razón lo cuidábamos con especial atención sosteniéndolo entre las piernas[26]. Aquella denuncia que fue repetida innumerables veces por la prensa, se emplearía para desacreditar el gobierno del Presidente Pérez al final de su mandato y aquel bidón de oro quedaría como algo real en el subconsciente colectivo, aunque aquella acusación se deshiciera completamente cuando solicité ir a juicio junto con los comandantes presos, quienes no ratificaron su acusación ante el juez David Pérez Perera[27].

El intento de asesinato en Dorita-teri

Este fue otro evento importante que tuvo lugar en un distante poblado *Yanomamö* mientras realizábamos una filmación para promocionar a nivel internacional la decisión del Presidente Pérez de resguardar la Amazonía decretando una de las Reserva de Biósfera más extensas del mundo con 8.232.000 hectáreas.

Ya habíamos sido informados de una masacre que había ocurrido en el poblado Lechoza *(11, p.120),* y de otros asesinatos de hombres y

---

25 María Yolanda García, "Denuncian comandantes de la FAV: Cecilia Matos no iba a proteger indígenas sino a sacar oro del Amazonas". Diario *El Nacional* portada y p. D-1. 17 de enero de 1993.

26 José Luís Olivares, "Contraloría de las FAN investiga denuncias contra Cecilia Matos y Charles Brewer Carías por el uso indebido de los recursos materiales de las FAV en presuntas labores de explotación y comercialización de oro. *Ultimas Noticias* p.10. 28 de enero de 1993.

27 Edgard López, "Juez no encontró pruebas contra Cecilia Matos". Los oficiales no ratificaron sus denuncias en las declaraciones ante el Juez. "Solo señalaron que en la zona había mucho oro" *El Diario de Caracas* p.10. 10 de febrero de 1993.

mujeres *Yanomamö* que tuvieron lugar a la manera "*badao*" (sin motivo) y que lo cometieron unos *Yanomamö* que vivían en la Misión, empleando para ello las escopetas que los Salesianos habían repartido para que fueran a cazar. Pero como conocíamos de algunos de estos asesinatos y donde fueron ejecutados, por precaución nos mantuvimos alertas después de haber recibido personalmente las amenazas que el Hermano Juan Finkers profirió contra nosotros cuando estuvimos en el poblado de *Mavakita (Kedebaböwei-teri)* situado en el río Mavaca, cuando fuimos allí para dejar unos barriles de combustible para abastecer los vuelos que nos permitirían llegar hasta *shaponos* habitados por grupos *Yanomamö* no contactados. Fue entonces cuando el Hermano Finkers le informó a los *Yanomamö* de Mavakita, que nosotros éramos unos garimpeiros que les envenenábamos el agua con mercurio, que le robábamos el alma con las fotografías y le espantábamos la cacería con el ruido del helicóptero; por lo que debían detenernos de "alguna" manera. *(13.p. 415)*.

Shapono desconocido y nunca contactado en el alto río Siapa 1991. (Foto Charles Brewer-Carías 1984)

A partir de entonces pusimos mayor cuidado a cualquier rumor o comentario, y por esto no nos extrañó cuando en esos mismos días a finales de 1990, Issam Madi fuera invitado a una reunión en la Cervecería Altamira por el antropólogo francés Jacques Lizot, quien lo esperaba

allí acompañado por el Misionero Salesiano José Bortoli y el antropólogo Jesús Ignacio Cardozo, y en aquella oportunidad fuera amenazada su integridad física al ser advertido sin rodeos, que algo malo le podría pasar si se trasladaba al Alto Orinoco acompañando a Chagnon y a Brewer[28] *(p. 60)*.

Shapono de Dorita-teri. La estrecha entrada al Shapono se aprecia en el borde inferior de la imagen. (Foto Charles Brewer-Carías 1984)

Pero el incidente más grave ocurriría el 17 de mayo de 1991, durante una expedición al poblado de *Dorita-teri,* donde fuimos acompañados por un equipo de filmación de Venevisión dirigido por la periodista Martha Rodríguez Miranda con el propósito de promocionar la idea de la Reserva de Biósfera, y en esa oportunidad el capitán de ese *Shapono* temido por su prestigio como *unokai* se abalanzó con un hacha para matar a Chagnon y pude intervenir para evitarlo al atajarle el brazo y seguidamente empujar fuertemente y derribar al otro *Yanomamö*

[28] Margaret Dubin, "Yanomamö Lands". En este artículo la reportera informa sobre la amenaza contra la vida de Chagnon cuando este visitó un poblado Yanomami en 1991 (Dorita-teri) que conocía desde hacía 27 años. Donde los indígenas fueron preparados contra Chagnon y Brewer porque ellos supuestamente eran mineros que ocasionaban la muerte de niños por medio de las fotos que les tomaba y además les envenenaba el agua con mercurio". *Native Peoples Magazine,* Vol 5, Nº 4. pp.64-68. Phoenix, Arizona. 1 de julio de 1992.

Unokai que me amenazaba. Aquella inesperada reacción generó una gran confusión y provocó una gritería de las mujeres. Todo ello presenciado por nuestro asistente Javier Mesa en primer plano y por dos de los camarógrafos que estaban a su lado y que estuvieron filmando subrepticiamente. Esta incómoda y muy peligrosa situación fue descrita con detalle en varias publicaciones[29-30-31].

De aquel importante y casi trágico evento bien documentado, pudimos conocer su origen con detalle de la boca de nuestros atacantes cuatro meses más tarde, cuando varios hombres del *shapono* de Doritateri nos interceptaron el 8 de septiembre de 1991 mientras estábamos en otra expedición en el poblado de *Ashidowa-teri* , y al encontrarnos en el patio nos informaron por voluntad propia lo que había ocurrido en Dorita cuatro meses antes. Supimos así que en la Misión de Platanal fue el lugar donde uno de los misioneros le sugirió a un *Yanomamö* conocido como el "Comisario" Alfredo, sobre la necesidad de nuestro asesinato en condiciones que permitieran excusarse; haciendo ver como si hubiese sido por algún problema personal entre los *Yanomamö* y nosotros. Por lo que es importante ver la declaración de Monseñor Ignacio Velasco ante la prensa que cito a continuación, en la ocasión de intentar impedir nuestra investigación sobre las causas de la Masacre de *Hashimo*, y que permite entender el criterio que originó aquella oscura orden susurrada para que el "Comisario" Alberto le pidiera a los *Unokai* (asesinos) que actuaran en contra nuestra en el poblado de *Dorita-teri* el 17 de mayo de 1991 *(9. p. 235-239).*

"Este señor es nefasto y ha levantado un rencor y odio entre los indígenas que ojalá no reviente uno de estos días. Por favor Señor Ayala, ayúdenos a que este gobierno reaccione. Esta situación que planteo

---

29 Napoleon A. Chagnon, *Yanomamö. Fourth Edition. Harcourt Brace Jovanovich College Publishers*. 1992-a. 266p. Se escribe el intento de asesinato contra Brewer y Chagnon por parte de unos yanomamis del poblado de Doritateri instigados por un misionero. (Dorita-teri: ver las páginas 235-239).

30 Napoleon A. Chagnon, *Yanomamö, The Last Days of Eden.* W/Foreword by Edward O. Wilson. Harcourt Brace Jovanovich, Pub. 1992-b. 309 pp. ISBN # 0-15-699682-0 (Dorita-teri: ver las páginas 278- 283)

31 Issam Madi, *Conspiración al Sur del Orinoco* Copy Press Caracas, 1998. 153 p. (Denuncia el autor Madi las actividades de la izquierda política -el contrasistema- para desacreditar a los miembros de la Comisión Yanomami e impedir que se reglamentara el Decreto Presidencial 1935 sobre la Reserva de Biósfera. (Atentado en Dorita-teri. Ver pp. 71-72).

que se ve insignificante, ha ido creciendo y puede producir, en cualquier momento un alud de inusitada violencia, cuyas consecuencias serán impredecibles"[32].

Todo aquel enfrentamiento se debió principalmente, a que entre las regulaciones que el sociólogo Issam Madi, el antropólogo Napoleon Chagnon y mi persona propusimos para que fueran incluidas en el Decreto para la Reserva de Biósfera, sugerimos que además de garantizarle la protección sanitaria contra las enfermedades foráneas a los indígenas *Yanomamö*, a los *Ye´kwana* y a las otras 15 etnias que vivían allí, insistimos en que también se les impidiera el ingreso a esta región a los misioneros de cualquier religión y a los militares[33].

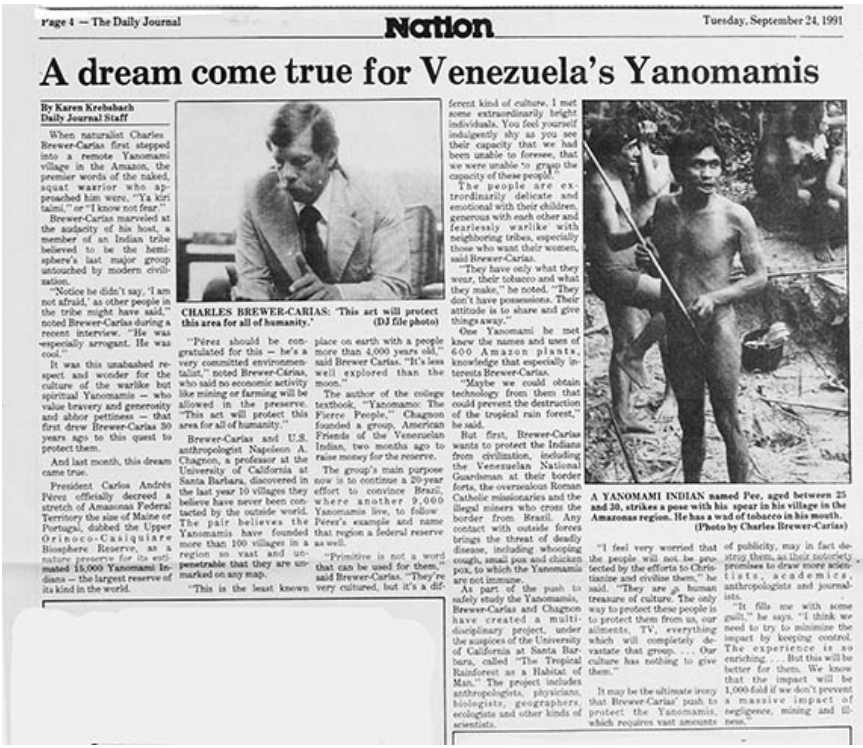
Grupo de Yanomamö visitantes en la Sierra Unturán de la Reserva de Biosfera. (Foto Charles Brewer-Carías 1966)

Aquellos Decretos sobre la Reserva de Biósfera y el Parque Nacional Parima-Tapirapecó (Decretos 1.635 y 1.636) fueron publicados finalmente el 5 de junio de 1991, y junto con esa publicación también

[32] David Ayala, " La Inexistencia de una Política definida de fronteras ha convertido a la Amazonía en "tierra de todos", Denuncian misioneros salesianos. Diario *Ultimas Noticias*. P. 22. Caracas. 5 de octubre de 1993.

[33] Charles Brewer, & Issam Madi. 1991. Observaciones que inciden sobre la reglamentación de un Área Bajo Régimen de Administración Especial al sur del Territorio Amazonas- Caso Yanomami. Texto de 16 páginas presentado en el Congreso: "Un Futuro para la Orinoquia-Amazonía". 13 de marzo de 1991 y referido a la p.72.

quedaron protegidos, 3 parques nacionales (Duida Marahuaka, Parima Tapirapecó y Serranía La Neblina) y 4 monumentos naturales (Cerro Vinilla/Cerro Aratitiyope, Sierra Unturán, Cerro Tamacuari y Serranía Tapirapecó), los cuales, junto con el Cerro Parú, servirían para garantizar la protección de los tepuyes del área amazónica, así como los bosques tropicales húmedos que se extienden desde las tierras bajas en la penillanura del Casiquiare, hasta los sistemas de serranías del Alto Orinoco que llegan hasta los 3.000 metros de altitud en el Parque Nacional Serranía de la Neblina.



Page 4 — The Daily Journal **Nation** Tuesday, September 24, 1991

A dream come true for Venezuela's Yanomamis

By Karen Krebsbach
Daily Journal Staff

When naturalist Charles Brewer-Carias first stepped into a remote Yanomami village in the Amazon, the premier words of the naked, squat warrior who approached him were, "Ya kiri taimi," or "I know not fear."

Brewer-Carias marveled at the audacity of his host, a member of an Indian tribe believed to be the hemisphere's last major group untouched by modern civilization.

"Notice he didn't say, 'I am not afraid,' as other people in the tribe might have said," noted Brewer-Carias during a recent interview. "He was especially arrogant. He was cool."

It was this unabashed respect and wonder for the culture of the warlike but spiritual Yanomamis — who value bravery and generosity and abhor pettiness — that first drew Brewer-Carias 30 years ago to this quest to protect them.

And last month, this dream came true.

President Carlos Andrés Pérez officially decreed a stretch of Amazonas Federal Territory the size of Maine or Portugal, dubbed the Upper Orinoco-Casiquiare Biosphere Reserve, as a nature preserve for its estimated 15,000 Yanomami Indians — the largest reserve of its kind in the world.

CHARLES BREWER-CARIAS: 'This act will protect this area for all of humanity.' (DJ file photo)

"Pérez should be congratulated for this — he's a very committed environmentalist," noted Brewer-Carias, who said no economic activity like mining or farming will be allowed in the preserve. "This act will protect this area for all of humanity."

Brewer-Carias and U.S. anthropologist Napoleon A. Chagnon, a professor at the University of California at Santa Barbara, discovered in the last year 10 villages they believe have never been contacted by the outside world. The pair believes the Yanomamis have founded more than 100 villages in a region so vast and unpenetrable that they are unmarked on any map.

"This is the least known place on earth with a people more than 4,000 years old," said Brewer Carias. "It's less well explored than the moon."

The author of the college textbook, "Yanomamo: The Fierce People," Chagnon founded a group, American Friends of the Venezuelan Indian, two months ago to raise money for the reserve.

The group's main purpose now is to continue a 20-year effort to convince Brazil, where another 9,000 Yanomamis live, to follow Pérez's example and name that region a federal reserve as well.

"Primitive is not a word that can be used for them," said Brewer-Carias. "They're very cultured, but it's a different kind of culture. I met some extraordinarily bright individuals. You feel yourself indulgently shy as you see their capacity that we had been unable to foresee, that we were unable to grasp the capacity of these people."

The people are extraordinarily delicate and emotional with their children, generous with each other and fearlessly warlike with neighboring tribes, especially those who want their women, said Brewer-Carias.

"They have only what they wear, their tobacco and what they make," he noted. "They don't have possessions. Their attitude is to share and give things away."

One Yanomami he met knew the names and uses of 600 Amazon plants, knowledge that especially interests Brewer-Carias.

"Maybe we could obtain technology from them that could prevent the destruction of the tropical rain forest," he said.

But first, Brewer-Carias wants to protect the Indians from civilization, including the Venezuelan National Guardsman at their border forts, the overzealous Roman Catholic missionaries and the illegal miners who cross the border from Brazil. Any contact with outside forces brings the threat of deadly disease, including whooping cough, small pox and chicken pox, to which the Yanomamis are not immune.

As part of the push to safely study the Yanomamis, Brewer-Carias and Chagnon have created a multidisciplinary project, under the auspices of the University of California at Santa Barbara, called "The Tropical Rainforest as a Habitat of Man." The project includes anthropologists, physicians, biologists, geographers, ecologists and other kinds of scientists.

A YANOMAMI INDIAN named Pee, aged between 25 and 30, strikes a pose with his spear in his village in the Amazonas region. He has a wad of tobacco in his mouth. (Photo by Charles Brewer-Carias)

"I feel very worried that the people will not be protected by the efforts to Christianize and civilize them," he said. "They are a human treasure of culture. The only way to protect these people is to protect them from us, our ailments, TV, everything which will completely devastate that group. ... Our culture has nothing to give them."

It may be the ultimate irony that Brewer-Carias' push to protect the Yanomamis, which requires vast amounts of publicity, may in fact destroy them, as their notoriety promises to draw more scientists, academics, anthropologists and journalists.

"It fills me with some guilt," he says. "I think we need to try to minimize the impact by keeping control. The experience is so enriching... But this will be better for them. We know that the impact will be 1,000-fold if we don't prevent a massive impact of negligence, mining and illness."

Es importante mencionar con agradecimiento los libros que en defensa nuestra fueron publicados por el sociólogo Issam Madi[34] y el periodista Edgar Cherubini Lecuna, quien recibió el premio Andrés

[34] Issam Madi, *Conspiración al Sur del Orinoco* Copy Press Caracas, 1998. 153 p. (Denuncia el autor Madi las actividades de la izquierda política -el contrasistema- para desacreditar a los miembros de la Comisión Yanomami e impedir que se reglamentara el Decreto Presidencial 1935 sobre la Reserva de Biósfera. (Atentado en Dorita-teri. Ver pp. 71-72).

Mata por esa publicación[35], en los que relataron con detalle todo lo que ocurrió durante aquel período entre 1991 y 1993; ya que gracias a sus valientes publicaciones se pudo conocer sobre las abrumadoras estrategias difamatorias y "los correos de odio" internacionales que emplearon nuestros detractores para desacreditarnos y tratar de evitar que el Presidente Pérez decretara y reglamentara la Reserva de Biósfera.[36]

Las "reservas de biosfera" son espacios geográficos compuestos por ecosistemas terrestres, marinos y costeros, reconocidas por el Programa sobre el Hombre y la Biosfera de la UNESCO, en los que se fomentan soluciones para conciliar la conservación de la biodiversidad con su uso sostenible, el desarrollo económico, la investigación y la educación. Además, constituyen "sitios de apoyo a la ciencia al servicio de la sostenibilidad", es decir, son zonas especialmente designadas con el objetivo de evaluar enfoques interdisciplinarios para comprender y gestionar los cambios e interacciones de los sistemas sociales y ecológicos, incluidas la prevención de conflictos y la gestión de la biodiversidad[37].

Categoría de Área Bajo Régimen de Administración Especial	Superficie en ha (%total)
Parque Nacional Duida Marahuaka	220.743 (2,68%)
Parque Nacional Serranía La Neblina	1.410.560 (17,14%)
Parque Nacional Parima Tapirapecó	3.729.166 (45,30%)
Monumento Natural Cerro Vinilla / Cerro Aratitiyope	3.414 (0,04%)
Monumento Natural Sierra Unturán	47.207 (0,57%)
Monumento Natural Cerro Tamacuari / Serranía Tapirapecó	22.387 (0,27%)
Monumento Natural Parú Euajá	40.003 (0,49%)
Porción de la RBAOC que no está bajo ninguna de las anteriores ABRAE	2.758.521 (33,51%)
Superficie total	**8.232.001 (100%)**

Un aspecto conceptual fundamental de las reservas de biosfera es que se deben zonificar, u ordenar territorialmente a su interior, en tres pos de zonas, interrelacionadas, que cumplen tres funciones conexas, complementarias y que se refuerzan mutuamente: a) La "zona núcleo", compuesta por un ecosistema protegido estrictamente, y que contribuye

35 Edgar Cherubini Lecuna, *El Genocidio de los Yanomamis. Verdad, Ficción y Confabulación.* Edición por demanda. Comala.com. Caracas, 2001. 258 p. Premio Andrés Mata.

36 Karen Krebsbach, "A dream come true for Venezuela´s Yanomamis". *The Daily Journal.* P. 4. Caracas. 24 de septiembre de 1991.

37 http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/environment/ecological-sciences/biosphere-reserves/

a la conservación de los paisajes, ecosistemas, especies y variaciones genéticas; una reserva de biosfera puede tener una o más zonas núcleo jurídicamente constituidas, en donde se permiten realizar investigaciones y otras actividades poco perturbadoras. b) La "zona tampón o de amortiguación", que rodea el núcleo o colinda con él, y donde se realizan actividades compatibles con prácticas ecológicas acertadas que pueden contribuir a la investigación, el seguimiento, la capacitación y la educación científica; en esta zona se pueden realizar actividades como la educación ambiental, la recreación, el turismo ecológico y la investigación aplicada y básica. c) La "zona de transición", que es la franja de la reserva donde se autoriza un mayor número de actividades para promover un desarrollo económico y humano sostenible desde los puntos de vista social, cultural y ecológico; es considerada una zona de uso múltiple, en la que pueden desarrollarse actividades de aprovechamiento sostenible de los recursos como la agricultura.

1.3. El Oro y la Masacre de Hashimo en 1993

Estado en el que encontramos el shapono de Hashimo-teri donde indígenas Yanomamö y garimpeiros brasileños vivían y trabajaban juntos en una mina cercana. Este poblado (Shapono) estaba situado en la margen derecha del rio Hashimo, afluente del Alto Orinoco, estribaciones E. de la Sierra Parima. Departamento Rio Negro. -N 2º 19.567' y W 63º 46.740' W- . 431 m.s.n.m. (Foto Charles Brewer-Carías 1993)

La prensa brasileña había publicado la primera información sobre un extraño suceso que habría ocurrido durante el mes de julio de 1993 en el *shapono* de *Háshimo-teri* ubicado en un lugar remoto de la frontera entre Brasil y Venezuela en el extremo sureste del Territorio Amazonas. Donde al parecer un grupo de unos 15 garimpeiros habría asesinado entre 20 y 70 *Yanomamö*[38-39]. Y, según informara a la prensa el superintendente de la policía Federal del Estado Roraima Sydney *Lemos*[40], así como al Ministro de Justicia brasileño Mauricio Correia[41], en aquella masacre estaría involucrada la Guardia Nacional de Venezuela, por haber mandado a matar a algunos garimpeiros que trabajaban junto con los *Yanomamö*, porque les habrían negado a los militares una cantidad de oro que habían convenido por dejarlos trabajar!

Pero aquella información resultaba muy confusa y no se sabía, ni de cual lado de la frontera habría ocurrido, ni cuantos *Yanomamö* habían sido los asesinados, por quienes o por qué razón. Al principio se estimó que habían sido unas 72 víctimas indígenas de un grupo de *Yanomamö* que vivían en *Hashimo-teri*. (el poblado de la gallineta) y que según declararon en Brasil, estos *Yanomamö* habrían sido asesinados por venganza por unos garimpeiros brasileños que habrían buscado ayuda en otro grupo de *Yanomamö* que eran enemigos de los *Hashimo* y que también vivían por la región.

---

38 Da Redacao. "La masacre compromete a 15 mineros". Se menciona que la matanza ocurrió como represalia por el asesinato de tres garimpeiros por parte de indios yanomamis que trabajaban como guías para la Guardia Nacional de Venezuela.). Folha De Sao Paulo p.1/10. 20 de agosto de 1993.

39 Brasilia (AFP). "Masacraron yanomamis por prestarse como guías de la Guardia Nacional¨. Versiones de prensa sin confirmación indicaron que la matanza fue en represalia al asesinato de tres mineros ejecutados por indios yanomamis que trabajarían como guías para la Guardia Nacional de Venezuela. Ver nota en 93-08-28.El Diario de Caracas. 21 de agosto de 1993.

40 Sydney Lemos. "Venganza por represión venezolana pudo originar masacre de yanomamis". Es costumbre entre los uniformados venezolanos permitir a los mineros brasileños que se internen en su país para que exploten los yacimientos auríferos, a cambio de un pago mensual de un tributo tasado con base en la cantidad de mineral encontrado. Diario O Globo. Rio de Janeiro (EFE-AP). 22 de agosto de 1993 y Diario El Nacional. Ultima *página y p. A/2. 23 de agosto de 1993.*

41 Rio de Janeiro. El Ministro de Justicia brasileño acusó de masacre a miembros de la Guardia Nacional de Venezuela. Matanza de yanomamis pudo ocurrir en territorio venezolano. Dijo el Ministro de Justicia Mauricio Correia al concluir el interrogatorio a tres sobrevivientes. La policía federal envió a un batallón élite Comando de Operaciones Tácticas l. El Diario de Caracas. 27 de agosto de 1993.

En 1993 el nuevo Presidente de Venezuela era el abogado Dr. Ramón J. Velásquez y su Secretario de Gobierno era Ramón Espinoza y como los conocíamos a ambos, les sugerimos sobre la necesidad de trasladarnos hasta el lugar de *Hashimo* para saber lo que había pasado allí realmente[42-43-44].

El Canciller Fernando Ochoa Antich no estuvo de acuerdo con las declaraciones del Ministro de Justicia Mauricio Correia del Brasil y rechazó totalmente la información de que la masacre habría ocurrido en Venezuela. Igualmente lo expresarían el embajador Sebastián Allegret, así como el Ministro de Relaciones Exteriores Fernando Gerbasi[45-46-47].

---

42 Coromoto Álvarez, "Plantean al Presidente Matanza de Yanomamis". El Presidente Ramón J. Velásquez y el Ministro de la Secretaría Ramón Espinoza, fueron informados sobre la matanza Yanomami por el ex-ministro de la Juventud Charles Brewer Carías, acompañado por el Dr. Hector Padula, médico del grupo Parima Culebra. Últimas Noticias p.18. 28 de agosto de 1993.

43 Yeneiza Delgado Mijares, "Charles Brewer Carías coordinará Comisión Presidencial para estudiar muerte de yanomamis" informó que el presidente Velásquez nombrará una Comisión para estudiar la muerte de los Yanomamis. Brewer declaró que un grupo de Venezolanos se trasladará a la frontera para investigar. Fotografía en portada: aparece Charles en compañía de Allan Brewer Carías, Ministro para la descentralización. Diario *2001*. 28 de agosto de 1993.

44 Wilfred Pulgarin, "El Gobierno ordena investigar lugar de matanza de yanomamis El mandatario tomó la decisión después de entrevistarse con el reconocido experto en temas indígenas Charles Brewer Carías. Le acompañó el médico Héctor Padula del grupo médico Parima Culebra. Charles Brewer Carías insistió en la tesis según la cual es un crimen tratar de convertir a los indígenas a la cultura occidental, en donde no pasan de ser mendigos, sirvientes o peones. "Ellos son soberanos y hay que dejarlos y respetarlos de esa manera". *El Nacional*. 28 de agosto de 1993.

45 José Figueredo, El Canciller Fernando Ochoa Antich dijo: "Rechazo totalmente la noticia que la matanza ocurrió en territorio venezolano, ni que fue cometida por la Guardia Nacional". *El Globo* p.6. 28 de agosto de 1993.

46 Boa Vista-Brasil AFP-AP, 1993 El embajador venezolano en Brasil Sebastian Alegrett negó que miembros de la Guardia Nacional pudieran ser los autores de la matanza. Esos fueron 23 garimpeiros y le facilitaron las identidades al antropólogo Bruce Albert. Las víctimas fueron 18 y no 70 Presidente Velásquez designó una Comisión de especialistas que viajará a la frontera para realizar su propia investigación presidida por Charles Brewer Carías veterano explorador de las regiones amazónicas y conocedor de los Yanomamis. *El Nacional* p.A/2. 30 de agosto de 1993.

47 "Gobierno niega participación de la GN en matanza de yanomamis en el Brasil". El Min. Relaciones Exteriores Fernando Gerbasi dijo que es falso que la Guardia Nacional haya participado en la matanza de los yanomamis, La GN no tiene nada que ver con esas muertes. No fueron tantos, sin embargo, que hayan sido 16 o 18 es sumamente grave. *El Mundo* p.30. 3 de septiembre de 1993.

Por otra parte, al día siguiente el New York Times informaría que el 26 de agosto, después de caminar 8 días habían aparecido 72 sobrevivientes en la misión de *Toototobí* en Brasil, aclarando que la masacre había ocurrido en Venezuela[48]. Al día siguiente José Altino Machado, líder de los mineros, culparía a la Guardia Nacional de Venezuela porque:

> *"Desde el mes de febrero, la Guardia Nacional de Venezuela entrega escopetas de distintos calibre a los indígenas y les utiliza como guías en las operaciones de represión en contra de los mineros ilegales".*

Después de haber sufrido varios ataques por parte de los indígenas, los garimpeiros reaccionaron y mataron a 13 yanomamis en la aldea de *Haximú*[49]. Una costumbre que también habían estado empleando las misiones Salesianas para garantizarse que otras comunidades fueran amenazadas con escopetas por líderes residentes en las misiones, para que admitieran ser "reducidos" en las misiones de Ocamo y Mavaca; tal como lo denunció en varias oportunidades el sociólogo Issam Madi, quien también participaría como miembro de la Comisión[50].

Después de nuestra reunión con el Presidente y el Ministro de la Secretaría el 27 de agosto, sugiriéndoles conformar una Comisión Presidencial para investigar el caso de *Hashimo* otras irregularidades que ocurrían en la Amazonía; por parte de la bancada izquierdista en el

---

48 James Brooke, Brasil La policía federal dice que fueron 16 y no 73 y que la masacre tuvo lugar en Venezuela. Hoy la policía brasileña detuvo sus investigaciones terrestres al ver que estos hechos no ocurrieron en su territorio. El 26 de agosto, después de caminar ocho días aparecieron los 72 sobrevivientes en la misión de Toototobi. *New York Times* p. A4. 1 de septiembre de 1993.

49 (EFE), Rio de Janeiro José Altino Machado, culpa a la Guardia Nacional de Venezuela "Desde el mes de febrero, la Guardia Nacional de Venezuela entrega escopetas de distintos calibre a los indígenas y les utiliza como guías en las operaciones de represión en contra de los mineros ilegales". Después de varios ataques de los indígenas, los garimpeiros reaccionaron y mataron a 13 yanomamis en la aldea de Haximú. *El Nacional*. 2 de septiembre de 1993.

50 Issam Madi, "Las escopetas de los Yanomamis" El sociólogo Madi denuncia la introducción masiva de escopetas a territorio Yanomami por parte de los Salesianos. Estas escopetas son utilizadas para realizar *raids* por parte de un sector de Yanomamis armados que se encuentran escudados en las misiones de Ocamo, Mavaca y Platanal en el alto Orinoco, causando ataques etnocidas contra los otros grupos de Yanomamis distantes, con el propósito de eliminar a sus líderes, raptar a sus mujeres y crear un control y dependencia desde las misiones. Diario *El Nacional* p.4, Caracas. 29 de septiembre de 1993.

Congreso se iniciaron los ataques en contra de nuestra participación y la de Chagnon en esa Comisión, donde ex guerrilleros como Rafael Elino Martínez y oportunistas de ocasión como Carlos Azpúrua y Alexander Luzardo volvieron a enarbolar las falsas acusaciones de que se debía objetar mi presencia, porque anteriormente había sido acusado como traficante de oro por la Iglesia y por la Guardia Nacional (volvimos a lo mismo de 1984)[51-52].

Sin embargo, el Presidente tomó la decisión de apoyarnos, aprobando el **6 de septiembre de 1993** el Decreto No 3127 para que presidiéramos la "**Comisión Presidencial Permanente para el resguardo de los Yanomami y otras poblaciones indígenas que habitan el bosque húmedo tropical de la región Orinoco-Amazónica"**[53-54].

---

51 Gregorio Salazar, "Congreso cuestiona a Brewer Carías para investigar masacre de yanomamis", Parlamentarios del MAS y la Causa R rechazan el nombramiento del ex-ministro de la juventud, explorador y científico Charles Brewer Carías como presidente de la Comisión que investigará a los Yanomamis. Carlos Azpúrua envió una carta al Presidente donde dice que: "Brewer ha sido objetado por organizaciones indígenas, sectores de la iglesia católica e importantes instituciones especializadas e la problemática indígena y ecológica, dada su vinculación a prácticas científicas etnocidas y antiecológicas" Rafael Elino Martínez dice: "No puede entregársele a buscadores de oro la investigación, porque los asesinos fueron buscadores de oro". Alexander Luzardo también da declaraciones (NOTA: esta es la primera nota de oposición pública, en contra de la Comisión que aún no ha sido decretada y va a salir publicada en Gaceta Oficial cinco días después, el dia 8 de septiembre).. Diario *Economía Hoy*. 3 de septiembre de 1993.

52 E. CH. El Diputado Rafael Elino Martínez del MAS dice que "Brewer Carías levanta muchas sospechas para integrar la Comisión venezolana debido a las denuncias en su contra por parte de la Guardia Nacional y por los grupos indigenistas, por los manejos irregulares en la explotación del oro y diamante en el Amazonas".. *El Universal*. 5 de septiembre de 1993.

53 GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA #35.292. "Decreto que constituye una Comisión Presidencial Permanente para el resguardo de los Yanomami y otras poblaciones indígenas que habitan el bosque húmedo Tropical" (Comisión Yanomami) DECRETO Nº 3.127 del dia 6 de septiembre. Designados: Charles Brewer-Carías, Presidente, José Giacopini Zárraga, Luís José González Herrera, Leandro Aristeguieta, Antonio Machado Allison, Héctor Padula, Teodardo Marcano, Issam Madi, Napoleón A. Chagnon y como asesores : Alejandro Mondolfi, Esteban Emilio Mosonyi, Pedro Trebau, Justiniano Velásquez, Francisco Delascio, Ricardo Guerrero, Julio Linares, Fernando Arcaya, Simun Ituni, José Valero Husiwe y Alberto Urdaneta Karakawe. GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA # 35.292. 8 de septiembre de 1993.

54 "Creada comisión presidencial para el resguardo de los Yanomamis": (Sale el texto completo del Decreto) Decreto Nº 3.127 del dia 6 de septiembre del presidente Velásquez. Subtitulo: La preside Charles Brewer Carías y está integrada por José Giacopini Zárraga, Luis González Herrera, Leandro Aristeguieta, Antonio Machado Allison, Héctor Padula, Teodardo Marcano, Issam Madi, Ronny Velásquez y Napoleón Chagnon. *El Universal*. Portada y p. 1/15. 9 de septiembre de 1993.

Le informamos a Chagnon sobre lo que tendríamos que hacer y elegí a un grupo de personas prominentes para que participaran en el estudio; cuidando de no incorporar en el equipo que iría a la zona ni a misioneros, ni a militares, debido a que la información de la prensa brasileña, de alguna manera comprometía a ambas instituciones con los hechos. Una porque acostumbraba a entregar escopetas, que eran aprovechadas por los *Yanomamö* para dirimir sus diferencias[55] y los otros, porque acostumbraban a estar involucrados con el cobro de una parte del oro que produjeran los mineros[56].

Con Napoleon Chagnon en el shapono de Dosahamosha-teri en el alto río Siapa. En septiembre de 1990. *(foro Javier Mesa 1991)*

Nosotros conocíamos bien la región y Chagnon había estado estudiado los patrones de migración hasta por 100 años en el pasado (18); lo

[55] Issam Madi, "Las escopetas de los Yanomamis" El sociólogo Madi denuncia la introducción masiva de escopetas a territorio Yanomami por parte de los Salesianos. Estas escopetas son utilizadas para realizar raids por parte de un sector de Yanomamis armados que se encuentran escudados en las misiones de Ocamo, Mavaca y Platanal en el alto Orinoco, causando ataques etnocidas contra los otros grupos de Yanomamis distantes, con el propósito de eliminar a sus líderes, raptar a sus mujeres y crear un control y dependencia desde las misiones. Diario *El Nacional* p.4, Caracas. 29 de septiembre de 1993.

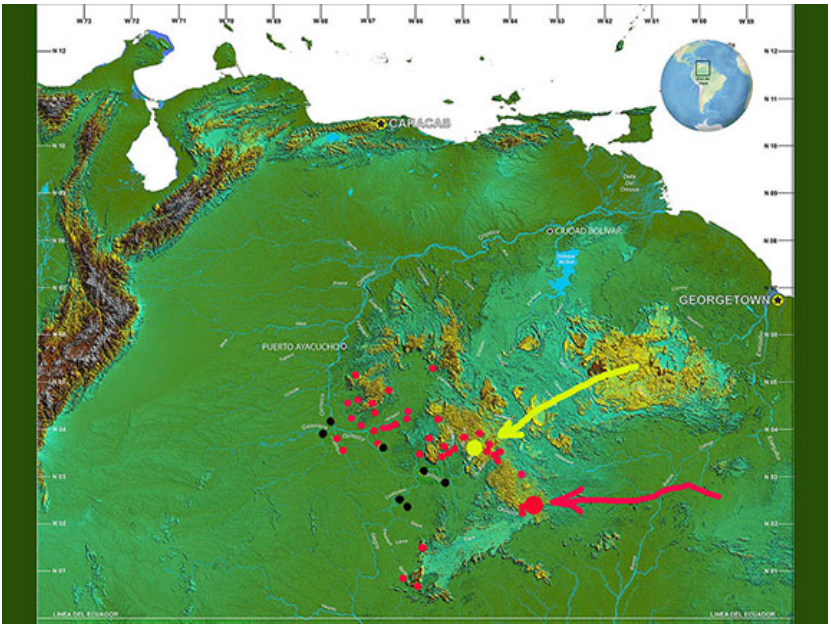
[56] Sydney Lemos. "Venganza por represión venezolana pudo originar masacre de yanomamis". Es costumbre entre los uniformados venezolanos permitir a los mineros brasileños que se internen en su país para que exploten los yacimientos auríferos, a cambio de un pago mensual de un tributo tasado con base en la cantidad de mineral encontrado. Diario O Globo. Rio de Janeiro (EFE-AP). 22 de agosto de 1993 y Diario El Nacional. Ultima *página y p. A/2. 23 de agosto de 1993.*

que nos permitiría conocer además de las identidades de los *Yanomamö* que supuestamente habrían muerto en la masacre de *Háshimo,* podríamos saber cómo estarían emparentados esos *Yanomamö* que hablaban el dialecto *Waika* con los *Yamomamö* que viven de la Sierra Parima que hablan el dialecto *Barafiri* y que viven en donde hay una sabana situada a casi 1000 m de altura llamada Parima "B". En aquel lugar que es muy fresco, hay una pista de aterrizaje que fue construida por los misioneros de las Nuevas Tribus, un hospital, unas casas con el techo cubierto con paneles solares para suplir energía eléctrica a la Misión y un Fuerte Militar que está mal ubicado allí, porque se encuentra muy lejos de la frontera.

Pista de aterrizaje o sabana de Parima"B", llamada Äro-kófita-a-birísi (la sabana del árbol de algarrobo) a 1000 msnm, donde entonces se encontraba la Misión Nuevas Tribus. Al extremo de la pista, se aprecian las casas del Fuerte Militar que probablemente se estableció allí para estar cerca de la Misión, pero que es un lugar situado a más de 100 kilómetros de la frontera. (Foto Charles Brewer-Carías 1993)

Lo que habría ocurrido en *Háshimo* permitió conocer que en el extremo sur del Territorio Amazonas había una actividad minera que hasta entonces no había sido evidente para quien no fuera miembro de la Guardia Nacional. Sin embargo y debido a nuestro interés por ayudar al Presidente, se repitió lo de publicitar la matriz de opinión que se había iniciado en 1984. Por lo que antes de ser decretada esta Comisión Presidencial, fue atacada desde todos los ángulos por el sector contrasistema, por los misioneros Salesianos, por los eternos seudo-antropólogos

radicales que se oponían a Chagnon y por politiqueros que aprovechaban para proyectarse con cualquier evento. Entonces, y haciendo causa común al mejor estilo encapuchado, fueron organizadas manifestaciones callejeras donde se pintaron las paredes de Puerto Ayacucho y Caracas con típicas obscenidades. Y entre agosto y Diciembre se escribieron unos 600 artículos de prensa en los que se le dio más importancia a la inconveniencia de nuestra participación en la Comisión, que a la misma masacre. Por televisión la periodista Marieta Santana entrevistaría en su programa "A Puerta Cerrada" a varios de los que se oponían a la Comisión y quienes en aquel programa nos denunciaron como si hubiésemos sido unos garimpeiros aliados con los asesinos.



Punto Rojo: Lugar de la Masacre de Hashimo-teri. Punto Amarillo: Parima "B". Punto Negro: Milicias irregulares. Otros puntos Rojos: Minas.

Sabíamos que la Guardia Nacional y los Salesianos se opondrían a cualquier investigación que fuéramos a realizar en la región de *Hashimo-teri.* Los misioneros porque no admitían que una Comisión Presidencial se relacionara con indígenas en "su" territorio, y la Guardia, como ya lo habían adelantado los brasileños, al parecer estaban muy

involucrados en lo que había ocurrido[57] y porque también, aunque no estábamos nosotros al tanto entonces, en aquellos días los militares afines al antisistema, por llamarlos de alguna manera y que ahora están gobernando al país, estaban organizando un Golpe de Estado.

Apenas cuatro días después de ser publicado en la Gaceta Oficial el Decreto de la Comisión Presidencial por el Presidente Velásquez el 8 de septiembre de 1993, empezaron las protestas organizadas por la misión Salesiana en Amazonas y en Puerto Ayacucho se realizó una manifestación en la que *"marcharon por las calles centenares de indígenas acompañados por decenas de miembros de la Iglesia Católica de Amazonas, religiosas, sacerdotes y de la Comisión de Derechos Humanos del Vicariato*", desplegando durante la marcha pancartas con peligrosos mensajes de odio, con el propósito de mostrar que la iglesia se oponía a la designación de Charles Brewer Carías y de Napoleon Chagnon como miembros de esa Comisión Presidencial[58-59-60-61].

---

[57] (EFE), Rio de Janeiro José Altino Machado, culpa a la Guardia Nacional de Venezuela "Desde el mes de febrero, la Guardia Nacional de Venezuela entrega escopetas de distintos calibre a los indígenas y les utiliza como guías en las operaciones de represión en contra de los mineros ilegales". Después de varios ataques de los indígenas, los garimpeiros reaccionaron y mataron a 13 yanomamis en la aldea de Haximú. *El Nacional*. 2 de septiembre de 1993.

[58] Portada de El Universal. 1993 se realizó en Puerto Ayacucho una manifestación donde marcharon por las calles centenares de indígenas acompañados por decenas de miembros de la Iglesia Católica de Amazonas, religiosas, sacerdotes y de la Comisión de Derechos Humanos del Vicariato; para oponerse a la designación de Charles Brewer Carías y Napoleón Chagnon como miembros de la Comisión Presidencial. Diario *El Universal.* Portada y p. 16. 12 de septiembre de 1993.

[59] Marcha por los Yanomami en Caracas" Auspiciada por el Colegio de Sociólogos y Antropólogos de Venezuela, la organización FORJA, Comisión de Cultura de la Cámara de Diputados que preside Carlos Azpúrua, la Comisión de Ambiente de la Cámara de Diputados. y la Cátedra Pio Tamayo de la UCV. -En esta marcha hubo varias pintas (Graffiti) en las paredes de la avenida Andrés Bello donde se inducía a matar a Brewer por garimpeiro!!!. (NOTA: ¿hasta dónde puede llegar la irresponsabilidad de estos líderes y de los interesados, en utilizar el nombre de Brewer para sus fines obscuros y malignos, creándole a él un verdadero peligro de muerte a manos de cualquier enajenado que puede ser equivocadamente inducido y estimulado por el efecto de "solidaridad de grupo" que se genera en estas marchas?. 23 de septiembre de 1993.

[60] David Ayala, "Denuncian misioneros salesianos: "Ese conocido político venezolano, es un tigre con piel de oveja. Lo afirmo por cuanto ya ha sido denunciado tanto por nosotros como por las etnias indígenas, por cubrir sus actividades de explotación minera y maltrato a los Yanomamis, con supuestas actividades científicas que está muy lejos de realizar. Diario Últimas *Noticias*. p. 22. Caracas. 5 de octubre de 1993.

[61] Aliana González. "Brewer Carías contrataba indígenas para extraer oro en el Amazonas". Dice el diputado Carlos Azpúrua. "es importante que se conozca la manera de operar de

Pancartas de la Marcha organizada en Puerto Ayacucho por los misioneros Salesianos el día 3-10-1993 para evitar que la Comisión presidencial dirigida por Brewer investigara la Masacre de Hashimo. (Diario Ultimas Noticias Pp. 26-27. 4 de octubre de 1993).

Igualmente los politiqueros de izquierda aprovecharon para ubicarse y atacaron de nuevo a la Comisión, recordándole a la prensa la denuncia que dos años antes habían hecho los tres oficiales presos tras el intento de golpe del 27 de noviembre de 1992 y que entonces acusaron a Brewer de haber acompañado a la Sra. Cecilia Matos a bordo de un helicóptero militar el 25 de enero de 1991 llevando "un bidón lleno de oro"[62-63-64]. Igualmente, Nelly Arvelo del departamento de antropología del Instituto Venezolano e Investigaciones Científicas (IVIC)

Brewer Carías, quien se ampara bajo expediciones o investigaciones para llevar a cabo exploración, explotación y comercialización de minerales". Diario *El Nacional*. 14 de septiembre de 1993.

62 María Yolanda García. "Denuncian comandantes de la FAV: Cecilia Matos no iba a proteger indígenas sino a sacar oro del Amazonas". Diario *El Nacional* portada y p. D-1. 17 de enero de 1993.

63 Jota Rodríguez Flores, "Yo Acuso a Charles Brewer Carías y a Cecilia Matos"- El Cap.(Av.) Luís Manuel Jatar, uno de la intentona golpista del 27 N declara desde su exilio en Lima, Perú: "Voy a contar algo que siempre se mantuvo como secreto de Estado". Diario *El Mundo*. 14 de septiembre de 1993.

64 Edgard López, "Juez no encontró pruebas contra Cecilia Matos". Los oficiales no ratificaron sus denuncias en las declaraciones ante el Juez. "Solo señalaron que en la zona había mucho oro" El Diario de Caracas p.10. 10 de febrero de 1993.

cuestionaría el nombramiento de Brewer y Chagnon en la Comisión Presidencial[65].

Aerofotografía del Shapono de Hashimo-teri quemado, donde vivían los Yanomamö junto con unos garimpeiros con los que trabajaban en una mina que se encuentra dentro de la Reserva de Biósfera. Se ven restos de las típicas lonas azules brasileñas que cubrían el techo y que fueron aportadas por los garimpeiros. (Foto Charles Brewer-Carías 1993)

En el vuelo que hicimos en una avioneta para regresar desde Parima "B", pudimos ver otros Shaponos Yanomamö en la Sierra Parima que mostraban pedazos de lonas de color azul facilitadas por los garimpeiros para completar el techo cónico y cerrado; que es una forma característica de los shaponos de la Sierra Parima y similar al techo que cubría el shapono de Hashimo-teri antes de ser incendiado. (Foto Charles Brewer-Carías 1993).

[65] Nelly Arvelo, "Yanomami: el oro caníbal". Departamento de Antropología, IVIC: Se ha preferido incluir personas que se reconocen públicamente como mineros y que han estado íntimamente ligadas al entorno del Presidente Pérez con FUNDAFACI. Además, se ha nombrado a un antropólogo famoso por haber divulgado una internacionalmente cuestionada imagen sensacionalista de los yanomamis. Diario *El Nacional*. 15 de noviembre de 1993.

Chagnon viajó desde California para participar en la Comisión y antes de salir hacia Parima ”B” y a *Hashimo*, se hospedó en nuestra casa para estudiar juntos las imágenes de radar lateral SLAR del Amazonas y comprender un poco la geografía de aquel lugar desconocido. Y si bien habíamos conseguido las coordenadas gracias a los militares brasileños que estuvieron en el lugar un mes antes: no nos sería posible referenciar aquellas coordenadas con una topografía conocida, debido a que aún no existían imágenes satelitales con coordenadas corregidas, como las que se obtienen ahora por internet y además, porque las coordenadas que uno podía registrar mediante los Geoposicionadores GPS, eran bloqueadas de manera aleatoria por razones de seguridad hemisférica. Pero habíamos obtenido en la Cartografía Nacional unas copias ampliadas de las bandas de RADAR del amazonas que habían sido contratadas por CODESUR 20 años antes; gracias a las cuales pudimos apreciar que en la región se encontraban unas extrañas formaciones orográficas circulares, que nos permitieron comprender las razones por las cuales unos garimpeiros se encontraban trabajando en unas minas de oro donde las rocas habrían sido supuestamente areniscas precámbricas.

Napoleon A. Chagnon y Charles Brewer-Carias estudiando con un estereoscopio los pares de bandas de imágenes del radar aerotransportado de visión lateral (SLAR 1972) pertenecientes al extremo sur del Territorio Amazonas.

Las imágenes de radar aerotransportado de visión lateral (SLAR) que solicitamos ampliadas, junto con esta imagen satelital, nos permitieron apreciar que en las zonas aledañas a donde se encontraría Hashimo, había unas montañas con forma extrañamente circular que corresponderían a intrusiones ígneas. Debido a esto, aunque sin entender aquellos accidentes topográficos que no se pueden apreciar desde tierra, los mineros habrían seguido la corrida del oro por quebradas y ravines hasta alcanzar ese lugar remoto.

El equipo que organizamos para realizar la investigación en la selva estuvo compuesto por el antropólogo Napoleon Chagnon, el antropólogo Ronny Velázquez, mi hijo Charles Brewer Capriles como asistente general y un indígena *Yanomamö* bilingüe que incorporamos al llegar a la misión de las Nuevas Tribus situada en la sabana de Parima "B", que hablaba bien los dialectos *Barafiri* y *Shamatari* de la lengua *Yanomamö*; porque estimamos que los indígenas que vivían cerca de *Hashimo*, si encontrábamos alguno, hablarían el dialecto *Barafiiri* de la Parima y no el dialecto *Shamatari* que se habla en el Alto Orinoco y el que hablaba fluidamente Chagnon. En mi caso entendía algo de la lengua *Yanomamö*, pero no como para hacer un interrogatorio; aunque si hablo la lengua *Ye´kwana,* que contrario al *Yanomamö*, si tiene palabras para todos los números después del número 2.

Después de nuestra entrevista con el Presidente Velásquez, el Ministro de la Defensa Vicealmirante Radamés Muñoz León nos convocó en su casa a donde fui acompañado por Julio Lescarboura, porque

necesitaba a unos expertos para asistirlo en la búsqueda de un Comando de las FAC de 12 efectivos militares que se habían extraviado buscando a los garimpeiros por la Sierra Parima[66-67]. Allí acordamos con el Ministro que los de la Comisión Presidencial aprovecharíamos esa oportunidad para ir hasta Parima "B"para coordinar la búsqueda de esa patrulla y después aprovecharíamos para trasladarnos hasta *Hashimo* y estudiar el lugar para preparar un informe para el Presidente.

Cuando el 27 de septiembre de 1993 nos bajamos del avión militar ordenado por el Ministro frente al Fuerte Militar de Parima "B", vimos que allí ya se encontraba hospedado el Padre José Bortoli, superior de las misiones del Orinoco, quien al reconocernos se tapó la cara con las manos como muestra de rechazo. Aquello fue un mal comienzo y por lo tanto preferimos hospedarnos en la misión evangélica invitado por el pastor Islandés Simón Ituni. A la mañana siguiente nos entrevistamos con el Coronel (GN) Oscar Márquez, a cargo del Fuerte Militar, quien al momento de embarcarnos en el helicóptero nos dijo de mala manera que no estábamos autorizados para asomarnos por las ventanas durante la parte final del viaje, ni hacer fotografía de la zona que recorreríamos porque era considerada "estratégica" y que la tripulación del helicóptero estaba advertida para que cumpliéramos con esa norma. Algo que nos pareció especialmente extraño porque el Coronel estaba enterado de que la logística de nuestra misión organizada personalmente el Ministro de la Defensa y que al no poder ver desde el aire el lugar donde aterrizaríamos y como lucía la topografía aledaña, no podríamos entender el terreno, la distribución de las áreas cultivadas, la ubicación de otros *shaponos* vecinos a *Hashimo-teri* y el lugar donde había ocurrido la masacre; porque de acuerdo con las inspecciones que realizaron los brasileños el mes anterior, esta ocurrió en un lugar donde las víctimas estaban escondidas por alguna razón.

---

66 Ramón Meneses, "Se perdió en la selva el comando de las FAC que desaloja garimpeiros". El grupo está formado por 12 expertos Comandos Rurales de la Guardia Nacional de Apure que fueron llevados a Amazonas. Estos llevan cinco días perdidos. Se ignora la ubicación y el rumbo que siguieron. Fueron movilizados al Cerro Delgado Chalbaud. *El Nacional*. 21 de septiembre de 1993.

67 William Ojeda. "No hay rastros de la Comisión Especial de la GN Extraviada en Amazonas". Los garimpeiros podrían estar tras esta extraña situación. Una docena de Guardias Nacionales se encuentran extraviados desde hace 4 o 5 días cerca del cerro de la Neblina. (Últimas Noticias p.6. 23 de septiembre de 1993.

Esa mañana nos dimos cuenta de que la relación en la que nos encontrábamos con los militares era distinta; quizás porque ya estaría en marcha el golpe militar que se rumoreaba hacía varios días y por ello la autoridad del Ministro de la Defensa estaría siendo cuestionada. O porque el Coronel Márquez se habría reunido esa noche con el Padre José Bortoli superior de la misión Salesiana y este le habría informado que al día siguiente vendría a la zona otra comisión de la Fiscalía, acompañados por la máxima autoridad regional que era el Vicario de Puerto Ayacucho José Ignacio Velazco, con una Juez y con unos funcionarios policiales debido a que, como seguramente lo habría creído el Padre Bórtoli porque se estuvo anunciando por la prensa como "fake news"; nuestra Comisión Presidencial habría sido cancelada por conveniencia política. Cosa que no era cierta, ya que se cancelaría tres años después[68-69-70].

Apenas levantamos vuelo a bordo del helicóptero, nos dimos cuenta de que gracias a que había estado estudiando la orografía de sombras que imitan la ilusión de topografía en las bandas de radar SLAR., lograba identificar el trayecto que seguíamos sin necesidad de desplegar las bandas de radar lateral SLAR que mantenía escondidas. Al acercarnos al lugar donde estaría *Hashimo*, sabía que después de unas colinas podríamos ver la verdadera forma de aquella intrusión ígnea extrañamente circular que habíamos identificado observando con el estereoscopio los pares de bandas SLAR. Aunque no lograba imaginarme como luciría desde el suelo la cumbre de aquella colina mineralizada.

---

68 Velásquez sacó a Brewer Carías de la presidencia de la Comisión Yanomami". n. Las posiciones de la Iglesia, del Congreso y del gobernador de Amazonas fueron determinantes para que Velásquez procediera a reorganizar la Comisión. *El Diario de Caracas*, s/a. 14 de septiembre de 1993.

69 Exequíades Chirinos Q., Velásquez revocó designación de Charles Brewer Carías (portada) Debido a múltiples reacciones, especialmente por la oposición que hizo la Iglesia Católica, el presidente de la República Ramón J. Velásquez decidió revocar la designación de Charles Brewer Carías al frente de la Comisión Yanomami. Sobre todo privó la posición de la Iglesia, *El Universal*, portada y pág. 1-14. 14 de septiembre de 1993.

70 H.L.G. "Velásquez nombra una nueva Comisión". "Ayer el Presidente nombró la "Comisión de Política de Fronteras. El Jefe de Estado en vista de los cuestionamientos por parte de la iglesia contra Brewer Carías, removió el pasado lunes al ex ministro de la Juventud, y por ahora entre los candidatos a sustituirlo figuran Jose Giacopini Zárraga y Leandro Aristeguieta. *El Diario de Caracas*. 15 de septiembre de 1993.

Así habríamos podido ver el lugar donde se encontraba el Shapono de Hashimo (punto blanco abajo y al centro) y el aspecto del flanco oriental de la montaña redonda de la intrusión ígnea. Pero esta fotografía no la pudimos hacer cuando volamos hasta este lugar de Hashimo el 28 de sept., porque la tripulación del helicóptero tenía órdenes de no permitirnos ver hacia donde nos llevaban. Esta aerofotografía la obtuve después desde una avioneta de "Alas del Socorro" que se ofreció sacarnos de Parima "B", después que los militares nos abandonaron allí. Excepto a Chagnon, a quien lo llevaron preso hasta Puerto Ayacucho para interrogarlo. (Foto Charles Brewer-Carías 1993)

Cuando nos acercábamos al lugar donde podríamos ver a *Hashimo*, la tripulación del helicóptero evitó que nos asomáramos por las ventanillas, por lo que al momento del aterrizaje no supimos dónde estábamos, ni adonde se encontraba el *shapono* quemado. Cuando el helicóptero se detuvo y abrieron la puerta, vimos que nos encontrábamos en medio de un rastrojo. Es decir en un lugar abandonado, enmontado y espinoso donde no se podía ver nada alrededor. El helicóptero no apagó las turbinas y despegó apenas bajamos el equipaje, llevándose el ruido ensordecedor pero dejándonos sumidos en un silencio lúgubre, incrementado por la soledad y por un vago olor a moho. De inmediato nos dimos cuenta de que nos habían dejado allí para extraviarnos e impedir que pudiéramos investigar sobre si la Guardia Nacional venezolana habría estado enredada en aquel evento debido a su avaricia y por la conocida costumbre de cobrar de cantidades fijas de oro a los garimpeiros para permitirles trabajar en las minas de oro.

Cubrimos el equipaje y el radio con una lona y comenzamos a caminar sin rumbo fijo hasta que encontramos un caminito que iba en dirección Norte Sur; y aunque no supimos de dónde venía, ni para dónde iba; pudimos apreciar que hasta haría un par de meses, ese habría sido un sendero importante y nos dividimos para explorarlo.

El *Yanomamö* de la Parima acompañó a Chagnon para recorrer el camino durante una media hora como máximo, para ver si encontraban algo y mi hijo Charles y yo caminamos en dirección opuesta durante el mismo lapso de tiempo. El primero que encontrara los restos del *shapono* quemado u otra cosa, regresaría hasta el punto de partida donde habíamos dejado el equipaje y le informaría al resto. Pero entonces también pensé en que si algunos *Yanomamö* estuviesen cerca de donde aterrizamos, estos ya se habrían acercado para ver quienes habrían llegado. Pero como no fue así, pensé que aún pudieran estar escondidos y armados en algún lugar cercano para ver si en el helicóptero habrían llegado unos Guardias Nacionales aliados o algunos garimpeiros buscando venganza.

Shapono quemado en Hashimoteri (Foto Charles Brewer-Carías 1993).

Afortunadamente y después de caminar algunos kilómetros encontramos el Shapono quemado que buscábamos y empezamos a tomar medidas, sí como contar los lugares donde estuvieron los hogares u hogueras familiares para poder calcular el tamaño y la cantidad de personas que habrían vivido allí; porque la prensa brasileña informaba que habrían sido asesinados hasta 72 *Yanomamö* a manos de 23 garimpeiros. Nos pareció interesante el haber encontrado el cráneo de un mono Marimonda *(Ateles belzebuth),* llamado *básho* en lengua *Yanomamö*, porque es una presa apreciada por su carne y debido a que con el hueso de su tibia que es muy resistente, los *Yanomamö* preparan unas puntas de las flechas arponadas llamadas *atári-námo.*

La prensa brasileña también había reportado que los efectivos de la Patrulla de su ejército habían encontrado restos de vasijas de barro en el *shapono* incendiado. Cosa que nos pareció imposible, debido a que los *Yanomamö* desde hace por lo menos 30 años no fabricaban las grandes ollas de barro *(habóka)* y menos aún, si ya habían estado en contacto con garimpeiros, quienes emplean ollas de aluminio. Pero nosotros encontramos unos pedazos de latas agujereadas con un clavo, que los habitantes del *Shapono* habrían empleado para rallar yuca para después hacer el casabe y la fariña granulada. A pesar de que esa forma de procesar la yuca no es algo tradicional en los *Yanomamö*. Por lo tanto, no nos resultó extraño encontrar plantas de yuca brava en el conuco, que a pesar de que ese no fuera un cultivo tradicional de ellos, les servía para elaborar la comida de sus compañeros garimpeiros. También encontramos unos pedazos de las vasijas de barro planas, que suponemos habrían sido las mismas que reportaron los brasileños; pero estos correspondían a fragmentos de los "budares" rotos que los garimpeiros y lo *Yanomamö* empleaban para cocinar las tortas de casabe y la fariña en el *shapono*. Por lo que dedujimos que en este *shapono* de *Hashimo* los garimpeiros habían vivido junto con los *Yanomamö* y que en total habría estado ocupado por unas 40 personas.

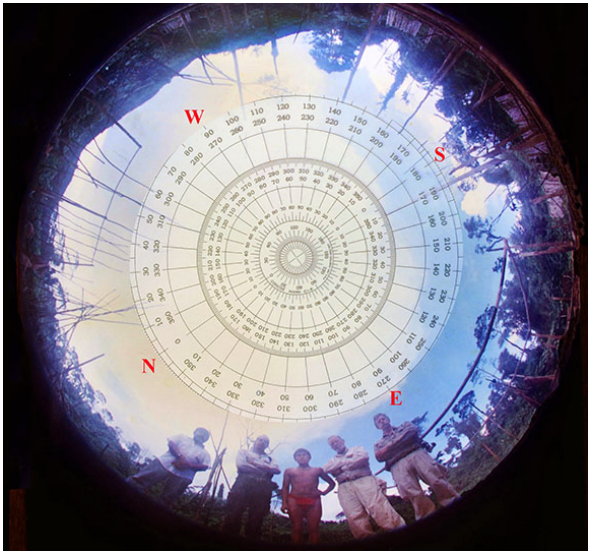
Otra cosa que nos llamó la atención, fue que no encontramos cartuchos de escopeta vacíos u otras cosas que hubieran desechado los garimpeiros mientras vivían allí. Aunque si encontramos una bolsa de fariña marca Serrao proveniente de Manaos, dos baterías para linternas, un envoltorio de pastillas para el dolor de cabeza y una caja de pasta dental Kolynos vacía, que pudieron haber pertenecido a los mineros

brasileños o también pudiera haber sido algo desechado por los militares que estuvieron allí haciendo una limpieza rigurosa para que no quedaran evidencias con las que se pudiera inculpar de alguna forma a los mineros brasileños.

Encontramos un rallo para rallar yuca, una bolsa de fariña proveniente de Manaos, baterías para linterna, pastillas para el dolor de cabeza y una caja de pasta dental Kolynos vacía. Estas habrían sido las pocas evidencias que no lograron eliminar completamente los miembros de la patrulla brasileña que estuvo allí el mes anterior. Pero estas evidencias nos permitieron entender que los Yanomamö de Hashimo habían estado viviendo unos mineros brasileños, que también habían llevado hasta allí la lona azul con la que estuvo techada una parte del shapono. (Foto Charles Brewer-Carías 1993).

También encontramos un puñado de frijoles que habían germinado y pensamos que haber transportado esos frijoles desde centenares de kilómetros de distancia para descuidarlos no habría sido la intención de los ocupantes; por lo que seguramente aquellos granos también fueron abandonados por la patrulla militar brasileña.

Hicimos fotografías de las estructuras del *shapono* y con la brújula tomamos rumbos de los picos más prominentes de la montaña que podíamos ver desde el patio del *shapono*, para después determinar en Caracas cual habría sido la posición precisa que ocupaba *Hashimo-teri* sobre el terreno y cuando estábamos más ocupados vimos llegar el mismo helicóptero Super Puma de las FAV que nos había transportado el día anterior; pero que esta vez aterrizó en un lugar despejado situado a menos de 50 metros del *shapono* donde estábamos.



Desde el centro del shapono determinamos con la brújula el azimut correspondiente a cada hogar familiar y a cada una de las columnas que sostenían el techo circular de Hashimo-teri. De igual manera determinamos el azimut de los picos prominentes que observábamos formando el horizonte occidental, con el propósito de determinar la ubicación el shapono con respecto a la montaña cuando llegáramos a Caracas; debido a que al final del viaje hacia Hashimo no nos permitieron ver ni fotografiar el terreno antes del aterrizaje. De izq. A der. el antropólogo Ronny Velásquez, Charles Brewer Capriles, el traductor Antonio proveniente de Parima "B", Chagnon y Charles. (Foto Charles Brewer-Carías 1993).

Procedimiento que empleamos para ubicar la posición del shapono de Hashimo-teri en relación con los picos de la intrusión ígnea que se encontraba hacia el Oeste del shapono; ya que habíamos registrado el azimut de cada pico desde el centro del shapono. (Foto Fanny de Brewer 1993.

Del helicóptero militar se bajaron grupo de personas muy mal encaradas y con pésimos modales, evitando corresponder a cualquier saludo o solicitud de asistencia de nuestra parte. Vimos al Vicario de Puerto Ayacucho Monseñor José Ignacio Velasco en persona, a un sociólogo de nombre Rubén Montoya que se desempeñaba como asesor del vicariato a pesar de sus conocidos antecedentes como guerrillero y quien al notar nuestra presencia expresó abiertamente ser un obsesionado anti-yanqui. También se encontraba en ese grupo la Juez Nilda Aguilera de Puerto Ayacucho, acompañada por cuatro detectives de la Policía Técnica Judicial (PTJ) expertos en criminalística, la Fiscal indigenista Josefina Camargo y otros dos funcionarios de la Fiscalía General de la República. Era un equipo de investigadores que enviaba la Fiscalía General de la República, y con quienes nosotros nos habíamos comprometido para ayudarlos cuando llegaran, según acordamos con el Director General de la Fiscalía Dr. Antonio José Herrera el 15 de septiembre. Apoyo que también le aseguramos al Dr. Francisco Arocha asistente al Director General de la Fiscalía momentos antes de que él saliera para Brasil, donde participaría como miembro de una Comisión binacional para tratar el tema de los Yanomami en Boa Vista.

Estos comisionados que llegaron a *Hashimo-teri* en el helicóptero admitieron que se encontraban muy disgustados porque nosotros habíamos llegado antes que ellos a ese lugar. Debíamos haber viajado juntos pero probablemente en Caracas fue dada una contraorden interna para sabotear la Comisión Presidencial; ya que no nos explicamos como es que el Dr. Arocha no hizo la coordinación para viajar junto con los fiscales de ese Despacho. Pero el encuentro fue más áspero de lo esperado, porque cuando llegaron en el helicóptero a *Hashimo*, ni la Fiscal Josefa Camargo ni la Juez Nilda Aguilera quisieron intercambiar saludos con nosotros y la Fiscal Josefa Camargo actuó como si no nos hubiese visto nunca. Por su parte la Juez Aguilera y el Vicario de Ayacucho monseñor Ignacio Velasco públicamente mostraron su rechazo desconsiderado e hicieron ostentosas demostraciones de desprecio hacia nosotros. Más aún, la Juez amenazó con detenernos con ayuda de los oficiales de la Policía Técnica Judicial que la acompañaban, si no nos retirábamos inmediatamente del lugar del *Shapono* donde habíamos pasado la noche anterior, e impidió que retiráramos la antena para transmisión de

Radio que habíamos montado esa mañana, de manera que los detectives fotografiaran como es que había sido instalada; ya que la presencia de la antena "alteraba el lugar de los hechos" donde habría ocurrido el crimen.. !

Una mala jugada del destino le correspondería sufrir a la Juez Nilda Aguilera; ya que el 9 de diciembre de 1994 sería destituida de su cargo por corrupción y luego aparecería como integrante de un Cartel de narcotraficantes según se reportó en un artículo publicado el 1 de julio de 1996 en el diario El Nacional.

Mientras realizábamos el estudio del Shapono de Hashimo aterrizó cerca de nosotros el mismo helicóptero militar que nos había trasladado desde Parima "B" hasta este lugar el día anterior. De la aeronave bajaron entre otros Monseñor Ignacio Velazco, su asesor el sociólogo Rubén Montoya que había sido guerrillero, el Padre José Bortoli jefe de la Misión Salesiana de Mavaca, la Juez de Puerto Ayacucho Nilda Aguilera, y tres agentes de la policía PTJ, quienes no nos reconocieron como la Comisión Presidencial y casi con sus armas en la mano nos ordenaron salir inmediatamente del lugar porque estaríamos "contaminando" las evidencias. (Foto Charles Brewer Capriles 1993).

Entre los que bajaron del helicóptero también estaba el misionero Salesiano Padre José Bórtoli, a quien habíamos visto la tarde anterior en el Fuerte de Parima "B" y a quien conocíamos desde hace años porque dos años antes fue quien se encargó de distribuir en las iglesias aquel panfleto difamatorio en contra de la Reserva de Biósfera y en contra nuestra[71]. Pero como había permanecido dos noches como huésped en

[71] UN GRUPO DE MISIONEROS DEL ALTO ORINOCO, "Consideraciones a un documento de Charles Brewer-Carías". 32 pp. Mavaca, 24 de mayo de 1991.

el Fuerte Parima, obviamente que habría indispuesto en contra nuestra al Coronel Márquez y a la tripulación del helicóptero que nos estuvo respondiendo de manera grosera a las pocas preguntas que le pudimos hacer durante aquel corto viaje; sin contar con la peligrosa decisión de habernos abandonado en un lugar espinoso y que nos pareció un sabotaje inexplicable. Pero lo extraño de aquel peligroso procedimiento quedaría aclarado, cuando al regresar al Fuerte de Parima un oficial aliado nos refirió que cuando el helicóptero regresó a Parima después de habernos dejado en *Hashimo*, él había oído a la tripulación del helicóptero comentar en tono jocoso sobre el lugar donde nos habían dejado*: "para ver como salíamos de esa..."!*

La visita de varios Yanomamö

Atraídos por el ruido del helicóptero donde había llegado la comitiva con los policías, se acercaron hasta el *shapono* quemado 7 hombres y 4 mujeres *Yanomamö* que hablaban un dialecto conocido localmente como *Waika*, y que como lo habíamos estimado, era distinto al dialecto *Shamatari* que hablaba Napoleon Chagnon. Así es que fue un gran

En el lugar de Hashimo logramos entrevistar a un joven Yanomamö que había estado trabajando junto con los garimpeiros en la mina y que como nos vio llegar en el helicóptero militar el día anterior, pensó que nosotros teníamos relación con los militares; por lo que nos refirió que tenía puesto el pantalón corto que le había quitado a uno de los dos garimpeiros que les habían mandado a matar con la escopeta que les entregaron; debido a que aquellos garimpeiros no querían entregarle a la Guardia su parte del oro trabajado….! Y que ellos se habían quedado con la escopeta, porque el Guardia se les había ofrecido como regalo si cumplían con el encargo. (Foto Charles Brewer Capriles 1993).

acierto garantizarnos la compañía del traductor *Yanomamö* que reclutamos la Sierra Parima como intérprete intermedio, porque él hablaba el dialecto *Barafiri*. Al darse cuenta de la oportunidad que se nos presentaba, Chagnon se retiró discretamente en compañía del Barafiri para ver si interrogaba a los visitantes mientras yo me esforzaba por explicarle a la Juez y a los policías sobre su equivocación y la legalidad de nuestra Comisión Presidencial.

Acompañando a los siete hombres Yanomamö provenientes de un poblado situado a dos días de distancia de Háshimo vinieron cuatro mujeres que se sentaron cerca de nosotros sin temor alguno, luciendo bien adornadas y alimentadas. El adorno con hojas de color verde manzana que emplearon para adornarse el lóbulo de las orejas, fue preparado con las hojas tiernas del árbol Elizabetha princeps que los Yanomamö en la región de Maturacá emplean como aditivo para mejorar la droga alucinógena obtenida de un árbol de nuez moscada silvestre que es conocido como épena y con cuya corteza prepararon un enteógeno distinto al que se prepara con las semillas del árbol de Yopo y que por el Orinoco los Yanomamö lo conocen como hisiómö. (Foto Charles Brewer-Carías 1993).

El interrogatorio que realizó Chagnon resultaría sumamente importante, porque dos de aquellos hombres eran residentes de *Hashimoteri* y habían trabajado en la mina con los brasileños. Uno de ellos, el que lucía un pantalón corto, se jactó diciendo que se lo había quitado a uno de los dos garimpeiros que habían matado….!

Aquella afirmación resultaría ser una versión completamente distinta a lo que los periodistas brasileños habían declarado a la prensa;

debido seguramente a que no comprendieron lo que les dijeron sobrevivientes en *Tootototobi* por falta de traductores o porque habrían evitado publicar parte de lo que sabían. Algo que igualmente nos habría ocurrido a nosotros si no hubiésemos llevado al intérprete que hablaba el *Barafiri* y que le tradujo a Chagnon en dialecto *Shamatari* lo que el *Yanomamö* de *Hashimo* le explicaba en su dialecto *waika*.

Mientras recogíamos nuestro campamento para regresar amenazados a Parima "B", el helicóptero trasladó al Vicario Velazco y a los policías hasta el escondite donde había ocurrido la masacre. Un tiempo que aprovecharía Chagnon para continuar con la investigación y la grabación de aquella interesante entrevista, que resultaría ser una versión distinta a todo lo que se había especulado por la prensa.

Cuando regresamos todos a Parima "B" la Juez Nilda Aguilera preparó un escritorio a manera de juzgado y se mostró muy grosera solicitándole a Napoleón su pasaporte y amedrentando a la Comisión presidencial para que le informásemos lo que habíamos observado en el poblado de *Hashimo;* debido a que como habíamos dormido allí habríamos conseguido cierta información, por lo que ella exigía que le entregáramos la grabación que habíamos logrado con la entrevista del *Yanomamö*. Después el Obispo Ignacio Velasco, el Padre Bórtoli, el Coronel Oscar Márquez de la Guardia Nacional, la Juez Nilda Aguilera, la fiscal Josefa Camargo y el agrónomo Rubén Montoya, que funge de asesor del obispo en Pto. Ayacucho, escucharon atentamente las explicaciones que les dimos sobre la masacre. Razón por la cual la fiscal Camacho obligaría a Chagnon a darle declaraciones escritas, y el bajo intimidación el Coronel Oscar Márquez le quitaría a Chagnon sus notas, llevándoselo para Puerto Ayacucho en el helicóptero y dejándonos al resto de la Comisión en Parima, aprovechando el momento en que nos encontrábamos buscando nuestro equipaje. Si nos molestó mucho que nos hubiesen dejado en Parima sin saber cómo regresaríamos; pero no por lo de la copia de las grabaciones y las notas escritas, porque sabíamos que ni Márquez, ni los otros entenderían lo que estaba grabado en la lengua *Barafiri*, y tampoco entenderían los apuntes que Chagnon había escrito en inglés. Razón por la cual, al final no pudieron presentar informe alguno.

En Caracas preparamos toda la información recogida en la zona de Hashimo, incorporando las aerofotografías que pudimos hacer desde una avioneta que nos ofreció la cooperativa "Alas del Socorro" de las Nuevas Tribus; ya que el helicóptero militar se llevó a Chagnon para interrogarlo en Puerto Ayacucho y mi hijo y al resto de la Comisión nos dejaron abandonados en Parima "B". En las fotografías se muestra el laboratorio de imágenes que montamos en mi residencia donde trabajamos con mi hijo Charles. En la otra imagen se aprecia a Napoleon Chagnon, Charles Brewer Capriles y al antropólogo Ronny Velázquez estudiando lo que quedó del Shapono de Hashimoteri. (Foto Fanny de Brewer y Charles Brewer-Carías 1993).

Por nuestra parte, al regresar a Caracas y gracias a las observaciones que habíamos obtenido con la brújula y con las imágenes SLAR, logramos conocer con precisión la ubicación de *Hashimo* y también registramos la composición de los cultivos aledaños, gracias a las fotografías de las plantas que encontramos en el conuco, porque pudimos apreciar claramente que estas plantas no correspondían a un cultivo *Yanomamö* típico, de acuerdo a lo que yo había estudiado junto con el botánico Brian Boom del New York Botanical Garden en los conucos del *shapono* de *Ashidowa-teri* en 1991.

El informe final sobre el resultado de nuestro viaje, que fue el único que estudió el lugar, se lo presentamos al Secretario de Gobierno Ramón Espinoza para que se lo entregara al Presidente Velásquez. Quienes después de leerlo, nos informaron que era un documento muy valioso; pero que habían considerado no darlo a conocer, debido a que no resultaba oportuno divulgar el mal comportamiento de la Guardia

Nacional estacionada en el Fuerte Parima. Ello debido en parte a los rumores de un alzamiento militar y tampoco les pareció conveniente informarle a Brasil que en efecto la masacre en la que habían muerto 16 *Yanomamö* había ocurrido en Venezuela y que los dos mineros brasileños asesinados se debió al comportamiento de la Guardia Nacional venezolana, que habían empleado a dos verdugos *unokai* de *Hashimo* para darle una lección a tres de los garimpeiros brasileños que se habían negado a compartir el oro que habían trabajado. Aquellos asesinatos fueron ejecutados con dos escopetas que los guardias les facilitaron a los *Yanomamö*; pero como uno de los tres garimpeiros quedó herido y logró escaparse, este se puso en contacto con los habitantes de un poblado *Yanomamö* cercano que él sabía que eran enemigos de los de *Hashimo* y, fue con la ayuda de estos otros *Yanomamö* con los que este garimpeiro junto con otros regresó para vengarse de la traición y pudo encontrar a los habitantes de *Hashimo* que se habían escondido en un lugar de la selva donde asesinaron a 16 o 17 personas; aunque 74 lograron escapar y recorrieron la selva durante 8 días hasta llegar a la misión *Tootototobí* en Brasil, donde informaron sobre lo que había ocurrido. Aunque sin mencionar que ellos habían iniciado el problema al traicionar y matar a los dos de los mineros que habían sido sus compañeros en el pueblo y en el trabajo de la mina.

Debido a esta masacre y a que el Decreto de Reserva de Biósfera quedó sin reglamento por causa de la satanización contra la Comisión Yanomami decretada por el Presidente Velásquez que sería cancelada tres años más tarde; toda esa extensa región que se encuentra teóricamente protegida por el Decreto de la Reserva de Biósfera, quedó bajo el control de las mafias mineras, guerrilleras militares y gubernamentales que hoy la controlan y la explotan a voluntad.

La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Después de la masacre de *Hashimo*, los garimpeiros continuaron operando masiva e impunemente en territorio venezolano, y siguieron ocurriendo nuevos ataques armados y agresiones contra los *Yanomamö*. Pero como la investigación judicial en Venezuela no avanzó y no se adoptaron medidas eficaces para controlar la presencia de mineros

en territorio venezolano, la situación de impunidad llevó a un grupo de organizaciones de derechos humanos, encabezadas por la Oficina de Derechos Humanos del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho y el Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), a introducir en diciembre de 1996 una petición ante la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, en la que se denunciaron las responsabilidades del Estado venezolano en el caso de la masacre de *Hashimo*, y se solicitó la adopción de medidas urgentes para la protección del territorio y el hábitat del pueblo *Yanomamö*. El objetivo central era lograr la protección y defensa del territorio Yanomami, denunciando la violación de derechos específicamente consagrados en algunos instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano.

La denuncia ante la Comisión Interamericana estuvo centrada en los argumentos de que la masacre de *Hashimo* había sido consecuencia directa del incumplimiento por parte del Estado venezolano de su deber de protección, a través de la adopción de medidas eficaces que permitieran evitar invasiones al territorio indígena y agresiones a los *Yanomamö*; ya que el Estado tiene la obligación de prevenir razonablemente aquellas situaciones que atenten contra los derechos de los protegidos. Se argumentó entonces que la masacre de *Hashimo* fue consecuencia directa de la situación de abandono y desprotección en que se encontraban los *Yanomamö* de la frontera de Venezuela con Brasil, frente a la acción incontrolada de los mineros. En la petición, también se denunciaron violaciones a la obligación de investigar y sancionar a los responsables, y se indicaron situaciones en las que el Estado venezolano no había investigado y sancionado agresiones previas contra los *Yanomamö*.

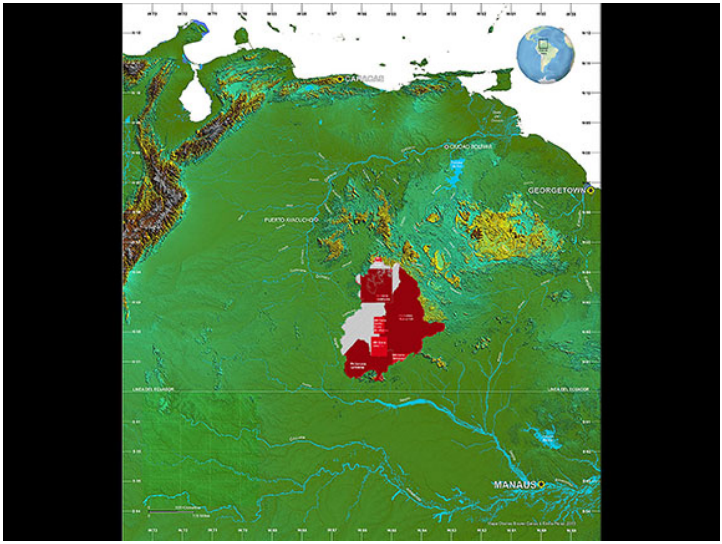
Después de la denuncia, el Gobierno venezolano contestó la petición en agosto de 1997, negando que el Estado tuviera responsabilidad en el caso de la masacre *Yanomamö* a manos de mineros ilegales. En la primera audiencia del caso, en octubre de 1997, la Comisión recomendó iniciar un proceso de solución amistosa en el marco del cual, las partes pudieran llegar a acuerdos puntuales para buscar alternativas de solución al problema. Luego que los peticionarios y el Gobierno venezolano aceptaron, comenzaron un conjunto de reuniones con el Gobierno y con algunos representantes de la Comisión, pero fue imposible

que el Gobierno venezolano aceptara y se comprometiera con acciones concretas. Por tal motivo, se pidió una nueva audiencia a la Comisión, que se realizó en Washington el 01 de octubre de 1999, donde el nuevo Gobierno venezolano se comprometió a firmar un acuerdo de solución amistosa sobre la base de la discusión del pliego de peticiones presentado por los denunciantes.

Este Acuerdo se firmó en Caracas el 10 de diciembre de 1999, incluyendo la adopción de diferentes medidas para promover la reparación de los daños ocasionados por la masacre, y el compromiso de acciones concretas para evitar la invasión de las tierras y territorios del pueblo Yanomami por parte de los garimpeiros. Donde El Estado se compromete a promover la suscripción de un acuerdo con el Gobierno de Brasil, a los fines de establecer un Plan de Vigilancia y Control Conjunto y Permanente, para monitorear y controlar la entrada de garimpeiros y la minería ilegal en el área Yanomami.

2. EL DESARROLLO MINERO ACTUAL

2.1. Minería en la Reserva de Biósfera. Sierra Parima



La Reserva de Biosfera Alto Orinoco Casiquiare (RBAOC) es el área protegida más grande de Venezuela y una de las mayores de la Amazonía, abarcando más de 8 millones de hectáreas (ha) al sureste del estado Amazonas. Fue creada en 1991 e incluye

3 parques nacionales (Duida Marahuaka, Parima Tapirapecó y Serranía La Neblina) y 4 monumentos naturales (Cerro Vinilla/Cerro Aratitiyope, Sierra Unturán, Cerro Tamacuari/Serranía Tapirapecó y Parú Euaja) (Figura 1), que protegen tepuyes del Macizo Guayanés y bosques tropicales húmedos, desde las tierras bajas en la penillanura del Casiquiare, los del Alto Orinoco hasta la Serranía de la Neblina a 3000 msnm. Además de ser una de las zonas de mayor riqueza biológica del mundo, esta reserva comprende uno de los espacios geográficos de mayor diversidad cultural de toda la Amazonía, donde conviven comunidades indígenas de 17 grupos étnicos diferentes. Cada uno con un patrimonio cultural y lingüístico único, formando en conjunto un extraordinario universo de diversidad, que constituye un irremplazable aporte a la Humanidad y a la conservación de la sociodiversidad y la biodiversidad.

Categoría de Área Bajo Régimen de Administración Especial	Superficie en ha (%total)
Parque Nacional Duida Marahuaka	220.743 (2,68%)
Parque Nacional Serranía La Neblina	1.410.560 (17,14%)
Parque Nacional Parima Tapirapecó	3.729.166 (45,30%)
Monumento Natural Cerro Vinilla / Cerro Aratitiyope	3.414 (0,04%)
Monumento Natural Sierra Unturán	47.207 (0,57%)
Monumento Natural Cerro Tamacuari / Serranía Tapirapecó	22.387 (0,27%)
Monumento Natural Parú Euajá	40.003 (0,49%)
Porción de la RBAOC que no está bajo ninguna de las anteriores ABRAE	2.758.521 (33,51%)
Superficie total	**8.232.001 (100%)**

Los decretos de creación de la Reserva de Biosfera Alto Orinoco-Casiquiare y el Parque Nacional Párima-Tapirapecó, se inscriben en lo establecido en la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, la Ley Aprobatoria del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y el "Programa del Hombre y la Biosfera" de la Unesco de 1971. Asimismo, esa declaratoria se inscribió en un plan integral para preservar el Amazonas y todo el Sur del Orinoco como gran reserva hídrica y de biodiversidad, para lo cual se habían logrado apoyo del gobierno alemán, y luego de la Unión Europea, que incluía la creación del Centro Amazónico de Investigaciones Ambientales Alejandro de Humboldt, con sede en Puerto Ayacucho y La Esmeralda, en el Amazonas venezolano.

De acuerdo a la fuente testimonial, la coordinación de la redacción del Decreto de la Reserva de Biosfera fue acometida por el Presidente Carlos Andrés Pérez y el Ministro Enrique Colmenares Finol, tomando en cuenta proposiciones previas de instituciones como el IVIC, la

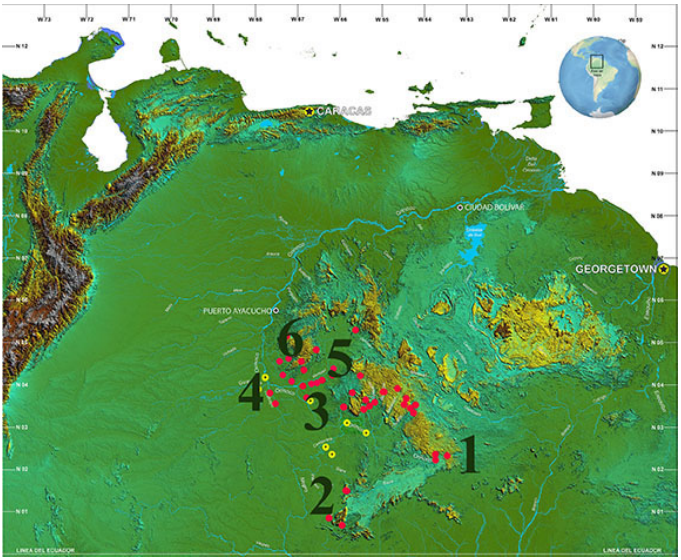
Fundación la Salle, la UCV, ONG y organizaciones indígenas, e investigadores como Charles Brewer-Carías y Napoleon A. Chagnon que llevaron la idea al Presidente. Todo con la participación de los equipos técnicos y jurídicos del Ministerio del Ambiente e Inparques.

Cerro Aratitiope. Al norte del Cerro de la Neblina. Monumento Natural dentro de la Reserva de Biosfera Alto Orinoco-Casiquiare. Edo. Amazonas. (Foto Charles Brewer-Carías 1984).

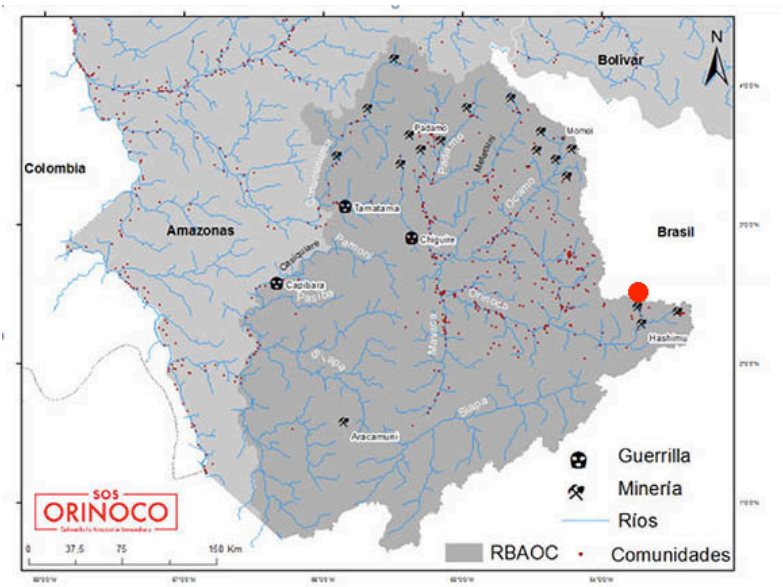
Río Mavaka 1966 (foto Charles Brewer-Carías 1966).

Aunque se decretó esta maravillosa Reserva de Biósfera, grupos políticos intervinieron para que no se dictara el reglamente de uso y por ello se establecerían las minas de oro en los Parques Nacionales y demás áreas protegidas por la Reserva de Biósfera Alto Orinoco-Casiquiare. En la actualidad, los estudios realizados por instituciones como

SOS ORINOCO ha permitido ubicar por medio de imágenes satelitales, los grandes focos de minería ilegal que están dispersos a lo largo y ancho de la Reserva de Biósfera, generando graves impactos ambientales y afectando la vida de las comunidades indígenas. Especialmente debido a que la actuación de garimpeiros provenientes de Brasil, mineros colombianos y grupos de la guerrilla colombiana (supuestas disidencias de las FARC) y del ELN; generalmente trabajan con las comunidades indígenas que logran ver como con esta actividad obtienen una retribución mucho mayor a la que lograrían con sus formas tradicionales de trabajo. No obstante, la acción de los mineros dentro de esta Reserva de Biosfera es posible, en gran medida, debido a la ausencia de mecanismos de vigilancia y control por parte del Estado venezolano, el cual tiene una presencia muy reducida en la zona. Aunque en las zonas donde están presentes generalmente se dan casos de complicidad de los miembros de las FANB con los mineros, quienes permiten las actividades mineras a cambio de pagos en oro, como se pudo constatar hace casi 30 años justo en la frontera con Brasil y dentro de la Reserva de Biosfera Alto Orinoco Casiquiare; donde ocurrió la Masacre de *Hashimo*. (Como lo explicamos en la introducción).



6 Principales áreas donde se desarrolla la minería en el Amazonas venezolano. La Sierra Parima y Hashimo se ubican en el No 1.

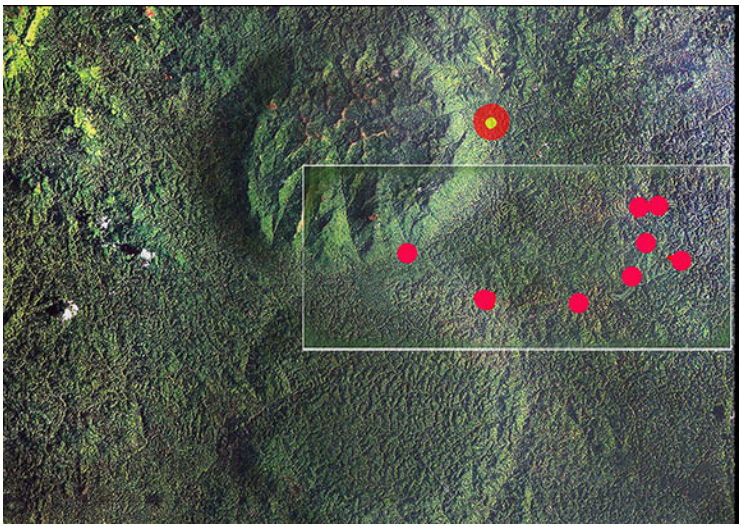


Minería y comunidades indígenas dentro de la Reserva de Biosfera Alto Orinoco-Casiquiare. El punto rojo señala donde ocurrió la masacre de Hashimo-teri, en 1993.

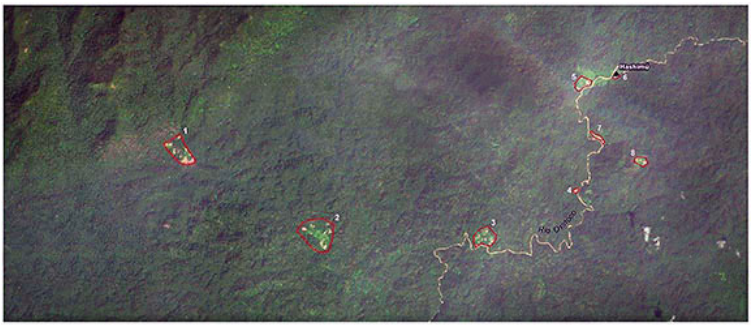
Aquel desarrollo minero que era incipiente cuando ocurrió la Masacre de *Hashimo* en 1993, resultó como una sonda de prueba donde ahora, debido a la incapacidad, a la imposibilidad, o quizás debido el interés de los encargados de guardar las fronteras; la minería proveniente del Estado de Roraima en Brasil se ha volcado sobre las fronteras de Venezuela y es por ello, en parte, por lo que esa actividad se ha convertido en el epicentro de la extracción de oro para ese país; el cual en el año 2019 pasó a ser el segundo producto de exportación sólo por detrás de la soya, y sin tener una sola mina legalmente registrada. No obstante, esa actividad no se desarrolla únicamente del lado brasileño, sino que penetra dentro de Venezuela, donde el Estado no se haya dispuesto a evitar ese desarrollo, sino todo lo contrario. Por lo que se estima que en la actualidad en esa frontera hay más de 10.000 mineros ilegales que han invadido el territorio que antes estaba ocupado exclusivamente por la etnia *Yanomamö*, intensificando una situación de peligro que tendrá consecuencias catastróficas a menos que el Estado tome acciones de emergencia.

De acuerdo con la publicación cartográfica Minería ilegal en los territorios *Yanomamö* y *Ye'kwana* 2017 elaborada por un grupo de organizaciones indígenas y ONG de ambos países; existen 47 localidades mineras (17 de minería manual y 30 de minería mecanizada/semi-mecanizada) dentro de la Reserva de Biósfera Alto Orinoco Casiquiare.

Unas de esas localidades ahora se encuentran cerca de donde ocurrió la Masacre de *Hashimo* en 1993, como se puede apreciar en estas imágenes.



Al Este de las intrusiones ígnea circulares hemos colocado un doble punto para ubicar el lugar donde ocurrió la masacre de Hashimo en 1993. Los otros puntos muestran los desarrollos mineros dirigidos por garimpeiros en la actualidad.



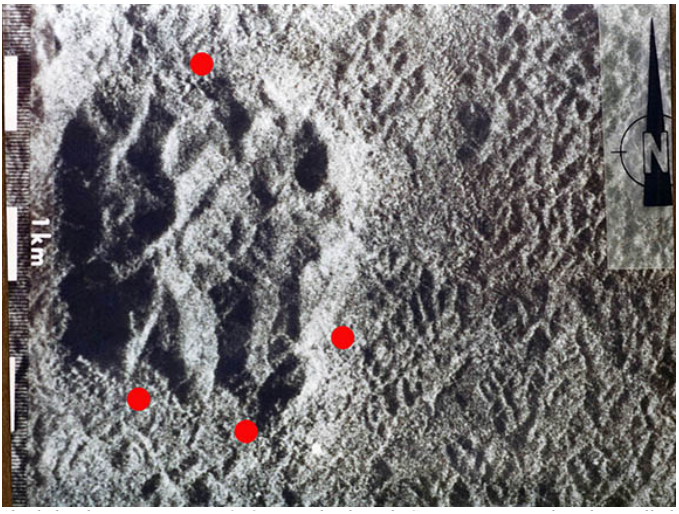
Desarrollo actual de las minas a cielo abierto cercanas a Hashimo, ya ubicadas en la imagen anterior.

La invasión garimpeira del territorio Yanomamö en Venezuela

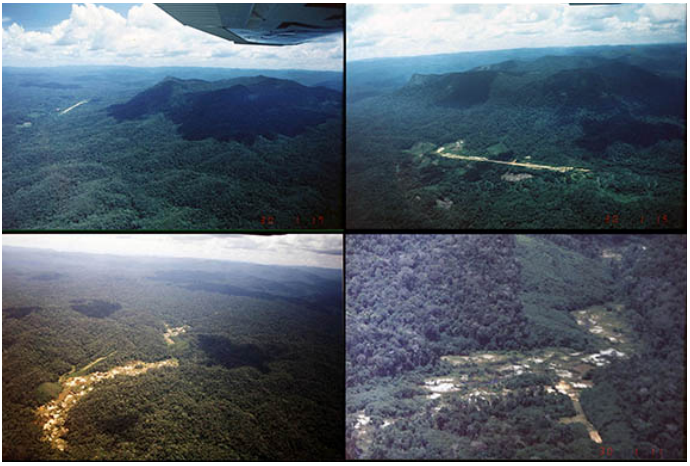
Desde que comenzó la invasión garimpeira en el área *Yanomamö* de Brasil, los mineros han entrado y operado en territorio venezolano, muchas veces sin saber que están en Venezuela. Aunque la presencia numérica de los garimpeiros en la zona de la Sierra Parima de Venezuela es menor que en otros lugares de la Reserva de Biósfera, la destrucción ambiental, así como los ataques y la violencia contra la población indígena ha sido similar a la que ha ocurrido del lado brasilero. A finales de los años ochenta (1989), las fuentes del río Orinoco en el Cerro Delgado Chalbaud fueron casi destruidas por los garimpeiros y para intentar el control de la zona, el Estado venezolano estableció un puesto de la Guardia Nacional; aunque sin garantizar los recursos logísticos suficientes para controlar una situación tan grave y en una región fronteriza tan extensa. Aunque se han realizado algunos esfuerzos para desalojar a los garimpeiros en algunos lugares, el Estado venezolano no ha logrado controlar de forma efectiva la entrada de garimpeiros al territorio; ya que los procedimientos utilizados han sido ineficaces, y las autoridades responsables no disponen de equipos técnicos especializados y del apoyo logístico necesario *(Bello y Tillett 2015)*.

Otro elemento que destaca, es la inexistencia de un plan de vigilancia y control militar de la frontera para monitorear la presencia de la minería ilegal. Esto podría ser consecuencia de una visión equivocada, especialmente del sector militar, que al parecer tiende a evaluar la situación como un problema de menor relevancia y coyuntural. Los campamentos de garimpeiros presentes en el área *Yanomamö* de Venezuela se caracterizan por su reducido tamaño, sin deforestación de grandes extensiones de bosque; lo que les permite mantenerse ocultos bajo el dosel. Aunque si comparamos este patrón con el que se observa en otras áreas, como por ejemplo en el Parque Nacional Yapacana o en las zonas mineras del estado Bolívar -en las que existe una gran devastación ambiental, con deforestación importante de bosques, desviación de cauces, formación de lagunas, alta sedimentación de los ríos y aglomeraciones en grandes campamentos de mineros- , puede dar la impresión de que nos encontramos ante un problema menor y que ello no representa una amenaza importante. Pero la experiencia evidencia el

potencial de conflictos y amenazas que estos campamentos provocan en las comunidades indígenas.



Alrededor de esta otra intrusión ígnea redonda en la Sierra Parima, se han desarrollado varios establecimientos mineros organizados exclusivamente por mineros brasileños.



En contacto con otra intrusión ígnea circular en la Sierra Parima, se pueden apreciar varios establecimientos mineros desarrollados por brasileños con pista de aterrizaje y en pleno desarrollo (foto Charles Brewer-Carías 1993).

Hasta ahora, en los casos de conflictos asociados a la presencia de garimpeiros en territorio *Yanomami*ö como ocurrió en el caso de la

masacre de *Hashimo*, hasta la presunta masacre de *Irotatheri*, también en la Parima, el denominador común ha sido la falta de presencia de las instituciones del Estado venezolano por una u otra causa, así como las dificultades logísticas para acceder a esas zonas tan distantes.

En el año 2010, la comunidad de *Haraú* (Venezuela) formada por sobrevivientes de la masacre de *Hashimo*, fue nuevamente víctima de la presencia de mineros ilegales en sus tierras donde generaron fuertes epidemias que causaron varias muertes en la zona. Un grupo de *Yanomamö* informó que durante un año habían fallecido tres mujeres y siete niños con cuadros febriles. También se reportó que la zona se encontraba invadida por garimpeiros con base de operaciones y pistas aéreas clandestina instalada en el lado brasileño de la frontera.

En los últimos meses del año 2010, personal de salud venezolano pudo confirmar un número de siete fallecimientos (2 adultos y 5 niños) y que la zona estaba ocupada por garimpeiros que actuaban desde Brasil hacia la zona de Hashimú. (Invasión en territorio indígena llega a 20mil garimpeiros: https://www.jb.com.br/pais/2019/05/1000133-invasao-em-terra-indigena-chega-a-20-mil-garimpeiros--diz-lider-ianomami.html).

Entrada de visitantes al shapono de Ketipabouei-teri (Foto: Charles Brewer-Carías 1966).

En cualquier caso, se podría afirmar que actualmente hay entre 50 y 60 minas en la Reserva de Biósfera Alto Orinoco-Casiquiare, y que tal número de sitios es excesivamente alto, especialmente si consideramos que la minería es absolutamente ilegal. Y que además, estos garimpeiros han ido invadiendo las siguientes áreas.

1. **Cuenca del río Ocamo,** sobre todo en las cabeceras, ubicadas en la Sierra Parima, cerca de la frontera con Brasil. Esta zona está habitada por comunidades *Yanomamö* y *Sánema* y la mayoría de los focos mineros señalados son de minería "mecanizada/ semimecanizada". En esta zona se ha reportado la presencia de mineros ilegales provenientes de Brasil (garimpeiros). También se muestran sitios de extracción minera "manual".

2. **Cuenca alta o cabecera del río Orinoco**, en las zonas del Cerro Delgado Chalbaud y el sector *Hashimo*. Esta zona está habitada por comunidades Yanomami del subgrupo lingüístico *Waika*. Todos los sitios reportados corresponden a minería "mecanizada/semi-mecanizada", en una zona con presencia de garimpeiros brasileros reportada desde la década de los años ochenta. La actividad minera en este sector se realiza con el apoyo y complicidad de las FANB.

A pesar de que se estableció un comando de la Guardia Nacional Bolivariana en el cerro Delgado Chalbaud, es por ese lugar por donde entraron unos 80 garimpeiros que después tomaron un camino que pasa a lado de *Hashimo* (Haximú según los brasileños). A partir de allí les tomó dos días de camino para llegar precisamente adonde están asentados ahora, en los terrenos por donde circulaban cuando la masacre; donde las autoridades venezolanas les permitieron instalar unas cuatro (4) máquinas para sacar oro y minerales. Pero las comunidades *Yanomamö* se han estado quejando, porque si al principio comenzaron a trabajar normalmente, luego las comunidades indígenas se vieron afectadas por la malaria y la contaminación de los ríos. Por lo que ahora los habitantes del lugar tienen que buscar el agua mucho más lejos para no intoxicarse.

Según los *Yanomamö* que fueron entrevistados, los mineros ilegales negociaron con los efectivos de la Guardia Nacional que se encuentran custodiando la frontera en el puesto del Cerro Delgado Chalbaud, y los brasileños fueron autorizados a permanecer explotando las minas del lado venezolano a cambio de pagos con parte del oro producido para los efectivos de la FANB.

Como en el lugar de *Hashimo* no existen pistas de aterrizaje para llevar hasta allí la maquinaria que se está empleando en las minas, la carga ha tenido que ser transportada con helicópteros hasta la propia comunidad de Hashimo, donde hay unos puntos de aterrizaje que se

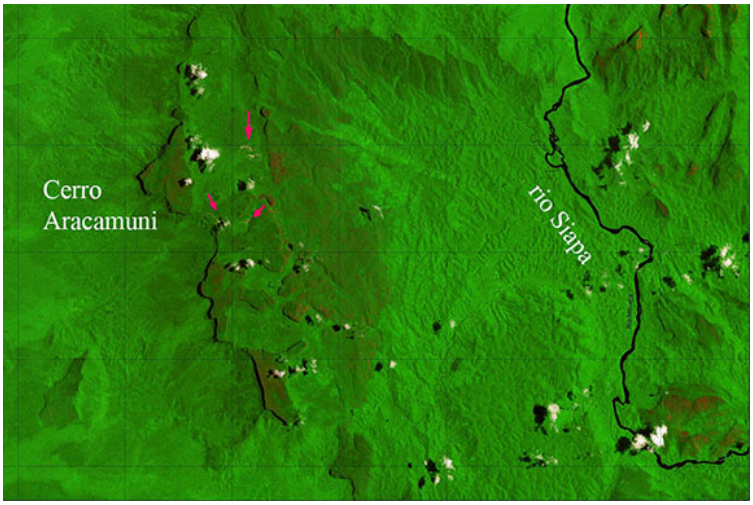
habían preparado para los equipos itinerantes de salud que anteriormente visitaban la zona. Pero cabe preguntarse sobre ¿cómo están recibiendo los mineros brasileros los insumos necesarios para mantener sus operaciones en esa zona tan apartada durante años? ¿Acaso ingresan los helicópteros desde Brasil violando el espacio aéreo venezolano, o son los propios helicópteros de la FANB los que llevan gasolina, alimentos, mercurio y demás implementos necesarios para los garimpeiros?

Grupo de indígenas Yanomamö del Shapono Kohorashitari (1970) atravesando un extraordinario puente de lianas que construyeron sobre el río Maturacá que hace frontera entre Brasil y la Reserva de Biosfera Alto Orinoco-Casiquiare, dentro del Parque Nacional Serranía la Neblina. En el año 2020 estos Yanomamö trabajan en una mina de oro en la frontera con Brasil. (Foto Charles Brewer-Carías 1970)

2.2. Minería en la Reserva de Biósfera. Cerro Aracamuni

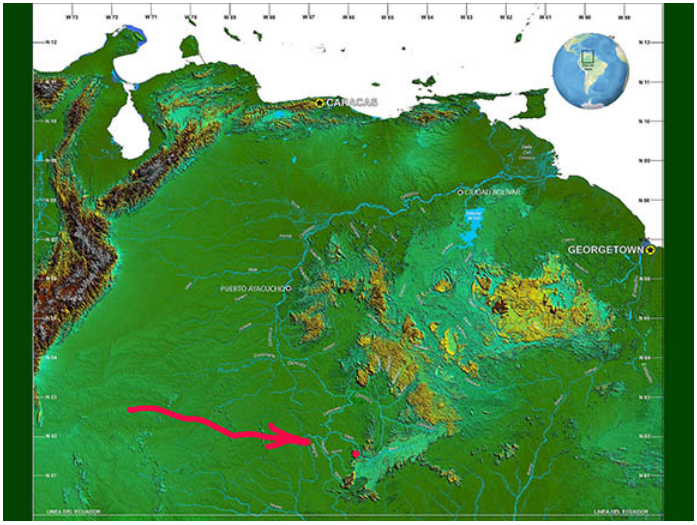
El Cerro Aracamuni es un tepuy que forma parte del complejo Aracamuni-Avispa, ubicado al Noroeste del Parque Nacional Serranía La Neblina y está ubicado entre los ríos Siapa y Pasimoni afluentes del Caño Casiquiare. La porción más elevada, para ambos tepuyes, es cercana a los de 1600 metros de altitud y el Aracamuni es el más septentrional de una secuencia de tres tepuyes (separados entre sí por depresiones) orientados en sentido norte-sur, que forman parte de un mayor

macizo montañoso. Se localiza aproximadamente en las coordenadas geográficas 01° 28′ 36″ latitud norte y 65° 50′ 07″ longitud oeste, y en la porción norte del Parque Nacional Serranía la Neblina. El macizo en cuestión, del cual forma parte el tepuy, tiene aproximadamente 24 kilómetros de longitud norte-sur por 10 kilómetros de ancho este-oeste. Aracamuni (podría escribirse también Arakamuni) lo llamamos "tepuy" a los fines de enfatizar que es parte de estas peculiares formaciones sedimentarias de montañas tabulares del Escudo Guayanés, conocidas mundialmente con ese nombre, aun cuando en Amazonas el vocablo tepuy no es empleado, sino el de "cerro".

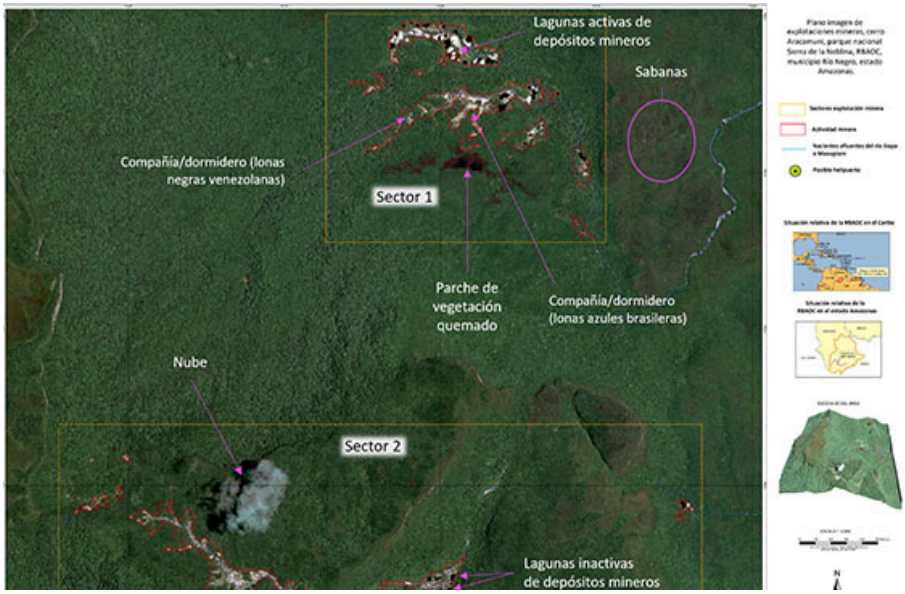


El Cerro Aracamuni sido desde hace muchos años un sitio controversial que ha estado en la mira de muchos intereses económicos y ha servido de excusa para proponer la legalización de la minería en el estado Amazonas; a pesar de encontrarse dentro de un parque nacional. En el año 1996 los nombres de Aracamuni y Siapa fueron dados a conocer a los medios de comunicación, gracias a una denuncia hecha enfáticamente por el entonces Gobernador de Amazonas, Bernabé Gutiérrez; quien manifestaba en 1996 que en el cerro Aracamuni había una invasión de más de 800 garimpeiros armados procedentes de Brasil y Colombia, quienes estarían extrayendo "de 30 a 35 mil kilos anuales de oro" ...! *(EL UNIVERSAL 1 de sept. De 1996)*. Por lo que esta mina fue considerada como la más rica del estado Amazonas y de sus

alrededores". El mandatario regional dijo, al momento de su denuncia, que la apertura legal de la explotación minera en Amazonas era necesaria y que había que derogar el Decreto No 269 del año 1989 (Ejecutivo Nacional) que prohibía, y aún prohíbe, la minería en ese Estado.



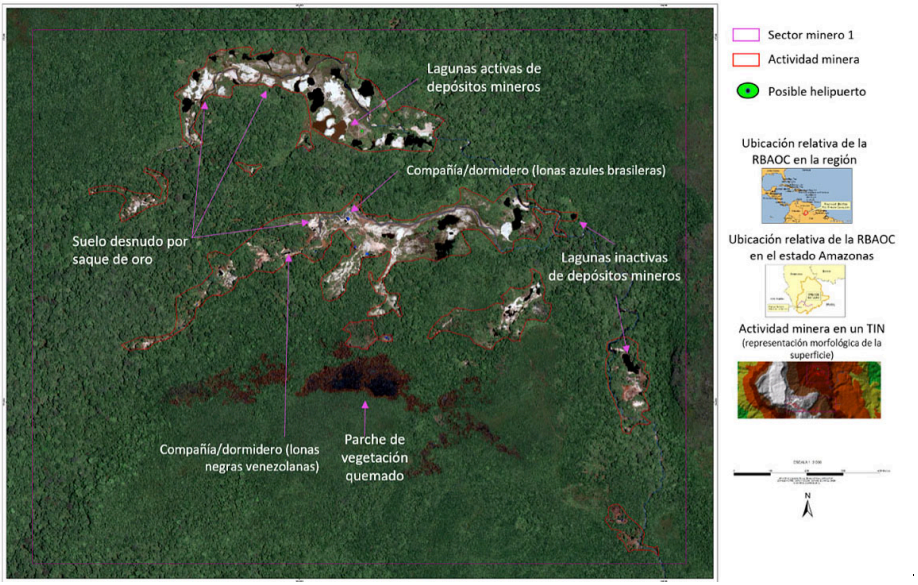
Cerro Aracamuni.



SOS Orinoco 2020.

Para esa fecha, la actividad minera había sido detectada y "combatida" por INPARQUES, quien para finales del año 1995 construyó dos puestos de Guarda parques, uno en la boca del río Siapa y otro en la Boca del río Pasimoni, gracias a una inversión proveniente del Proyecto "Planificación y Manejo de Áreas Protegidas Amazónicas" (Unión Europa / Tratado de Cooperación Amazónica); no obstante estos puestos fueron quemados y derribados por la acción de los mineros durante el primer semestre del año 1996, todo ello en represalia por la eliminación de unos "campamentos presumiblemente mineros" desmantelados por el personal de INPARQUES en esas áreas.

La denuncia que hizo el gobernador Gutiérrez motivó a que el Ejecutivo Nacional procediera a organizar militarmente el Operativo Siapa 96 que se llevó a cabo entre agosto y septiembre de 1996. Como resultado se consiguieron en el área apenas 46 mineros, todos venezolanos, entre criollos e indígenas, a quienes se les abrió el procedimiento legal. Fuentes conocedoras creen que los mineros recibieron el "pitazo" del advenimiento del operativo y desalojaron las minas. En este operativo se pudo apreciar que el espacio estaba siendo intervenido con minería



Minas Aracamuni SOS Orinoco 2020.

muy rudimentaria, con surucas, bateas, palas y picos a lo largo de aproximadamente 7 km en las márgenes de una naciente del río Siapa. Este operativo militar fue muy costoso con un saldo relativamente pobre, si se compara con la magnitud de la denuncia hecha por el gobernador pero que tuvo mucha difusión en los medios, al parecer buscando crear una matriz de opinión favorable a derogar la prohibición de la minería en Amazonas y abrir un sistema de concesiones mineras. La lógica del planteamiento sería que era preferible "legalizar" la minería aurífera para que ella rindiera beneficios fiscales al Estado, y no que se "robaran" el oro. El otro argumento es que ese oro debe ser aprovechado por venezolanos y no por extranjeros. Una idea ha estado latente dentro de algunas "fuerzas vivas" de la región, y en especial hoy en día en los factores políticos dentro de la Asamblea.

En el año 2005 el Ejército hizo incursiones aerotransportadas hacia Aracamuni, para desalojar a los mineros y supieron que estaban abastecidos por continuos transportes por helicóptero que provenían de Brasil. Especialmente desde San Gabriel de Cachoeira (Sao Gabriel da Cachoeira) que es el epicentro de toda la actividad minera garimpeira en la región, tanto la que se ejerce en el lado brasileño, como en el venezolano. La estructura garimpeira no tiene ningún miedo de operar en territorio venezolano, bien sea porque no temen a las autoridades venezolanas o porque tienen acuerdos con las FARC, o por ambas razones. Sin embargo, hasta el año 2005 hubo reacciones esporádicas de los militares venezolanos. En alguno de estos operativos fueron detenidos dos capos de los sindicatos garimpeiros, quienes acabaron detenidos en Puerto Ayacucho. Pero en ese mismo año 2005, lo que es un hecho bochornoso, se fugaron del centro de detención con apoyo de efectivos policiales que fueron sobornados. Cada vez que algún garimpeiro relativamente importante es detenido, las autoridades venezolanas reciben llamadas y presiones del estamento político brasileño, incluso de las autoridades consulares a fin de que sean liberados. En particular son insistentes los diputados brasileños de los estados de Roraima y Amazonas. *(SOS Orinoco 2020)*

Campamento guerrillero abandonado en el río Pasiba afluente del rio Casiquiare, que fue aprovechado por las milicias que se dirigieron al Cerro Aracamuni.

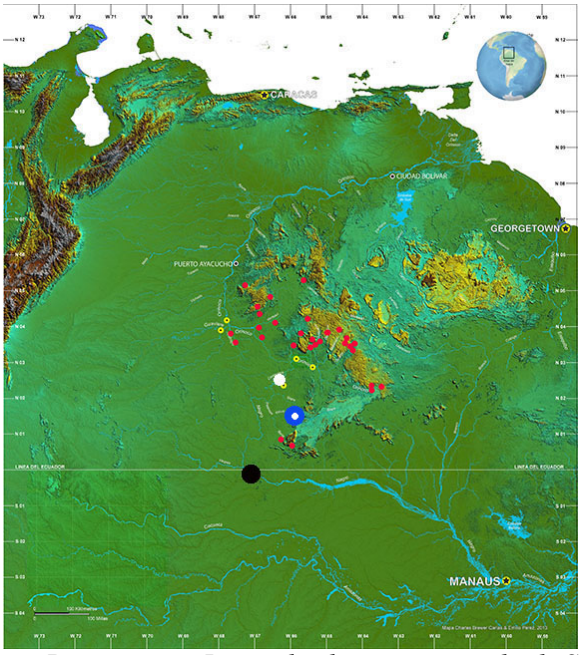
Es importante lo que implica logísticamente operar minas de tamaño considerable a esa altitud y en una región montañosa muy alejada de ríos navegables. Por una parte, es necesario acarrear tambores de combustible para operar los equipos mecánicos. Ya acarrear los equipos en sí y el suministro de alimentos para un número tan elevado de personas es complicado y obviamente no todas las personas están dedicadas a la minería. Por lo que hay un buen número de ellos que están asociados a la logística de la operación: porteadores, cocineros, cazadores, mecánicos, prostitutas, enfermeros, etc. Nuestras fuentes nos informan

que existen rutas de acceso a pie desde el rio Casiquiare (Ver las fotos del campamento) Siapa, pero que éstas no serían adecuadas para llevar equipos pesados ni tambores de combustible. Es muy probable que indígenas Yanomami del rio Siapa estén participando en la logística de abastecimiento de las minas como porteadores. La presencia del helipuerto en el sector 1 confirma la información de que esos suministros son aerotransportados. Por lo que es seguro que participan helicópteros civiles, colombianos y brasileños, aunque se nos ha informado que también y con frecuencia viajan a Aracamuni helicópteros militares venezolanos.

Campamento guerrillero abandonado. Río Pasiba afluente del rio Casiquiare.

Un punto fundamental para entender toda esta operación es el de los costos de la gasolina o el gasoil que es necesario para operar las maquinarias. Esos precios obviamente son más elevados en los pueblos selváticos de Colombia y Brasil; dado que hay que agregarle el

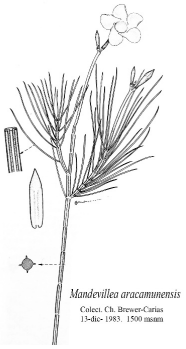
costo de transporte. Sin embargo, en Venezuela todos los combustibles derivados del petróleo están regulados por el gobierno y no se venden al público sino a irrisorios precios oficiales. Esto ha generado toda una economía clandestina en la que se adquiere el combustible de fuentes gubernamentales (la empresa petrolera PDVSA) y de allí se distribuye en redes ilegales que incrementan su precio, tanto por que la tendencia es a asemejarse a los precios de Colombia y Brasil, como por la escasez que genera el propio mercado negro. En otras palabras, el combustible tiene costo cero para las redes criminales que lo distribuyen, pero ene ganancia máxima cuando es vendido al consumidor final, pero con la ventaja de que pueden venderlo siempre a un precio menor que el de los países vecinos. Esto significa que, para la industria garimpeira y para sus socios de la guerrilla colombiana, el precio del combustible venezolano es un factor importante para aminorar los costos de producción del oro, e incrementar las ganancias.



Punto Azul: Aracamuni. Punto negro: Lugar de abastecimiento desde San Gabriel de Cachoeira (Brasil). Blanco: Campamento guerrillero abandonado en el Rio Pasiba del rio Casiquiare. Amarillos: milicias. Rojos: Otras Minas en el Estado Amazonas.

Explotar oro en Venezuela a 240 kilómetros de San Gabriel de Cachoeira, es más económico que explotarlo en cualquier otro lugar dentro de territorio brasileño a 240 kilómetros del mismo San Gabriel. En el esquema de negocio, la industria garimpeira se asocia con la guerrilla colombiana a fin de asegurarse un suministro barato de combustible; dado que es la guerrilla quien controla todo el comercio y tráfico de combustible en el estado Amazonas de Venezuela. Este control lo hace las FARC en asociación con la FANB y en tal sentido, éste garantiza el suministro de combustible en Puerto Ayacucho. Es por eso que la asociación FARC/FANB es fundamental para la industria garimpeira, ya que permite el abaratamiento de la producción dado el ahorro en combustible. Es de presumir que las ganancias que genera Aracamuni deben ser tan elevadas como para permitir sostener una logística en helicóptero de 240 kilómetros de distancia, la cual es la mitad de la distancia que hay entre Puerto Ayacucho y Aracamuni, que es de 482 kilómetros. En tal sentido la ruta de suministro aéreo de combustible en tambores, que provee la FANB a Aracamuni es tan importante, pues tiene un costo cero, ya que al fin y al cabo no sólo el combustible es gratis, sino que también lo es la hora de vuelo en helicóptero que corre por cuenta del Estado venezolano sin que sea éste un costo que deban asumir personalmente los oficiales de la FANB involucrados en el negocio. Por otra parte, la distancia a San Carlos de Rio Negro es de apenas 140 kilómetros hasta Aracamuni, y en el caso de que el combustible sea transportado en bongos, por vía fluvial, desde Puerto Ayacucho hasta San Carlos, pues el ahorro también es grande, ya que es un tramo de transporte aéreo es relativamente corto si los helicópteros parten de San Carlos o de sus inmediaciones. Los vuelos de suministro Puerto Ayacucho-Aracamuni no deben ser muy frecuentes porque distancia es grande y el estado operativo de los helicópteros de la FANB no es bueno; por lo que siempre será más conveniente que sean llevados por vía fluvial los tambores hasta sitios más cercanos como San Carlos o La Esmeralda.

La llave maestra para el control de la minería en Amazonas está en el suministro de combustible y de mercurio. Si se intervinieran esas redes de distribución, que es lo que potencia la minería, pudiera dar al traste con ella, dependiendo quién y para qué se interviene.



Esta Apocynaceae del género Mandevillae es una de las centenares de plantas endémicas que solo se encuentran en la cumbre del Cerro Aracamuni.

Este es el procedimiento de extracción mecanizado con “tame” que se emplea en las minas del Cerro Aracamuni (a 1300 msnm) y en las del Parque Nacional Yapacana. Para lo cual se requiere su transporte en helicóptero. (Foto Charles Brewer-Carías).

2.3. Minería en el rio Atabapo

El río Atabapo o río Dorado, fue observado por primera vez por el Padre Manuel Román en 1744, cuando remontó el río Orinoco para ver por donde entraban los cazadores de esclavos provenientes de Brasil, quienes navegando por del Rio Negro pasaban hacia el río Orinoco sin bajar a tierra y por esto pensaron que continuaban navegando por el río Amazonas. En *Maracoa* (hoy San Fernando) vivían entonces los indígenas *Guaipunavis* comandados por el cacique "Crucero" que hablaban lengua *Arawak*.

(Foto Charles Brewer-Carias y Mathias Brewer 1998).

Confluencia de los ríos Orinoco, Atabapo y Guaviare en la estrella fluvial el Amazonas. Se destaca el color de las aguas "negras" del río Atabapo.

En abril del 2004 representantes de comunidades indígenas del río Atabapo denunciaron las actividades mineras que estaban realizando ciudadanos colombianos y brasileños en el río, al que también utilizaban como vía para llegar a las minas del Yapacana por el caño Caname, afluente del río Atabapo; evadiendo así el paso por Santa Bárbara en el Río Ventuari, donde se encuentra el puesto de la Guardia Nacional (GN). Estos representantes introdujeron las denuncias ante la propia GN y no hubo reacción efectiva de esos funcionarios. Evadir el punto de control de la GN navegando por dicho caño Caname se ha generalizado, desde entonces por los mineros provenientes de Brasil y Colombia. *(SOS Orinoco 2012).*

Desde San Fernando de Atabapo se aprecia como el río Guaviare desemboca desde el oeste sobre el río Atabapo, que viene desde la izquierda de la imagen. (Foto Charles Brewer-Carías 2014).

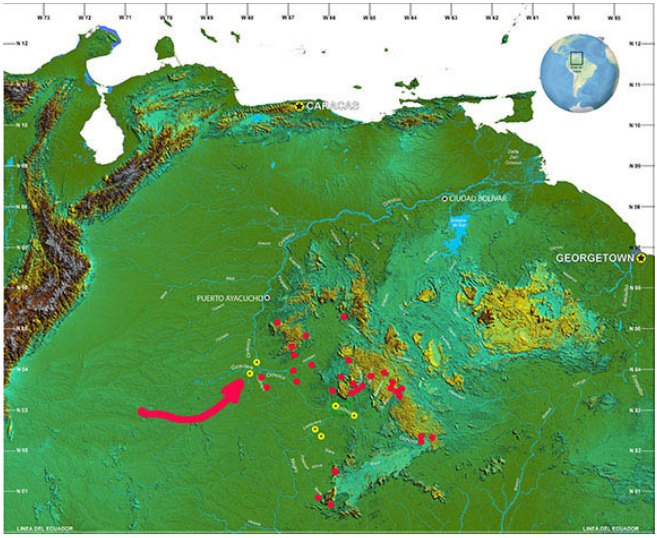
Balsas mineras tripuladas por las FARC en la frontera compartida con Colombia en medio del río Atabapo. *(Foto Charles Brewer-Carias 2014).*

Las balsas mineras o dragas, llamadas también balsas chupadoras, son los elementos de avanzada en todo el entramado minero del estado Amazonas. Son detectables en todo el Orinoco medio, aguas abajo de

la confluencia con el río Atabapo, y también incluye el Parque Nacional Yapacana tanto en sus ríos principales (Orinoco y Ventuari), cuyos cauces en su línea media fungen de linderos sur y norte, respectivamente, así como el caño Yagua y demás caños que surcan el interior del área protegida por este Parque. En el caño Yagua son muchas las notificaciones de presencia de balsas colombianas, y en menor proporción las brasileñas. Para el año 2018 hay información de que 32 balsas tripuladas por personas armadas estaban extrayendo oro en las aguas de este caño Yagua. Desde el límite sur del PN Yapacana los mineros se desplazan con sus embarcaciones bajo custodia de la guerrilla colombiana y suben por el Orinoco hasta La Esmeralda, en el municipio Alto Orinoco, Allí han creado otro foco minero en el que emplean monitores hidráulicos y mercurio que ya es un insumo rutinario de la minería de la región. La mayoría de las balsas-dragas navegan desde los grandes ríos colombianos tributarios del Orinoco, especialmente por el río Guaviare y el río Inírida (Departamento de Guainía). Dicho departamento está cubierto en un alto porcentaje por la figura legal de "resguardo indígena" y en las 7.129.245 hectáreas (ha) que conforman su superficie hay 28 resguardos indígenas. En ese departamento se practica la actividad minera desde hace varias décadas, y también dentro de los "resguardos" hay zonas mineras indígenas. En Colombia ha habido vaivenes en el marco legal minero en estos territorios que han dado como resultado la promoción del uso de las balsas-dragas, internándose en los países fronterizos, Venezuela y Brasil, sacando ventaja de la navegación aguas abajo de sus grandes ríos.

Lo cierto es que las balsas mineras contaminan con mercurio y afectan lechos de ríos. Hay balsas-dragas de distintos tamaños y tipos. Algunas son transportadas a las minas completamente desarmadas. Otras "...son transportadas libremente a la vista de todos por los ríos internacionales que hacen frontera con el estado, sin ningún reparo por las autoridades de los países fronterizos y de los de Venezuela; pasan por el frente de nuestros pueblos indígenas, por ríos de navegación internacional donde no hay ningún acuerdo utilizado para su control"[72].

[72] SOS Orinoco 2020. "La Minería Aurífera en el Parque Nacional Yapacana, Amazonas Venezolano: Un caso de extrema urgencia ambiental y geopolítica, nacional e internacional". Enero 2020.



Ubicación de la estrella fluvial del Amazonas y del pueblo de San Fernando de Atabapo.

Otro Grupo de balsas mineras en el río Atabapo. (Foto Charles Brewer-Carias 2014).

Balsa minera con la bandera de Colombia preparada para extraer los sedimentos del fondo del río Atabapo e inmediatamente derramarlos por una rampa con obstáculos llamado Tame, donde el polvo de oro queda adherido a una cobija que lo cubre.
(Foto Charles Brewer-Carias 2014)

Puerto Inírida en el río Inírida, afluente del río Guaviare, es un pueblo muy próspero aunque sin conexión terrestre con el resto de Colombia y es allí donde se abastecen y venden su producción todos los mineros de la región. (Foto Charles Brewer-Carias 2014).

Puerto Inírida en el río Inírida, afluente del río Guaviare, es el sitio donde se abastecen los mineros y donde venden el oro de las minas del río Atabapo, del río Ventuari y del Cerro Yapacana. (Foto Charles Brewer-Carias 2014).

En mayo del 2014 las organizaciones indígenas del estado Amazonas hacen público un comunicado sobre el tema de la minería en el municipio Atabapo y en el Yapacana en el que denuncian claramente lo que viene ocurriendo y emiten su posición. Por su trascendencia, lo reproducimos a continuación:

> *"En el día de hoy 05 de mayo de 2014, nosotros, pueblos y comunidades indígenas de la Amazonía venezolana, agrupados en la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de Amazonas (COIAM),*

reunidos en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas, por el presente queremos realizar nuestras consideraciones sobre la práctica de la MINERÍA ILEGAL EN EL MUNICIPIO ATABAPO, que afecta nuestros derechos constitucionales al territorio (Art.119) y al ambiente sano (Art.127) declarando lo siguiente:

1.- Las organizaciones indígenas de base quieren expresar su profunda preocupación debido a la creciente actividad minera ilegal (minería de oro) en el Municipio Atabapo, la cual afecta a numerosas comunidades indígenas de la región (ríos Atabapo y bajo Ventuari) y a la propia población de San Fernando de Atabapo, quienes vienen denunciando la minería ilegal en el cauce del río Atabapo y en toda la zona cercana al Parque Nacional Yapacana.

2.- Durante el último año (2013-2014) se ha observado un incremento de la minería ilegal en el cauce del río Atabapo, mediante la utilización de embarcaciones con máquinas chupadoras provenientes de Colombia, que utilizan métodos de dragado de las aguas del río para la extracción de oro en aguas internacionales. El resultado de esta actividad ha sido una evidente contaminación de las aguas prístinas del río Atabapo por presencia de mercurio y otras sustancias tóxicas, así como la alteración del ecosistema fluvial en general, incluyendo la vida de numerosos peces que son fuente de alimento para las comunidades indígenas ribereñas y la capital del Municipio, San Fernando de Atabapo.

3.- Por su parte, en toda la zona del Parque Nacional Yapacana y bajo río Ventuari, continúan las actividades de extracción ilegal de oro y otros minerales, en su mayoría realizadas por ciudadanos extranjeros provenientes de Colombia y Brasil, causando graves daños ambientales como la destrucción de grandes extensiones de selva y bosque, alteración del curso de los ríos y contaminación por mercurio, y la afectación de numerosos ecosistemas amazónicos.

4.- La actividad minera ilegal en todo el Municipio Atabapo va acompañada de otras muchas ilegalidades, tales como el contrabando de productos nacionales, el tráfico de combustible, la prostitución y la trata de blancas, la entrada ilegal al territorio nacional de personas foráneas, la presencia de grupos armados generadores de violencia y el tráfico de sustancias prohibidas por la ley.

5.- Todas estas actividades ilegales y en concreto la minería ilegal en el río Atabapo y en el Parque Nacional Yapacana, son hechos

públicos ampliamente conocidos y difundidos por las comunidades y los medios de comunicación. En consecuencia, nos preocupa seriamente la falta de acción efectiva por parte de las autoridades venezolanas, para controlar el problema que afecta toda esta amplia margen fronteriza.

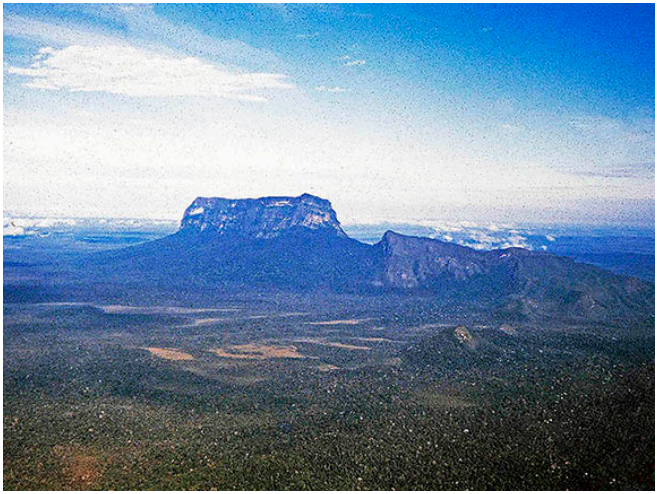
6.- Hacemos un llamado a las autoridades civiles y militares del Estado venezolano, para que tomen acciones urgentes y coordinadas, destinadas a controlar la minería ilegal de las llamadas "balsas chupadoras" en el río Atabapo, especialmente mediante acciones bilaterales con Colombia, y las actividades de vigilancia y control permanente en todo el bajo Ventuari y el Yapacana.

Firmado por: Organización Regional de Pueblos Indígenas de Amazonas (ORPIA), Kurripaco, Baniba, Warekena y Yeral del Guainía, Río Negro y Atabapo (KUBAWY), HORONAMI Organización Yanomami, Organización Indígena Piaroa Unidos del Sipapo (OIPUS), Organización Ye´kuana del Alto Ventuari (KUYUNU), Organización Mujeres Indígenas de Amazonas (OMIDA), Asociación de Maestros Piaroa (Madoya Huarijja), Organización Piaroa del Cataniapo "Reyö Aje", Cabildo Inga de Amazonas, Organización Yabarana del Parucito (OIYAPAM), Organización Pueblo Indígena Jivi Kalievirrinae (OPIJKA), Organización Piaroa de Manapiare, Red de Jóvenes Indígenas de Amazonas".

Diamantes con forma de trompitos también conseguidos con las balsas mineras en el río Atabapo. (Foto Charles Brewer-Carias 2014).

Ammoglanis natgeorum. Una nueva especie de los peces vertebrados más pequeños del mundo se ha encontrado únicamente frente a San Fernando Atabapo7[3]. (Foto Nathan Lujan 2020).

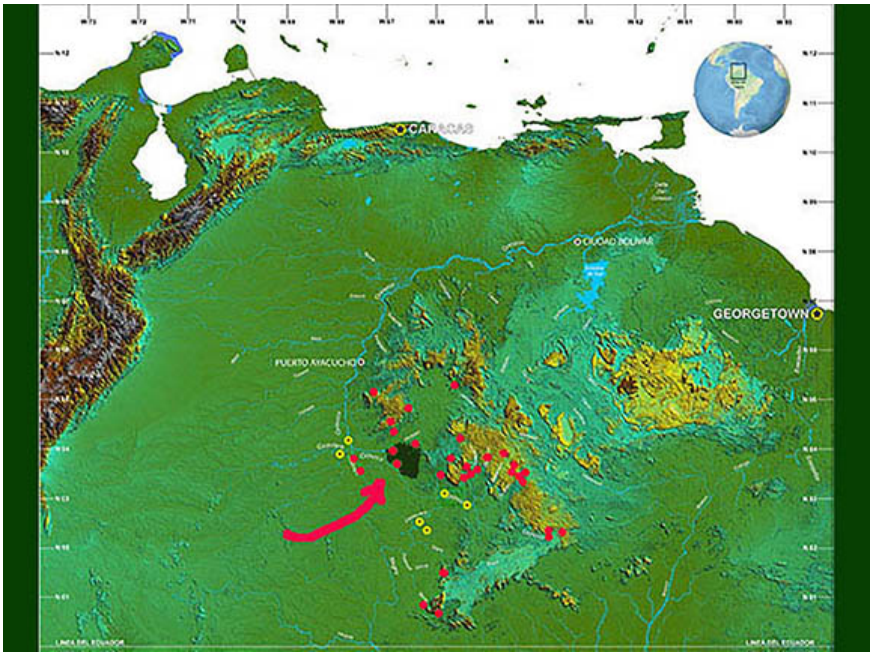
2.4. Minería en el Parque Nacional Yapacana



" ¡Eso allá sí que es bonito!"

Declaración de un minero entrevistado en Puerto Ayacucho, refiriéndose al orden y seguridad que impera en Yapacana impuesto por la guerrilla colombiana. (SOS Orinoco 2019).

[73] Elisabeth Henschel. Nathan K. Lujan, Jonathan N. Baskin 2020. "Ammoglanis natgeorum, a new miniature pencil catfish (Siluriformes: Trichomycteridae) from the lower Atabapo River, Amazonas, Venezuela." *Journal of Fish Biology* 1–10. Fisheries Society of the British Isles. wileyonlinelibrary.com/journal/jfbo



El Parque Nacional Yapacana se localiza en el estado Amazonas, en la penillanura del Ventuari y Orinoco, paisaje labrado por la confluencia de dichos ríos. El elemento fisiográfico que más destaca en ese paisaje relativamente llano es el Cerro Yapacana, una montaña de arenisca ubicada en su cuadrante suroeste, la cual alcanza una altitud

de 1.345 msnm, y que posee un relieve en forma de meseta, característico de los tepuyes del sur de Venezuela. También destaca en el paisaje otro cerro de menor elevación, llamado Cerro Moyo, ubicado al noroeste de Yapacana. La palabra tepuy, de la lengua Pemón (pueblo indígena que habita en el estado Bolívar), no es la utilizada en Amazonas, donde prevalece el término "cerro" para referirse a estas montañas. En este sentido, técnicamente, Cerro Yapacana (que en realidad son dos cerros contiguos, uno más bajo y el cerro grande) y Cerro Moyo son ambos "tepuyes". Todo el Parque y su entorno son parte del espacio sociocultural de pueblos indígenas Arawako y también de los Huottüja (Piaroa) y Mako. Una buena fuente de información documental sobre el parque es el informe de Castillo y Salas (2007)[74].

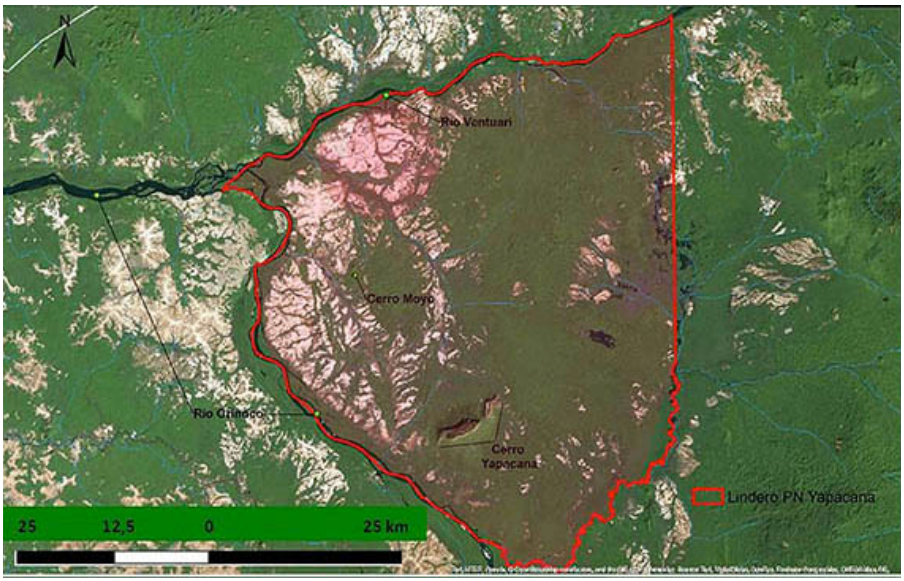
El Parque Nacional Yapacana fue decretado el 12 de Diciembre de 1978, mediante el Decreto No 2.980 , con el cual se declaró el Parque Nacional "Yapacana" en el Departamento Atabapo del Territorio Federal Amazonas[75]. Este parque tiene 2.000 hectáreas de su superficie bajo una minería aurífera absolutamente ecocida. El impacto sobre sus ecosistemas no sólo lo es en términos de superficie directamente destruida, sino además por el efecto radial y expansivo de los más de 2.000 mineros que están ocupando el Parque Nacional actualmente. Esto hace que Yapacana sea, sin duda, el que tiene mayor nivel de destrucción de entre los 44 parques nacionales venezolanos. La minería ya estaba allí presente desde mediados de la década de los 80, en unas dimensiones muy pequeñas, pero su crecimiento acelerado se inició en el año 2004 y tomó una pendiente muy alta a partir de 2012 y 2014. Toda minería, dentro de Yapacana como en el resto del estado Amazonas, es ilegal[76].

---

[74] R.Castillo y V. Salas. 2007. "Estado de Conservación del Parque Nacional Yapacana". Reporte Especial. En: *BioParques: Programa Observadores de Parques* (www.bioparques.org).https://www.oas.org/dsd/AAPAD2/Docs/(iii)%20Reporte%20Especial%20PN%20Yapacana%20(Venezuela).pdf

[75] República de Venezuela. Decreto No 2.980 del 12 de Diciembre de 1978, mediante el cual se declara Parque Nacional "Yapacana", el área comprendida dentro de los linderos señalados y ubicada en jurisdicción del Departamento Atabapo del Territorio Federal Amazonas. Gaceta Oficial No 2.417. Caracas, 7 de marzo 1979.

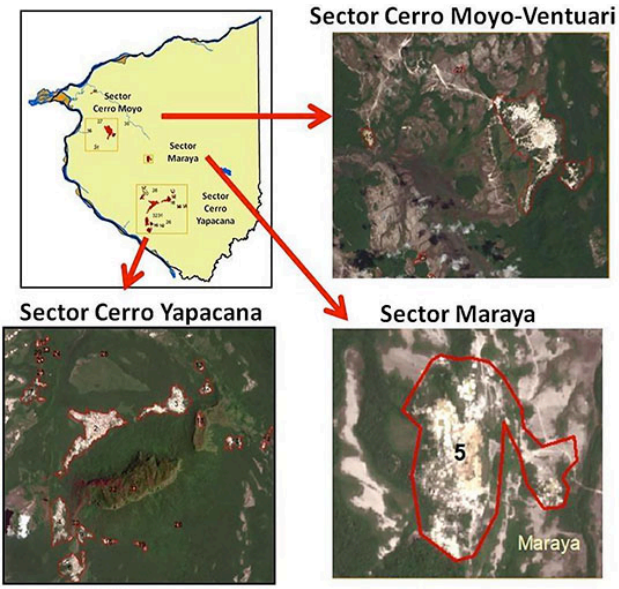
[76] República de Venezuela. Decreto No 269 del 7 de Junio de 1989, mediante el cual se prohíbe la explotación minera dentro del Territorio Federal Amazonas y se ordena la suspensión inmediata de cualquier actividad minera en ejecución. Gaceta Oficial No 4.106. Caracas, 9 de Junio 1989.



Área del Parque Nacional ***Yapacana*** *en la confluencia del río Orinoco y el río Ventuari.* SOS Orinoco[77].

Desde sus orígenes la minería estuvo vinculada a un negocio dirigido desde Colombia y protegido por la guerrilla de ese país. Ocasionalmente las autoridades venezolanas realizaron acciones de desalojo de los mineros. Sin embargo, en forma paulatina y creciente, las autoridades venezolanas han cesado de tomar medidas efectivas y le han entregado el control del territorio y de la actividad minera a la guerrilla, hoy comandada por el ELN. Esta entrega ha sido pactada dentro de un esquema delincuencial del que se benefician altos oficiales militares y políticos venezolanos. Sin duda Yapacana es el foco minero más grande y desatado que existe en toda la Orinoquía Amazonía (sumando Colombia y Venezuela) el cual alimenta esencialmente a la economía colombiana, y sirve de principal sustento financiero al ELN. Esta minería en Yapacana está estrechamente vinculada al narcotráfico y a la cocaína que se procesa en Colombia.

[77] SOS Orinoco. 2019-20. "La Minería Aurífera en el Parque Nacional Yapacana, Amazonas Venezolano: Un caso de extrema urgencia ambiental y geopolítica, nacional e internacional". Actualización del 2019 al 2020.



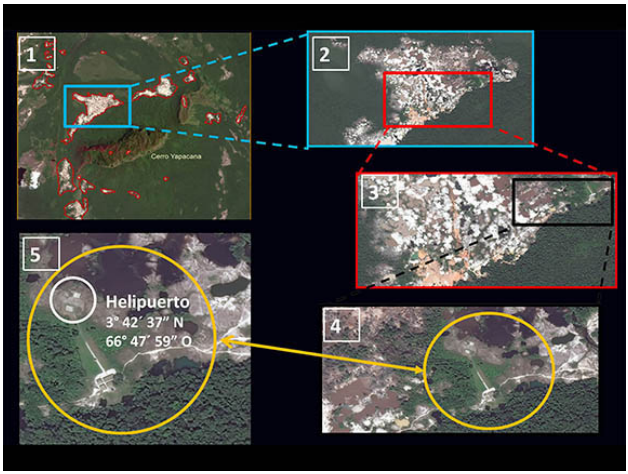
Fuente: SOS Orinoco[78].

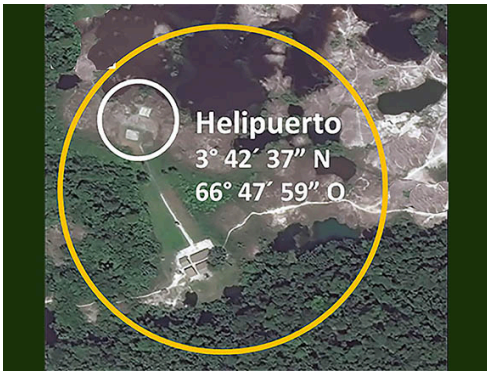
Cerro ***Yapacana*** *y la mina principal.* SOS Orinoco[79].

Además Yapacana se ha convertido en el centro de irradiación de la invasión paulatina y progresiva de la guerrilla hacia el interior de los estados Amazonas y Bolívar, y es sin duda una pieza clave en la estrategia

[78] Ibidem.
[79] Ibidem.

de supervivencia y evolución de esta compleja y eficiente organización criminal. Venezuela está imposibilitada de resolver esta situación de extrema gravedad, que de facto ha producido un desplazamiento del Estado venezolano y la instauración de un para- estado guerrillero, en coordinación con el actual régimen político que gobierna Venezuela. Colombia, Brasil, y todos los entes políticos de la comunidad internacional deben contribuir para que el caso Yapacana sea puesto en el tope de las prioridades y sea solucionado, ya que se está tornando en un generador de situaciones indeseables, con radicales impactos más allá de las fronteras venezolanas.





Desarrollo y distribución de la mina principal en el Parque Yapacana. SOS Orinoco[80].

[80] Ibidem.

Mina de Cerro Moyo. Parque Nacional Yapacana (Fotos SOS Orinoco 2019).

En 2019 se reportaron 36 sitios de actividad minera que fueron determinados con imágenes de satélite del año 2018, localizados tanto en sabanas como en bosques, sobre planicies mayormente, pero también sobre colinas (cerro Moyo) y hasta en la propia cumbre del cerro Yapacana. En estos análisis digitales de interpretación visual hay dos limitantes principales: la resolución de la imagen (espacial y temporal) y la experiencia del intérprete, debido a que los sitios mineros menores de 5 hectáreas (ha) son difíciles de detectar, especialmente en el mosaico de sabanas que presenta este parque nacional, a menos que las lagunas de lavado o alteraciones severas de la vegetación leñosa y el suelo sean muy evidentes.

Las principales minas en el Parque YAPACANA se distribuyen en 3 sectores conocidos como Cerro Moyo-Ventuari, Cerro Yapacana y Maraya . Uno de los rasgos característicos de la actividad minera es la red de corrupción entre funcionarios militares y civiles venezolanos. En una entrevista realizada al teniente en situación de retiro, Daniel Archer Chirinos, éste denuncia que el gobernador del estado Amazonas y vicepresidente del PSUV, Miguel L. Rodríguez, utiliza dinero del estado para comprar maquinaria minera para la explotación de oro del Yapacana. Comentó que en uno de los casos que presenció, trabajando junto al comandante de seguridad de Yapacana, la guerrilla se enfrentó a criollos venezolanos que contrabandeaban coltán, siendo que uno de

ellos desapareció y los demás abandonaron el territorio[81]. El cobro de "vacunas" por parte de militares es ampliamente conocido, existiendo pautas que mineros, comerciantes y todo aquel que accede a Yapacana conoce de antemano; por ejemplo: (A) el dueño de un bote-tienda debe cancelar 118 gramos de oro, el equivalente a US$ 6.000; (B) altos oficiales militares en Amazonas reciben al menos 20 kg de oro cada mes (el equivalente a US$ 800 000) por permitir la minería en Yapacana; (C) además, para asegurar la lealtad de los militares existe una alta rotación de funcionarios y darle oportunidad a todos de lucrarse de forma ilícita[82].

Mensaje para la Sociedad Civil Venezolana. SOS Orinoco.

Las organizaciones de la sociedad civil venezolana, sociales y ambientales, han sido poco eficaces para poner en la agenda pública lo que acontece a ojos vista en Yapacana. ¿Las razones?: sabemos de la efectiva coacción que ejerce el gobierno venezolano sobre los que denuncian estos temas, y también de la autocensura, justificable por demás; pero también sabemos que algunos dirigentes sociales e indígenas vinculados con el partido de gobierno han hecho una eficiente labor de división

[81] Entrevista de Mairbot Petit 2019. Enlace disponible el 12/04/2020 Entrevista a teniente desertor de la FANB.

[82] Reportaje periodístico de InSight Crime 2019. Enlace disponible el 12/04/2020 ExFARC Mafia: El ejército criminal colombiano que se instaló en Venezuela.

del movimiento indígena y ambiental. Algunos de estos dirigentes de cúpulas, mantienen estrechos lazos con la guerrilla y son definitivamente pro- mineros. El mensaje en este sentido para la sociedad civil es el de levantar las banderas éticas, ambientalistas e indigenistas, para que se hagan escuchar con voz alta las denuncias sobre la destrucción de Yapacana y de la violación de los DDHH de los ciudadanos indígenas y criollos del estado Amazonas. Es lo menos que se espera. Las luchas ambientales e indígenas deben ir absolutamente de la mano; la política de áreas protegidas va en total correspondencia con las aspiraciones de los pueblos indígenas, y en ella la minería no tiene cabida.

El sector académico también ha pasado por alto esta realidad. Un llamado a las universidades nacionales y a los sectores académicos en general, para que eleven su voz con contundencia.

A partir de este momento no existen ya las excusas de las "informaciones contradictorias", de los "rumores no confirmados" o de la falta de "datos duros".

Nueva especie de Navia, una bromeliácea endémica de la cumbre del Yapacana, colectada el 13 de diciembre de 1983. (Foto Charles Brewer-Carias).

"Ya todo el pueblo venezolano lo sabe, no hace falta pruebas para culparlos. Sabemos cuál es el gran negocio porque todos los días me llaman para decirme que se están llevando el oro, diamante y coltán a territorio colombiano en vehículos de la Guardia Nacional, Sebin y el Cicpc. Todo eso está confirmado, pero nadie actúa".

Romel Guzamana diputado del estado Amazonas a la Asamblea Nacional.

2.5. Minería en el río Ventuari

Se estima que algunas comunidades indígenas ubicadas a lo largo del río Ventuari, magno afluente del río Orinoco en el actual Estado Amazonas, trabajaron la minería de forma artesanal antes de 1970. Sin embargo, justo a mediados del año de 1984, según consta en las denuncias que hicieron por la prensa algunos de los afectados, se hizo evidente que algunos militares de las Fuerzas Armadas de Cooperación (FAC), empezaron a requerir de los indígenas una participación de lo que produjeran, como condición para permitir que continuaran con sus trabajos de extracción en lugares como Guapuchí, Cascabel, Maraya, Carmelitas, El Porvenir, Canaripó y Caño de Piedra, ubicados en el río Ventuari[83].

También en el mes de agosto de aquel año 1984, la prensa reportó actividades inusuales y de diversa índole, que puso en evidencia como a pesar de la diferencia de intereses, hubo acuerdos entre militares, misioneros Salesianos y hasta con un grupo de ex guerrilleros y profesores universitarios, que se trasladaron al Amazonas para desarrollar allí un plan subversivo inspirado en el movimiento Sendero Luminoso y en el Libro Verde de Khadaffi[84-85-86-87].

Igualmente durante el mes de agosto de ese año los ex guerrilleros y los misioneros interesados en desarrollar sus planes particulares en ciertos lugares de la región, coincidieron para sacar del Amazonas a los Sres. Hermann Zingg y Hugo Borrell, quienes con gran esfuerzo habían desarrollado dos hatos ganaderos en unas sabanas deshabitadas en la

---

83 Rafael Del Naranco, "Acusada la GN de Violar Indias y Hacer Contrabando de Oro declara Julio Castillo". Diario *El Mundo*. Caracas, 15 de agosto de 1984.

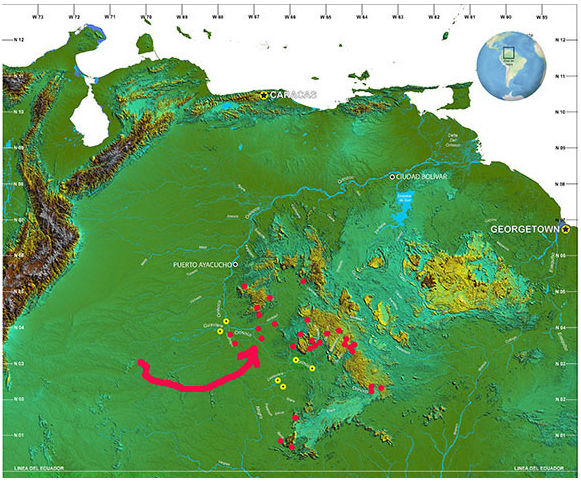
84 Rafael Del Naranco, "Guerrilla tipo "Sendero Luminoso" en Amazonas fomentan grupos de izquierda". Diario *El Mundo*. 2 de agosto de 1984.

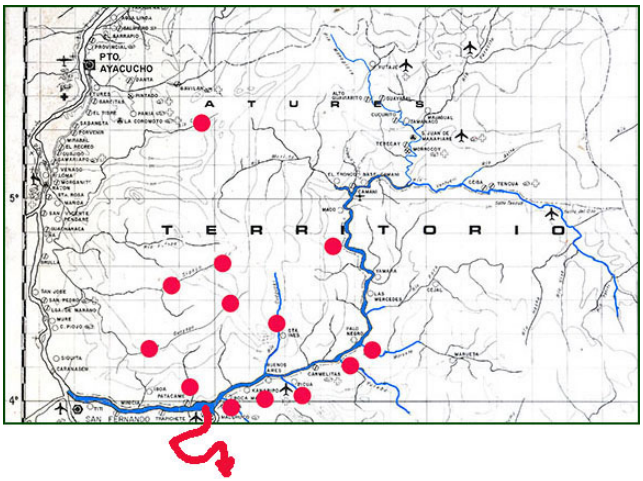
85 Gloria Rodríguez-Valdés, 1984. Veintiséis Personas Ligadas a una Revolución que Planea Khadafi. Diario El Universal. 15 de agosto de 1984.

86 Ricardo Escalante, "Sectores de Ultraizquierda pretenden internacionalizar la Amazonía". Diario *El Universal*, Portada y p. 1-12. Caracas, 8 de agosto de 1984.

87 Omar Zavarce, "Movimiento Separatista fomentaban en Amazonas grupos extremistas infiltrados en la zona. Denuncia la diputado Paulina Gamus a Hector Valverde, Esteban Emilio Monsonyi, Gerardo Clarac y a la antropóloga Nelly Arvelo". Diario *2001*. 5 de septiembre de 1984.

cuenca del río Manapiare del río Venuari[88]. Por otra parte, también los Salesianos y los guerrilleros convinieron en desacreditar a las Misiones Evangélicas Nuevas Tribus, denunciándolos como agentes de la CIA, aunque a partir de 1950 el Pastor James Barker fuera el primero en instalar una misión religiosa entre los indígenas *Yanomamö*[89].





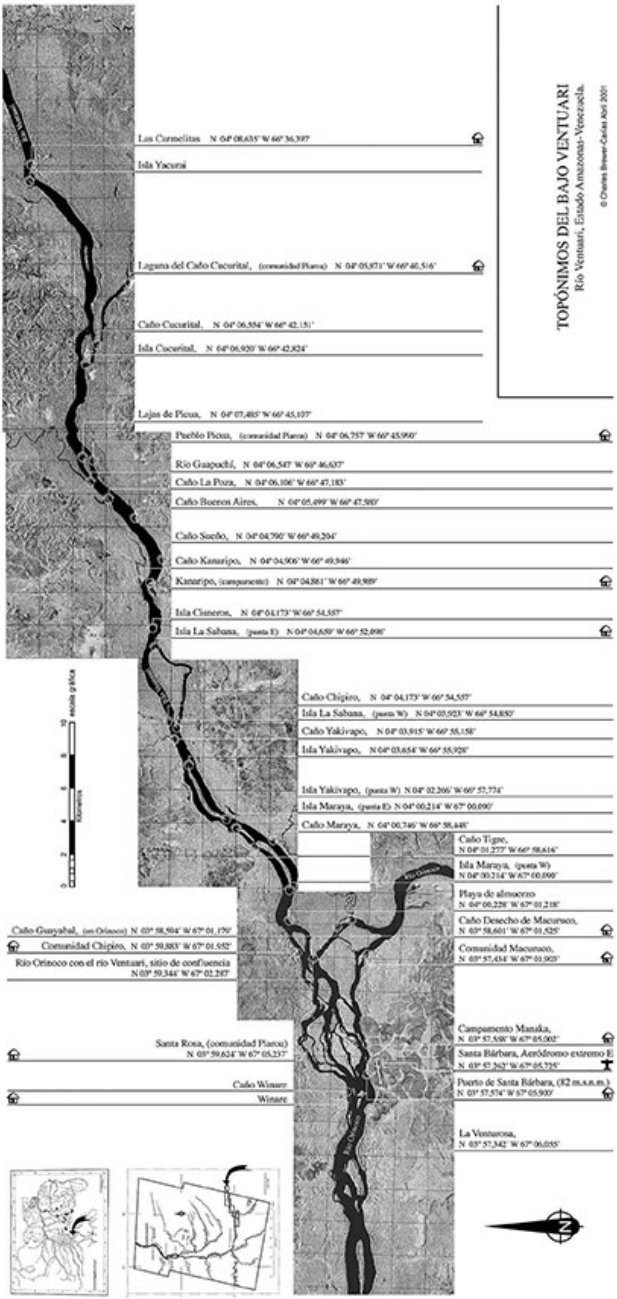
Cuenca del río Ventuari y lugar de las minas principales.

88 Ramón Koesling, "Liberados por el Juez los Peones Acusados de Masacrar Indios Piaoa. Las acusaciones eran falsas". Diario *El Universal,* 9 de julio de 1984.

89 Omar Zavarce, "Misioneros que son espías serían expulsados del país". Diario *2001*. 9 de agosto de 1984.

Delta del rio Ventuari en su confluencia con el río Orinoco.
Esta es la primera vez que se publican los topónimos de las islas del delta del Ventuari. Los trabajadores de las minas en este río provienen en su mayoría de los poblados La Venturosa, Santa Bárbara y Macuruco, señalados en este mapa. (Investigación Charles Brewer-Carías 2001.)

15 de enero de 1997.
DELTA DEL RIO VENTUARI en su confluencia con el río Orinoco. El río Ventuari se ve venir desde el horizonte oriental y el río Orinoco le llega desde el sur. En primer plano el raudal de Santa Bárbara y el poblado La Venturosa. La pista de aterrizaje es la de Santa Bárbara. (Foto Charles Brewer-Carías).



Topónimos del Bajo Ventuari (Investigación Charles Brewer-Carías 2001).

2.6. Minería en el Parque Nacional Sipapo-Autana

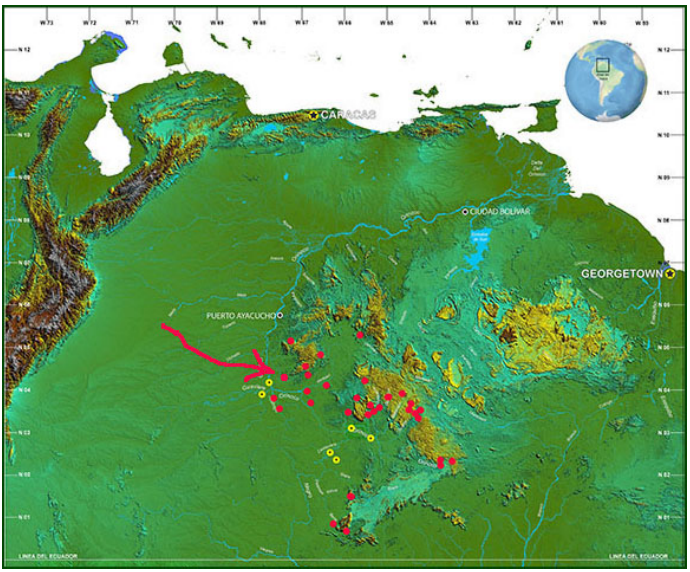
Cerro Autana o Kuaymayóho, es considerado por los Piaroa como el tocón que queda ahora de lo que fuera el árbol de los frutos del mundo o Wahári kuáway. En el horizonte el Cerro Paraka o Sipapo. (foto Charles Brewer-Carías 1990).

Autana es uno de los tepuyes más emblemáticos de la Amazonía/ Guayana venezolana, y su nombre evoca imágenes de naturaleza exuberante, caudalosos ríos y comunidades indígenas que han habitado la selvática región desde tiempos inmemoriales. El cerro Autana da nombre a un municipio del noroeste del estado Amazonas; sus cuatro ríos - Cuao, Autana, Sipapo y Guayapo- confluyen en el Sipapo, cuyas negras aguas desembocan al Orinoco enfrente de El Carmen, capital municipal, en la Isla de Ratón, separada de Colombia apenas por un brazo del río.

La cuenca del Sipapo alberga una de las zonas boscosas más prístina y biodiversa de toda Venezuela. Además del Autana, otras formaciones montañosas de origen precámbrico como el macizo Cuao-Sipapo y la Serranía El Santo, delinean un imponente relieve donde brotan las aguas de los cuatro ríos. Para los pueblos indígenas *Uwottüja y Jivi* que habitan esta región, se trata de un territorio sagrado coronado por el Autana, el "árbol de la vida" *Wahari-Kuäwäi* o también *Caliebirri-nae*, hogar de los espíritus y origen de todas las formas de vida vegetal y animal. *(Brewer-Carías. 2014)*

El Estado venezolano, consciente del inmenso valor de este patrimonio ambiental y cultural, estableció a partir de 1963 diversas figuras

de protección para salvaguardar este imponente espacio de la Nación: Reserva Forestal Sipapo, Monumento Natural Cerro Autana, Monumento Natural Macizo Cuao-Sipapo - Cerro Moriche, y el recientemente declarado Parque Nacional Sipapo.



Lugar del Cerro Autana y el Parque Nacional Sipapo.

A finales de los años setenta y durante las dos décadas siguientes del siglo XX, una creciente sensibilización política hacia los temas relacionados con la conservación, se materializaron en una serie de decisiones orientadas a una moratoria de los grandes proyectos de desarrollo y la conservación de la naturaleza en amplios espacios geográficos de la entidad. Una de estas decisiones fue la promulgación del decreto No 2.552[90] en 1978**,** que prohíbe la tala, deforestación y explotación de productos forestales madereros en Amazonas, "dejando a salvo los derechos de las poblaciones indígenas y campesinas para el desarrollo de sus actividades tradicionales". Otra decisión con una orientación similar, fue la promulgación del decreto No 269 de 1989[91], mediante el cual se prohíbe la explotación minera dentro del Territorio Federal

[90] Gaceta Oficial 31.408, 19 de enero de 1978.
[91] Gaceta Oficial N° 4.106 Extraordinario, 9 de junio de 1989.

Amazonas y se ordenó la suspensión inmediata de cualquier actividad minera en ejecución. Además, fueron creadas en Amazonas numerosas áreas protegidas que, en total, cubren una superficie equivalente al 52% del territorio del estado.

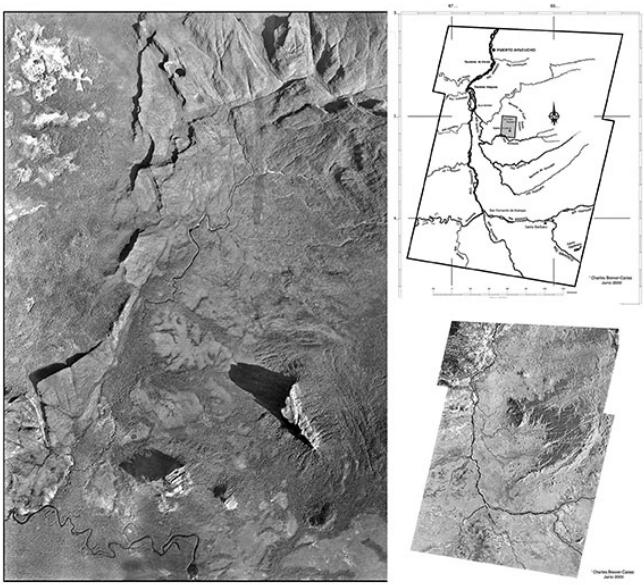


Imagen aerofotográfica de1970 obtenida de Cartografía Nacional (Misión 050407) para mostrar el Cerro Autana, el lago Leopoldo o Paráka-wachói (en el extremo superior) y el Caño Umáj-ajé. Del lado derecho la cuenca del río Sipapo con sus cuatro ríos.

Lago Paraka-wachoi y el Cerro Autana (foto Charles Brewer-Carías 1990).

Lago Paraka-wachoi o Lago Leopoldo al norte del Cerro Autana. (Goto Charles Brewer-Carías 1991).

Monumento Natural Cerro Autana

El Cerro Autana fue declarado monumento natural el 12 de diciembre de 1978[92], conforme a la Ley Aprobatoria de la Convención para la protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América. En la Gaceta Oficial No 2.417-E, donde apareció el decreto de creación del Monumento Natural Cerro Autana, con una superficie de 30 hectáreas y dentro del ámbito geográfico de la Reserva Forestal Sipapo. también aparecieron publicados los decretos de creación de siete parques nacionales, cuatro de ellos al sur del Orinoco: Duida Marahuaca, Yapacana, La Neblina y Jaua-Sarisariñama; y cuatro monumentos naturales, de los cuales dos están ubicados en el estado Amazonas: Cerro Autana y Piedra del Cocuy. Esto demuestra el extraordinario compromiso que una vez tuvo Venezuela con la conservación de la naturaleza, especialmente al Sur del Orinoco. (*SOS Orinoco 2020)*.

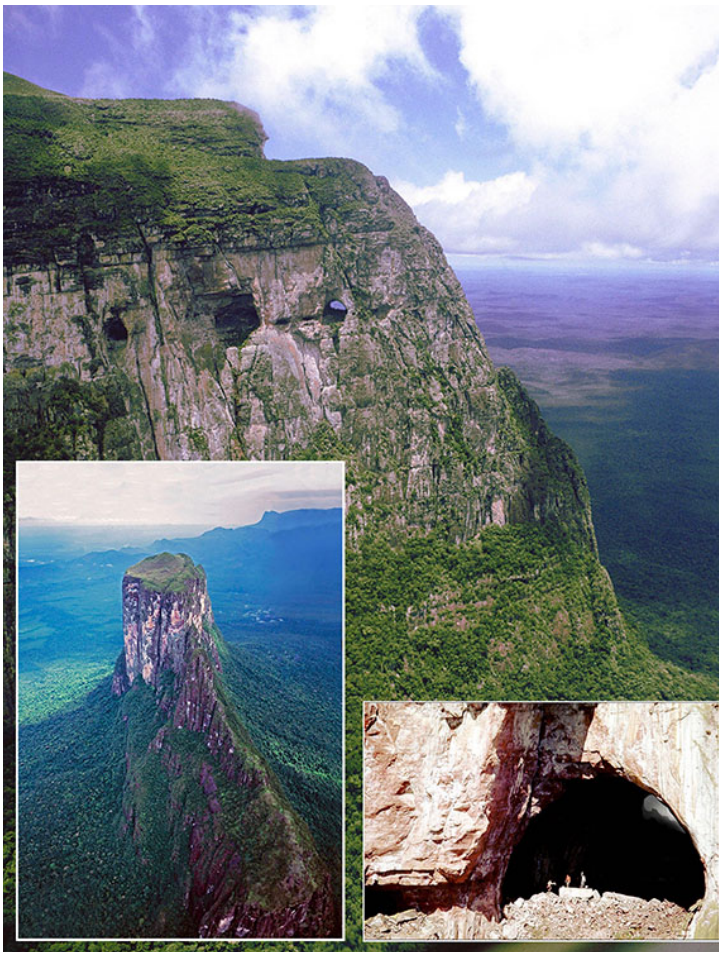
[92] Decreto N° 2.987, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.417, 7 de marzo de 1979.

Monumento Natural Cerro Autana o Kuáyma-Yóho y río Umáj_ajé, que es un afluente del río Autana. (foto Charles Brewer-Carías 1990)

Para asignar la categoría de "Monumento Natural" al Cerro Autana, el decreto de creación tuvo en consideración lo siguiente:

> *"Que el cerro Autana, situado en la zona montañosa al noreste del Territorio Federal Amazonas, en jurisdicción del Departamento de Atures, representa un valioso recurso, no solo escénico sino también científico, el cual alberga la cueva más antigua que se conoce, así como otras cavernas únicas en el mundo formadas enteramente de cuarcitas".*

Desde el punto de vista geológico, pertenece al Grupo Roraima que data del período Precámbrico Proterozoico, con una edad estimada de 1.700-1.800 millones de años. Una cueva de 395 m de longitud atraviesa el tepuy y sus bocas son visibles en las caras noroeste y sureste a 150 m por debajo de la cima. La cueva está formada en roca madre de cuarcitas rojas, lo que se considera un fenómeno extraño debido a la dureza del mineral. En su desarrollo interno la cueva presenta grandes salones en forma de domos, que alcanzan hasta 40 m de altura. *(Brewer-Carías 1976).*

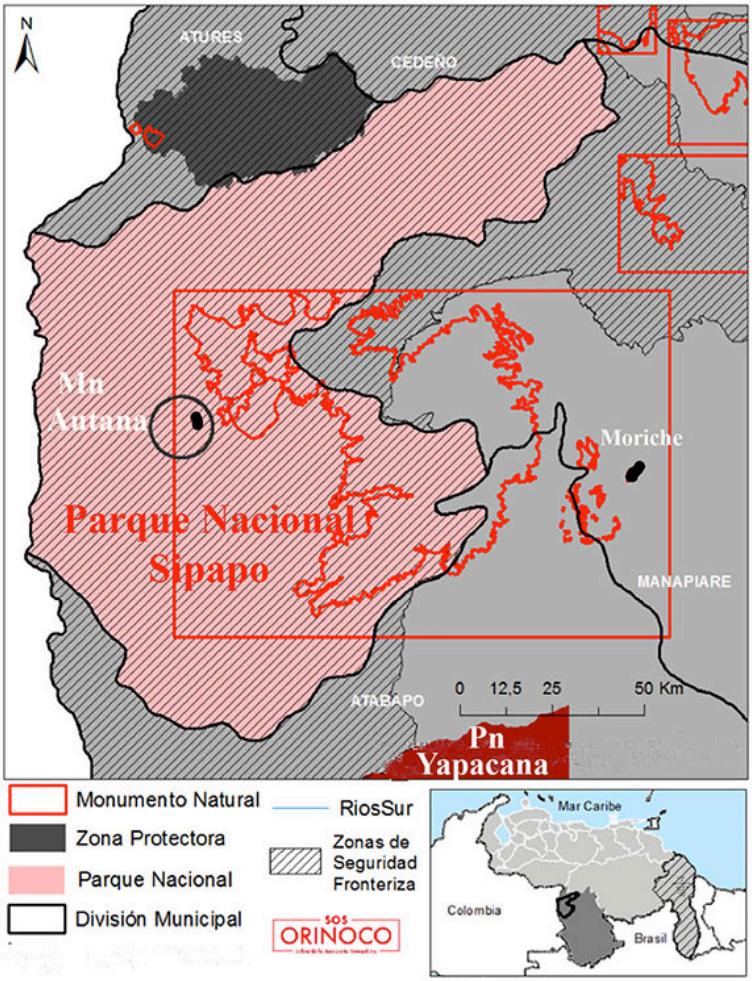


El 12 de Febrero de 1971 realizamos la primera expedición a la cumbre del Cerro Autana para colectar plantas y descender desde allí con cuerdas para explorar la caverna más antigua del mundo que atraviesa la montaña de un lado al otro como el ojo de una aguja, a 150 metros por debajo de la cumbre. A continuación, el Cerro Autana fue decretado Monumento Natural. (foto 1971).

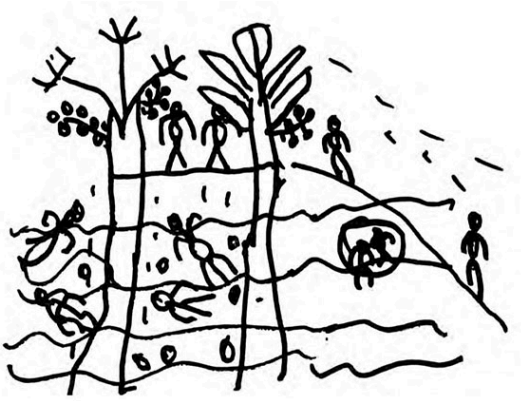
El 27 de noviembre de 2018 fue sancionada por la Asamblea Nacional la *Ley Orgánica de la Megareserva de Agua Dulce y Biodiversidad del Sur del Orinoco y la Amazonía*[93] la cual crea "un área de Especial Importancia Ecológica de Agua Dulce, y Biodiversidad del Sur del

[93] https://sosorinoco.org/wp-content/uploads/2020/07/3.3-Ley-de-Megareserva.pdf

Orinoco y la Amazonia, ubicada en los estados Bolívar, Delta Amacuro y Amazonas" (art. 2). Se trata de un gran "corredor ecológico" conformado por todas las áreas bajo régimen de administración especial o áreas protegidas, decretadas por el Ejecutivo Nacional, las cuales son ahora integradas bajo la figura de dicha Megareserva. Además, mediante esta ley se crean, integran y modifican una serie de figuras de protección ambiental en la región Sur del Orinoco. De acuerdo al artículo 2-g (artículo 2, literal "g"), se crea "el Parque Nacional Sipapo, ubicado en el estado Amazonas y loa monumentos naturales Cerro Autana y Macizo Cuao-Sipapo / Cerro Moriche.



Monumento Natural Cerro Moriche en el río Ventuari dentro del Parque Nacional Sipapo. (foto Charles Brewer-Carías 1983).



El cerro Moriche en el río Ventuari fue el lugar donde la cosmogonía Watunna de los Ye´kwana refiere que los morochos Iuréke y Shikiémona se refugiaron sobre una plataforma que fijaron entre las dos palmas que crecían en la cumbre de los dos cerros cónicos que se ven en la margen derecha del río. Este dibujo fue realizado por el capitán (Kahichana) Dawaschúwa de la casa Mawádi-anehidíña en el río Kúnu, para explicarle a Civrieux como fue la manera como Iuréke y Shikiémona se salvaron de la inundación que ellos provocaron[94].

[94] Marc de Civrieux, Watúnna. *Mitología Makiritare*. Monte Ávila Editores, Caracas. 1970. 236 p.

El Cerro Moriche y el diluvio para vengar la muerte de Whí'yo

Iuréke y Shikiémona fueron unos hermanos gemelos criados por la rana *Kawáo* luego de haber rescatado del agua dos huevecillos, después que entre todos dieron muerte a la gran culebra *Whí'yo* porque no quiso entregar la *Huehenna;* el recipiente donde fueron enviados los gérmenes de todos los hombres. Entonces la rana *Kawáo* era la dueña del fuego y también era la esposa de *Manúwa*, quien se transformaba en un tigre a voluntad y fuera el primero que probó la carne de *Whí'yo* después de que la mataron. Este importante relato de la cosmogonía *Watúnna* de los *Ye´kwana* es bastante extenso y concluye cuando los morochos *Iuréke* y *Shikiémona* le dan muerte al tigre y a la rana para vengarse de ellos por haber participado en la cacería y muerte de su madre. En otro de los relatos del *Watúnna* sobre la actuación de estos morochos ocurre tras la muerte de la rana *Kawáo* y entonces el morocho *Iuréke* quedó como el guardián del fuego. Fue entonces, cuando con la ayuda de su hermano *Shikiémona* buscaron el recipiente lleno de aceite inflamable *Shími* que su madre *Whí'yo* había dejado guardado en su casa que estaba debajo del agua y organizaron una gran fiesta para reunir a todos los que estuvieron involucrados en la muerte de su madre la gran serpiente *Whí'yo.* Fue cuando los invitados se encontraban bailando que *Iuréke* prendió fuego al aceite frotando los dos palos especiales *wíshu* y *kumnuátte (onoto y majagua)* e incendió así todas las selvas vecinas carbonizando a los asistentes a la fiesta y a los animales cómplices. Después botaron el aceite aquél al agua y todos los ríos se salieron de sus cauces inundándolo todo y formando el mar *dáma* que borró todas las costas y anegó toda la Tierra hasta el horizonte. De aquella inundación, representada en las cestas que tejen los *Ye´kawna* se salvaron *Iuréke* y *Shikiémona* porque se convirtieron en peces y nadando por el río Ventuari llegaron hasta un par de palmeras de moriche *(Mauritia flexuosa)* que emergían del agua de la cumbre el **Cerro Moriche** y construyeron sobre estas palmas un refugio donde se quedaron comiendo sus frutos, mientras el mar se retirara hasta el lugar donde se encuentra ahora. A partir de entonces toda la vida que antes existió cambió de aspecto y los

nuevos animales que nacieron ya no hablaron más y a partir de entonces solo sirvieron para cacería[95-96].

También los indígenas *akawaio* y *pemón* mencionan a otros morochos que ellos llaman *Makunaima* y *Chiké*, quienes fueron igualmente criados por un sapo y un jaguar y que, a pesar de que el tema de esa otra historia es distinto, huyen de una gran inundación y se refugian sobre dos palmeras donde esperan a que el agua descienda.

Nueva especie de Navia sp. endémica de la cumbre del Cerro Moriche colectada el 13 de diciembre de 1983. (Foto Charles Brewer-Carias)

Población indígena

De acuerdo con el Censo Nacional del año 2011, el total de la población del municipio Autana eran 8.352 habitantes, con una densidad poblacional de 0,65 hab/km^2. El 94,7% de la población es indígena, siendo el tercer municipio del país por mayoría de población indígena[97]. Los resultados del Censo del año 2011 para el municipio Autana fueron los siguientes:

---

95 Ibidem.

96 Ch. Brewer-Carías, *Simbología de la Cestería Ye´kwana, Portal para un Mundo Paralelo*. Libro editado por Juan Carlos Maldonado Art Collection. Imprenta Altolitho, Caracas. 472 p. y 500 fotografías. ISBN 978-980-18-0816-9.

97 Instituto Nacional de Estadística. Censo nacional de población y vivienda 2011. Empadronamiento de la población indígena. Caracas, 2015. P. 17.

Pueblos	Total	%
Jivi/Guajibo/Sikwani/Amorúa[33]	3.666	43,9
Piaroa/Wótüja	3.662	43,8
Kurripako	280	3,4
Otros pueblos	304	3,6
No indígenas	440	5,3
Total	**8.352**	**100,0**

Población del municipio Autana por pueblos indígenas, 2011.

La mayoría de la población del municipio Autana está conformada por indígenas Jivi y *Uwottüja*, los cuales suman, en partes prácticamente iguales, el 88% del total de habitantes. Otro 7% agrupa a personas de las etnias *Kurripako, Baré, Baniva, Puinave, Piapoko, Mako* y otros grupos indígenas; y tan sólo un 5% corresponde a población no indígena. De acuerdo con el antropólogo Alexander Mansutti, en el sector se encuentran 77 comunidades, de las cuales 52 son Uwottüja, 23 son Jivi, 3 Puinave y 2 *Kurripako*, además de dos poblados mestizos: San Pedro del Orinoco y El Carmen de Ratón, donde convive población criolla, *Uwottüja y Jivi.*

Los *Uwottüja* se caracterizan por ser una sociedad eminentemente pacífica, donde toda forma de agresión física está prohibida. Son de carácter tranquilo y comedido, tímidos, serios, discretos y prudentes; únicos en este sentido, entre los pueblos indígenas de las Guayanas.

Los *Jivi* o *Hiwi*, tradicionalmente conocidos como *Guajibo (Guahibo)*, son un pueblo indígena habitante de las sabanas o llanos del oeste de Venezuela y este de Colombia.

De acuerdo con la Organización OIPUS, en el año 2012 empezaron a llegar grupos de irregulares armados provenientes de Colombia a la cuenca del río Sipapo. Al principio, estos actores armados se movilizaban de noche para evitar ser vistos, y se ubicaron en la zona del río Guayapo donde instalaron campamentos en la selva[98].

A pesar que la cuenca del Sipapo y sus afluentes (Cuao, Autana, Sipapo y Guayapo), forman parte del territorio ancestral de los pueblos Uwottüja y Mako, los invasores en ningún momento consultaron con

[98] PROVEA. Desde 2013 comunidades indígenas denuncian presencia de guerrilla y grupos armados irregulares en Amazonas y Bolívar Provea. 6 de noviembre 2018 <https://www.derechos.org.ve/actualidad/desde-2013-comunidades-indigenas-denuncian-presencia-de-guerrilla-e-irregulares-a-amazonas-y-bolivar> Consulta del 04.12.18.

las comunidades ni solicitaron permiso antes de entrar y establecerse en el área. Más aún, el río Guayapo ha sido parte del hábitat ancestral de los Mako, quienes se vieron forzados a desplazarse de la zona a raíz de la llegada de los invasores, reubicándose en las cuencas de los ríos Yaquiguapo y Guapuchí, en el municipio Atabapo, donde residen varias comunidades de sus parientes. SOS Orinoco 2020[99].

La penetración Guerrillera en el Autana-Cuao-Sipapo

A partir del año 2012 la historia de Autana dio un giro inesperado, porque grupos armados provenientes de Colombia empezaron a penetrar el territorio e instalar campamentos escondidos en la selva. Pronto iniciaron explotaciones mineras y poco a poco fueron fortaleciendo su presencia captando lealtades forzadas entre las comunidades.

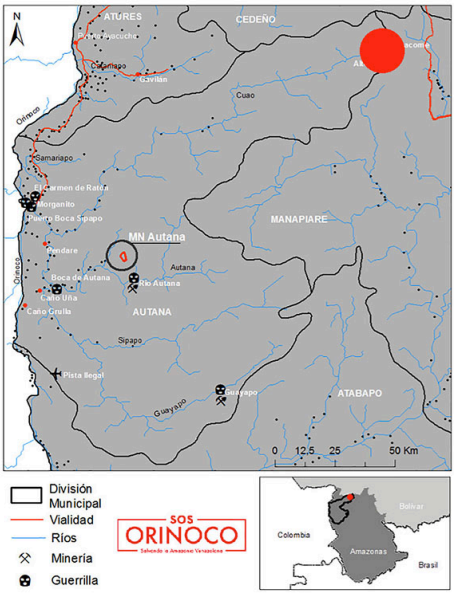
Esta penetración guerrillera en Autana coincidió con el inicio del proceso de negociaciones entre el gobierno colombiano de Juan Manuel Santos y las FARC, que concluyó con la firma de los Acuerdos de Paz en 2016. Algunos grupos del frente oriental de las FARC buscaron refugio en Venezuela en el marco de las negociaciones, ya que formaban parte de los frentes financieros dedicados a la producción y tráfico de cocaína, así como a la extracción de oro, coltán y otros minerales. Previendo un eventual proceso de desarme tras la firma de los acuerdos de paz con el gobierno colombiano, estos grupos decidieron mantenerse activos como "disidentes" de las FARC para poder seguir adelante con sus negocios ilícitos bajo el cobijo del gobierno venezolano que les brinda refugio y condiciones para actuar a sus anchas, manteniendo sus negocios en complicidad con la cúpula militar venezolana. En la zona del Sipapo estos grupos encontraron un refugio ideal para dedicarse a la minería y al tráfico de drogas[100-101] *SOS Orinoco 2020.*

---

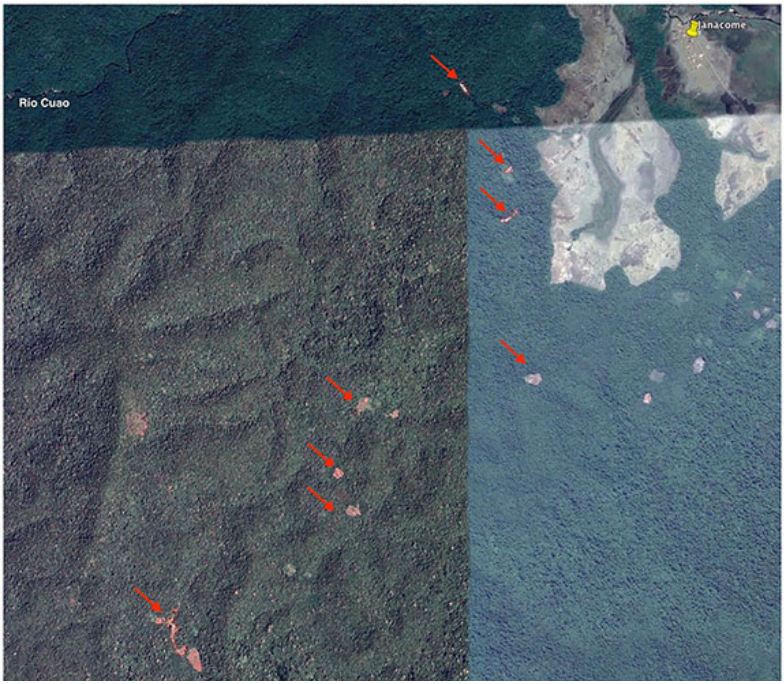
[99] SOS Orinoco. "Autana: guerrilla, minería y narcotráfico al pie del "Árbol de la Vida". Septiembre 2020.

[100] De acuerdo al entrevistado N.16, en febrero de 2006, miembros indígenas de la comunidad (en reserva) denuncian que un grupo de mineros colombianos y brasileros estaban explotando la mina Yureba, en el Municipio Atabapo, los cuales estuvieron meses parados en la zona cercana al cerro Yapacana con "máquinas chupadoras y motobombas.

[101] SOS Orinoco. "Autana: guerrilla, minería y narcotráfico al pie del "Árbol de la Vida". Septiembre 2020.



Parque Nacional Sipapo y minas de Jänäcome en el alto río Cuao.



Minas de Jänäcome Alto río Cuao (Google earth 22/01/2018).

CONCLUSIONES

Desde el año 2012, grupos armados provenientes de Colombia, que se autodenominan miembros de las FARC-EP, se establecieron en Autana e iniciaron actividades mineras ilegales para la extracción de oro.

Desde el año 2013 las organizaciones indígenas Uwottüja denunciaron tal situación ante distintas instituciones gubernamentales regionales y nacionales del más alto nivel, exigiendo la expulsión de los invasores armados, sin obtener ninguna respuesta.

También sostuvieron reuniones con los propios guerrilleros a quienes les manifestaron su total desacuerdo con su presencia y les solicitaron que se retiraran de sus territorios.

A partir del año 2016, hay evidencias de que el ELN también entró y tomó el control de la zona, posiblemente en el marco de un acuerdo con los grupos disidentes de las FARC, o a través de un "cambio de brazaletes"[102] *SOS Orinoco 2020*.

Kundhartia rodantha. Rapateaceae endémica de la cumbre el Cerro Autana y del Cerro Sipapo. (foto Charles Brewer-Carías 1970).

[102] SOS Orinoco. "Autana: guerrilla, minería y narcotráfico al pie del "Árbol de la Vida". Septiembre 2020.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE LA BIODIVERSIDAD DEL AUTANA

BARRIO, César L. y FUENTES, Oswaldo, "A New species of Stefania (Anura: Hylidae: Hemiphractinae From the Summit of Cerro Autana, Estado Amazonas, Venezuela". *Herpetológica*, Vol. 59 (4), 2003, p.506-514. The Herpetologist' League, Inc

BREWER-CARÍAS, Charles. "Informe sobre el Cerro Autana", Documento presentado a los geólogos P. Colvée y G. Portillo y a la dirección de CODESUR. MOP. 20p. Caracas, 1970.

BREWER-CARÍAS, Charles. "Cerro Autana, Elite descubre otra maravilla del Mundo". *Revista Elite* #2.457. pp. 36-43. 27 de octubre 1972, Caracas, 1972.

BREWER-CARÍAS, Charles. "Las Cuevas del Cerro Autana", Diario *El Nacional*. Suplemento Séptimo Día p. 5. Caracas, 25 de febrero de 1973.

BREWER-CARÍAS, Charles. "Cuevas del Cerro Autana" *Revista Natura* # 58. Soc. Cien. Nat. La Salle. pp. 33-48. Mayo 1976, Caracas, 1976.

BREWER-CARÍAS, Charles. 1990. "With Bassett Maguire on the Islands of Time", *Memoirs of the New York Botanical Garden* 64:34-44, Dec. 1990. Informa sobre la expedición en la que Brewer llevó a Maguire y Steyermark hasta el lago Leopoldo, donde colectaron entre otras plantas la Navia lactea sp.n. que aparece publicada en Acta Botánica Venezuelica, vol. 14 (3) : pp.14-15 Caracas 1.984.

BREWER-CARÍAS, Ch. 2010-a. Paraka Wachoi, "El Lago de la Cordillera de El Dorado". *Revista Río Verde*, No-1. pp. 58-78. Caracas.

BREWER-CARÍAS, Ch. 2014. Cerro Autana. "La Caverna más antigua del mundo". *Revista Río Verde*, Numero 15. pp. 69-85. Caracas.

COLVÉE, Pablo. "Consideraciones Geológicas sobre el Cerro Autana". (+) Informe #D.I.A. i-1 de la División de Investigación aplicada, 12 p. MOP-CODESUR. Enero 1972.

COLVÉE, Pablo. "Cueva en cuarcitas en el Cerro Autana" Boletín Sociedad Venezolana de Espeleología 4(1):5-13. Caracas, Abril 1973.

DUNSTERVILLE, G.C.K. "Orchids of Cerro Autana, Venezuela". American Orchid Society Bulletin 42 (5):388-401, May 1973, Harvard U., Mass. USA, 1973.

DUNSTERVILLE, G.C.K. "Helicoptering to the top of Autana". *Revista Ve-Venezuela* #50, pp. 18-19 Enero 1974, Caracas, 1974.

DUNSTERVILLE, G.C.K. "Los Primeros en Pisar el tepui de Autana". Revista VeVenezuela #50, pp. 16-17 Enero 1974, Caracas, 1974.

DUNSTERVILLE, G.C.K. 1975. "Orquídeas de la Cima del Cerro Autana". Acta Botánica Venezuelica 10 (1- 4):251-262, Dic. 1975.

DUNSTERVILLE, G.C.K. and DUNSTERVILLE E. 1979. "Tepui Top Hopping by Helicopter", *American Orchid Society Bulletin*, U.S.A. vol. 48 (3): 222-228, 1979 .

DUNSTERVILLE, G.C.K. and E. "Tepui Top Hopping by Helicopter" in: *Orchid Hunting in the Lost World*, pp.58-64 . American Orchid Inc. 280 p. West Palm Beach, USA 1988.

DUNSTERVILLE, G.C.K. and DUNSTERVILLE E. "Orchids of Cerro Autana, Venezuela" pp.34-39 in Orchid Hunting in the Lost World 280 p. American Orchid Inc. West Palm Beach, FL. USA, 1988.

HUBER, Otto and WURDACK, John J. "History of Botanical Explorations in Territorio Federal Amazonas, Venezuela". *Smithsonian Contributions to Botany Nº 56 p.83. Washington 1984.*

OWEN, Richard. "The eye of the Gods" (Autana) E.P. Dutton, New York 1. Novela escrita por David Nott bajo seudónimo, inspirada en el descubrimiento de las cuevas del Autana, 1978.

STEYERMARK, Julian A. "The Summit Vegetation of Cerro Autana". *Biotropica* 6 (1): 7-13, Diciembre 1974, Caracas, 1974

STEYERMARK, Julian A. "Informe sobre la Flora del Cerro Autana". *Acta Botánica Venezuelica* 10 (1- 4):219-233, Diciembre 1975, Caracas, 1975.

Estampillas del correo para conmemorar el Decreto del Monumento Natural Cerro Autana. (de una foto por Charles Brewer-Carías)

MINERÍA Y SALUD EN EL ARCO MINERO: UNA TORMENTA PERFECTA.

DR. LEOPOLDO VILLEGAS.*

SUMARIO

• Introducción. • Contexto en el Estado Bolívar. • Minería en el estado Bolívar. • Emergencia Humanitaria Compleja. • La Salud en Venezuela y en el estado Bolívar. • Recomendaciones. • Resumen.

* Dr. Leopoldo Villegas, MD, DTM&H, MSc, DrPH, AdvDPHM.
Colaboradores: Dra. María Eugenia Guevara, MD, DTM&H, MSc, Pediatrics, CTropMed®
Dr. Juan Carlos Gabaldón, MD, MSc

INTRODUCCIÓN

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Son bien conocidos los efectos directos e indirectos sobre la salud debidos a los cambios ambientales, sociales, económicos, políticos y en especial en situaciones de emergencias humanitarias.

Venezuela está viviendo una emergencia humanitaria compleja y esta crisis está siendo reportada por organizaciones de la sociedad civil desde 2013. El deterioro sustancial de las condiciones de vida está afectando el acceso de las personas a sus más básicos derechos humanos, incluyendo salud, economía, seguridad y protección, educación, alimentación y nutrición, servicios, soberanía y libertad de asociación entre otros. La compleja situación económica, social y política ha impactado negativamente los resultados sociales y sanitarios en todo el país. Esta crisis ha favorecido la expansión indiscriminada de actividades de minería ilegal en el sur del país, principalmente en el estado Bolívar que ha sido exacerbado con la creación del Arco Minero del Orinoco (AMO).

CONTEXTO EN EL ESTADO BOLÍVAR

El estado Bolívar tiene una extensión de 240 528 km², es el estado más grande y potencialmente uno de los más ricos de Venezuela[1]. Su territorio está situado casi en su totalidad sobre el macizo guayanés; posee 11 municipios autónomos y 47 parroquias civiles. El norte de Bolívar está formado por colinas y en el extremo sur hay grupos de altiplanos y mesetas, incluida la región del Parque Nacional Canaima.

[1] https://www.britannica.com/place/Bolivar-state-Venezuela

En el medio está la selva, en gran parte deshabitada e inexplorada, atravesada por los valles del Caroní, Paragua, Caura y abundantes ríos más pequeños. El río Caroní es una de las fuentes de energía hidroeléctrica más grandes del mundo. Aunque no hay una evaluación completa de la biodiversidad en el estado Bolívar, se estima un gran número de especies. Por ejemplo, se han reportado 212 especies de mamíferos, 1.108 especies de aves, 133 especies de reptiles y 140 especies de anfibios.[2]

La población del estado Bolívar está compuesta por comunidades criollas e indígenas; su población estimada para el 2020 (según el INE[3]) es de 941.292 habitantes. Existen varios grupos étnicos originarios del país localizados en diferentes áreas del estado. Entre los grupos principales se encuentran los Pemones, los Yekuana, los Sanemá, los Panares, los Hotis, los Kariñas, y los Piaroas. Todos estos grupos hablan sus propios idiomas, aunque un porcentaje importante habla el castellano. Durante la última década, muchos actores no estatales han surgido a lo largo del conflicto en el país o han llevado sus operaciones a Venezuela. Estos grupos consisten principalmente en colectivos, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), las FARC, y Hezbollah[4] Estos grupos operan en zonas remotas, de difícil acceso y usualmente con elevados niveles de criminalidad y violencia.

El acceso al estado Bolívar es posible por vía acuática, terrestre y aérea, en gran parte construida su red de transporte para manejar la mayoría de los depósitos de minerales de hierro, bauxita y aluminio. Las vías navegables, los ferrocarriles y casi todas las carreteras de primera clase se encuentran en el norte, cerca de Ciudad Guayana y Ciudad Bolívar, la capital del estado.

Entre los minerales explotados están el oro, el coltán y el ferro silicio. Una pequeña parte de la agricultura se lleva a cabo en el norte del estado. El transporte está poco desarrollado en la mayor parte del estado. El sur del país presenta un clima tropical variado según las zonas e incluye clima de sabana tropical, tropical monzón, y selva tropical), las áreas bajas presentan unas altas temperaturas, que alcanzan

2 https://asovaccapituloguayana.wordpress.com/tag/biodiversidad/

3 Instituto Nacional de Estadística, INE. http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=98&Itemid

4 https://www.csis.org/analysis/identifying-and-responding-criminal-threats-venezuela

los 27 ºC de promedio, y abundantes precipitaciones. La variación del clima del extenso territorio viene determinada por la altitud y los vientos. La vegetación del estado es muy variada, con pastos al norte en las sabanas próximas al Orinoco y selvática al sur. La Gran Sabana tiene una vegetación herbácea de gramíneas, no apto para la alimentación de ningún tipo de ganado. Todas estas características ambientales favorecen la aparición, emergencia/reemergencia de enfermedades transmitidas por vectores (ver sección salud).

MINERÍA EN EL ESTADO BOLÍVAR

La minería ha sido una de las principales actividades económicas en el sur del país desde 1826. La minería artesanal que prevalece en los estados Bolívar y Amazonas utiliza motores hidráulicos y mercurio. Esto trae consecuencias negativas para los ecosistemas y para los propios indígenas: destrucción de la vegetación, de los ríos, fragmentación de hábitats, contaminación del agua por sedimentos y por mercurio, afectación de la fauna, y destrucción del suelo. La minería ilegal está causando daños duraderos, que tardarán siglos en revertirse.

El Arco Minero del Orinoco (AMO) también conocido como la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco, fue creada oficialmente el 24 de febrero de 2016 y comprende un área con reservas importantes de recursos minerales que el país explota desde 2017[5]. El AMO ocupa principalmente la zona norte del estado Bolívar y parte de los estados Amazonas, Delta Amacuro y un área especial en el sur del estado Bolívar, frontera con Brasil. Se estiman 45 minerales de alto valor industrial entre los cuales destacan las grandes reservas de oro, diamante, cobre, coltán, hierro, bauxita y otros minerales. El AMO abarca un área de 112 mil km² (12 % del territorio venezolano) que duplica el área de la vecina faja petrolífera del Orinoco. Las estimaciones iniciales indican que el AMO tiene un potencial económico de unos 2-3 millardos de dólares americanos.

[5] Posterior a la creación del AMO, el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela creó, el 9 de junio de 2016, el Ministerio del Poder Popular para Desarrollo Minero Ecológico, mediante el decreto presidencial n.° 2350, publicado en la Gaceta Oficial n.° 40922; con la finalidad de establecer un ente rector en materia de minería en Venezuela.

Uno de los principales problemas encontrados en las zonas mineras está relacionado con la contaminación mercurial, ya que el mercurio es un metal pesado bio acumulativo (no sale del cuerpo humano, se integra en los tejidos en forma de metilmercurio). Este mecanismo ocurre de igual manera en plantas y animales, lo que le permite subir en la cadena trófica, quedándose en el tope de esta: los carnívoros, rumiantes y comedores de algas. El pescado, fuente importante de proteínas de muchos pobladores en las zonas mineras (criollos e indígenas) donde se practica la minería, usualmente está contaminado. La exposición al mercurio en las comunidades mineras se acompaña de efectos nocivos sobre la salud como disfunción renal, trastornos autoinmunitarios y síntomas del sistema nervioso. También puede producir patologías congénitas como el Síndrome de Minamata, que pueden heredarse hasta por dos generaciones más. La información sobre la contaminación de fuentes de agua potable es limitada o inexistente en muchas áreas. REF

Durante las últimas décadas ha habido un resurgimiento de la Minería de Pequeña Escala[6] en el estado Bolívar. Este es un fenómeno multifactorial, pero se cree que eventos claves lo facilitaron: la confiscación de las concesiones mineras en el 2008-2009, la profunda crisis económica y social que vive el país y la creación del AMO en el 2016. En la actualidad, las condiciones del país son similares a las de un estado fallido, en la que múltiples actores luchan por el poder. Los diferentes grupos estadales y para estadales (colectivos, pranes, guerrilla colombiana, etc.) forman una amenaza en la zona mientras compiten por el control de los recursos minerales de la región.

EMERGENCIA HUMANITARIA COMPLEJA

En Venezuela existe una emergencia humanitaria compleja[7] que ha sido denunciada por organizaciones de la sociedad civil desde 2015.[8] y la respuesta nacional e internacional no está alineada con la magnitud

---

6 Término utilizado para designar tanto a la minería artesanal como a la pequeña minería.

7 Definición de Emergencia compleja, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/85

8 https://www.ovsalud.org/descargas/publicaciones/alimentacion/Reporte%20Nacional%20EHC%20Derecho%20a%20la%20Alimentaci%C3%B3n%20y%20Nutrici%C3%B3n%20diciembre%202018.pdf

de la necesidad humanitaria.[9] El deterioro sustancial de las condiciones de vida afecta el acceso de las personas a los derechos humanos más básicos, incluyendo salud, economía, seguridad y protección, educación, alimentación y nutrición, servicios, soberanía y libertad de asociación entre otros. La compleja crisis sociopolítica y económica ha impactado negativamente los indicadores sociales y de salud en todas partes del país con epidemias de enfermedades prevenibles por vacunas y transmitidas por vectores que se han extendido rápida y simultáneamente. En los últimos años, se han observado también aumentos progresivos de la mortalidad (neonatal, infantil y materna), violencia y salud mental. Existe un proceso migratorio externo hacia otros países, único en la historia de la región de las Américas con más de 5,5 millones de venezolanos movilizados y una migración interna (dentro del país)[10] hacia las zonas de minería ilegal en el sur, como medida paliativa de subsistencia.[11] Ambos procesos migratorios han sido asociados con la dispersión de enfermedades emergentes y reemergentes. Ante la fragilidad y fragmentación del sistema de salud, no se ha podido responder a las necesidades de la población y el acceso a medicinas, alimentos y servicios de salud adecuados sigue siendo extremadamente limitado.

Los niveles de pobreza multidimensional aumentaron más del 50% entre 2015 y 2019, según la Encuesta de Condiciones de Vida (ENCOVI).[12] Este incremento parece ser debido principalmente al deterioro del estándar de vida, un reflejo de la pérdida de poder adquisitivo de las familias venezolanas. Con los niveles calculados para 2019, Venezuela se encuentra entre los países con la mayor contracción económica de la región de las Américas.[13]

Según datos de la ENCOVI 2019/20, la inseguridad alimentaria alcanza a todos los hogares, sin importar el quintil de ingreso. Más de

---

9 https://www.humanitarianresponse.info/en/operations/venezuela/document/venezuela-plan-de-respuesta-humanitaria-con-panorama-de-necesidades#:~:text=El%20Plan%20de%20Respuesta%20Humanitaria,%24762%2C5%20millones%20de%20d%C3%B3lares.

10 http://www.oas.org/documents/spa/press/SR-OEA_Nov20-crisis-de-migrantes-y-refugiados-venezolanos-informe-de-situacion.pdf

11 https://academic.oup.com/trstmh/article-abstract/114/2/131/5660727

12 https://www.proyectoencovi.com/informe-interactivo-2019

13 https://publications.iadb.org/publications/english/document/A-Look-to-the-Future-for-Venezuela.pdf

la mitad de los hogares encuestados (56%) reportaron haberse quedado sin alimentos en el último mes por falta de dinero o recursos. De acuerdo con estimaciones realizadas por el Programa Mundial para la Alimentación en el 2020[14], el 24% de la población es moderadamente inseguro desde el punto de vista alimentario, mientras que el 8% sufre de un alto grado de inseguridad alimentaria (estimado total de 9 millones de personas). Según dicho estudio, la mayor incidencia de inseguridad alimentaria severa se encontró en los estados Delta Amacuro (21%), Amazonas (15%), Falcón (13%), Zulia (11%) y Bolívar (11%).

LA SALUD EN VENEZUELA Y EN EL ESTADO BOLÍVAR

La gran crisis económica y las inadecuadas políticas públicas en las últimas dos décadas han generado un deterioro significativo de los indicadores de salud y de la infraestructura del sistema sanitario nacional. Por otro lado, los hospitales públicos carecen de los insumos básicos y de infraestructura adecuada para proveer servicios de salud efectivos y de calidad. Uno de los principales indicadores de país, la tasa de mortalidad materna muestra un retroceso a los niveles reportados en la década de los años 1960s; la mortalidad infantil y neonatal también han aumentado en paralelo. La tasa de mortalidad materna pasó de 91,7 muertes cada 100.000 nacidos vivos en la década de 1990 a 112 muertes en 2016, lo cual representa un aumento del 65% desde el año anterior e implica un retorno a los valores de 1960[15]. En relación con la tasa de mortalidad infantil, se observó un aumento luego de 2011, alcanzando los 21,1 fallecimientos por cada 1.000 nacidos en 2016, lo que señala un retroceso a los niveles de fines de 1990.

La atención hospitalaria nacional se encuentra extremadamente deteriorada; para finales del 2019, casi la mitad (49%) de las salas de emergencia presentaban desabastecimiento. Según estimaciones de la Encuesta Nacional de Hospitales 2019, hubo 2.602 muertes evitables

[14] https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/wfp-venezuela-food-security-assessment-main-findings-data.

[15] Según el *Boletín Epidemiológico del Ministerio del Poder Popular para la Salud 2016*. https://www.ovsalud.org/descargas/publicaciones/documentos-oficiales/Boletin-Epidemiologico-2016.pdf.

de causa cardiovascular y 2.256 por trauma, principalmente debido a la falta de medicamentos[16]. A este complejo escenario de retos sanitarios, se le debe agregar la alta migración de profesionales de la salud reportada en años recientes. Se estima que alrededor del 33% (22.000) de los médicos y un número desconocido de otros trabajadores de la salud han abandonado el país.[17]

La salud del estado Bolívar se ha visto afectada por brotes de difteria, sarampión, tosferina, hepatitis viral, diarrea y malaria se han extendido rápida y simultáneamente. Hay otras preocupaciones de salud pública relacionadas con el aumento de la tuberculosis, bajas tasas de coberturas de inmunizaciones, fiebre amarilla, así como mortalidad relacionada con VIH, malnutrición, violencia y salud mental. El último reporte epidemiológico de salud del estado Bolívar, por parte del Instituto de Salud Pública, es del 2018[18], cuando la malaria, fiebre, diarreas y enfermedades respiratorias agudas fueron las primeras causas de consulta. La crisis económica y social ha favorecido la movilización a las zonas mineras como alternativa de ingreso y dichas áreas, usualmente remotas, tienen un limitado acceso a los servicios sanitarios en general. Los cambios migratorios internos en el estado adicional a la crisis preexistente han exacerbado los problemas de prestación de servicios. El sistema sanitario no puede responder a las necesidades básicas de la población ni controlar efectivamente las epidemias sin ayuda externa. Desde el punto de vista de mortalidad materna, el estado Bolívar es uno de los estados considerados de alta concentración de muertes maternas, basado en los últimos reportes epidemiológicos disponibles en el 2015 y 2016.[19]

Existen grandes cambios de la calidad de vida de la población, destacándose las fallas importantes de servicios de agua, electricidad y dificultades en el sustento alimentario de la población. Todos estos factores en conjunto desfavorecen la salud de la población del estado Bolívar y del país.

---

16 https://www.encuestanacionaldehospitales.com/2019

17 https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=162-en-9841&alias=45491-ce162-inf-22-e-paho-tc-respond-491&Itemid=270&lang=en

18 Instituto de Salud Pública del Estado Bolívar, Informe 2018.

19 Ídem referencia 15.

La malaria es una enfermedad parasitaria causada por parásitos del género *Plasmodium sp*., transmitida a humanos por mosquitos hembras del género Anófeles. En Venezuela prevalecen las infecciones por la malaria causada por *Plasmodium vivax*, seguido por *P. falciparum*, infecciones mixtas y *P. malariae*. La malaria es una enfermedad prevenible, fácilmente diagnosticable y tratable.

El brote malárico en Venezuela en los últimos años ha sido una de las mayores epidemias del siglo XXI en el continente americano.[20] A comienzos del siglo XX, la malaria era la principal causa de muerte. Sin embargo, el país marcó un hito mundial por haber alcanzado una eliminación de 68% de los casos de malaria entre 1936 y 1970. Esta campaña antimalárica fue dirigida por el Dr. Arnoldo Gabaldón y provocó una reducción en la tasa de mortalidad específica de 164 muertes por 100.000 habitantes en el 1936 a cero en el 1962.

La reemergencia de malaria afecta al país y la región. Los casos de malaria se han incrementado en 1239% entre el 2000 y el 2019; siendo el número de casos nuevos oficialmente reportados por el gobierno de Venezuela en el 2000 y en el 2019 de 29,736 y 398,285, respectivamente. A diferencia de la tendencia regional de disminución de los casos, de acuerdo con estimaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la incidencia de esta enfermedad parasitaria en Venezuela se incrementó de manera progresiva desde el 2008 y de manera vertiginosa después del 2014. Para el 2019, Venezuela fue responsable del 51% de los casos y de casi el 80% de las muertes asociadas a la malaria en el continente americano. Aunque los datos reportados muestran una situación crítica, sólo representan un porcentaje de los casos que son reportados oficialmente por el país.[21] Estimaciones de organizaciones de la sociedad civil reportaron más de 1.2 millones de casos de malaria para el 2018. REF. Las causas de la epidemia malárica son multifactoriales e incluyen una reducción de las actividades de control, baja cobertura de las intervenciones, recaídas, falta y escasez periódica de medicamentos antimaláricos de primera línea, disminución de los recursos financieros,

[20] https://www.who.int/publications/i/item/9789241565721

[21] El Ministerio de Salud de Venezuela, solo reporta casos nuevos de malaria. Se excluyen las recaídas, recrudescencias y/o reinfecciones. Se estima que estos casos excluidos son similares a los casos reportados (L. Villegas, comunicación personal).

falta de logística efectiva para implementación de las actividades, limitados recursos humanos en campo, incrementos de la migración interna y actividades de minería ilegal, etc. REF

Según datos preliminares del 2018, los principales grupos afectados en el país por la malaria fueron los mineros (33%), niños menores de 15 años (17%), poblaciones indígenas (15%) y las mujeres embarazadas (1%) (datos no publicados). Un análisis de la casuística de malaria en el estado Bolívar desde 1995 a 2018 mostró un acelerado incremento del número de casos en población menor de los 19 años (niños y adolescentes), con mayor incidencia de *P. vivax y* de niños realizando actividades de minería (32%). En un estudio reciente de la malaria en poblaciones indígenas entre el 2014 y 2018, se reportaron 116.097 casos entre 41 grupos étnicos. 92% de los casos de malaria fueron reportados entre los Pemones, Hiwi, Piaroa, Yekuana, Kurripaco, Eñepa, Piapoko, Yanomami y Baré. En dicho estudio se reportó que las etnias Hoti y Yanomami presentaron un mayor riesgo de infección por *P. falciparum*, tradicionalmente asociada a enfermedad grave.

Igualmente, los casos entre pacientes indígenas parecen tener una distribución geográfica distinta a los del resto de la población, lo que plantea la necesidad de expandir las medidas de control existentes a estas comunidades, así como el diseño de intervenciones específicas para las mismas. La intensa movilización de la población hacia las zonas mineras y su retorno a sus áreas de origen permitió la reintroducción de la malaria en zonas previamente sin malaria, algunas de las cuales habían permanecido libres de la enfermedad durante las últimas 2-3 décadas.[22] Todas las entidades federales del país reportaron casos de malaria en 2018, más del 70% de los casos de malaria del país en los últimos 5 años se originaron en el estado Bolívar. El control de la malaria en las zonas mineras es posible con planes estratégicos bien diseñados e implementados.

La identificación de cepas de *P. falciparum* multirresistentes en el estado Bolívar, obliga a la rápida aplicación de estos planes, para evitar su progresiva expansión al resto de América del Sur. [23]

---

[22] La mayor parte del territorio venezolano tiene condiciones ideales para la transmisión malárica.

[23] RAVREDA-AMI, Reunión anual de resultados, 2008.

Existen otras enfermedades prevalentes en el estado Bolívar, de las cuales la información epidemiológica es limitada. Entre ellas se destacan la leishmaniasis, las parasitosis intestinales, VIH, Tuberculosis, enfermedades de transmisión sexual, enfermedades asociadas a intoxicación y/o exposición al mercurio, la fiebre amarilla, etc. A este contexto complejo y dramático, se le agrega la COVID-19, la cual está provocando múltiples impactos negativos en un país en estado de fragilidad.

RECOMENDACIONES

Venezuela está sufriendo una emergencia humanitaria compleja, creada por el hombre y en este contexto sindémico, varias epidemias están ocurriendo simultáneamente. El sistema de salud está debilitado y no es capaz de atender las necesidades sanitarias básicas. El manejo de la epidemia de la COVID-19 y otras epidemias requiere de acciones coordinadas, con logística y financiamiento adecuados. En malaria, Venezuela es el principal país con la mayor carga de malaria en la región y las medidas de control han demostrado no ser lo suficientemente resilientes y sostenibles, por lo que se requiere de una estrategia clara y eficiente. Otras epidemias simultáneas, quedan opacadas por la pandemia de la COVID-19. El gobierno de Venezuela y sus socios estratégicos tiene varias opciones para ayudar a reducir el impacto negativo de la emergencia humanitaria compleja que vive el país, que incluyen:

A corto plazo:

- Incrementar el acceso (agua potable, alimentos y artículos de primera necesidad), aumentar cobertura de inmunizaciones y control efectivo de epidemias.
- Proteger a los grupos más vulnerables: población infantil, niños(as), adolescentes, personas de la tercera edad, etc.[24]
- Reinstaurar los servicios críticos en centros asistenciales y su equipamiento.
- Contener y mitigar el impacto de la pandemia de la COVID-19.

[24] La prestación de servicios básicos de salud a las comunidades indígenas continua como una deuda importante con dichas poblaciones.

A mediano y largo plazo:

- Aliviar la pobreza y apoyar el consumo alimentario de la población más vulnerable
- Restaurar el funcionamiento básico del sistema de salud
- Discutir, planificar e implementar planes estratégicos multisectoriales y multiculturales que aborden los problemas sanitarios en el Arco Minero y zonas del Sur del país.

RESUMEN

En la presente ponencia, se realiza un valioso recuento de la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades y su relación con la minería en el Estado Bolívar, específicamente en el contexto del Arco Minero del Orinoco. En tal sentido, es válido expresar que la minería es reconocida por el aporte a la economía local, pero a su vez se prevén altos índices de eventos en salud y protección laboral. A través de documentos técnicos y análisis de bases de datos se presentan datos de la situación de las principales enfermedades que afectan a las poblaciones tanto criollas como indígenas en las zonas mineras del estado Bolívar, con especial interés en las enfermedades infecciosas como la malaria y otras.

La minería artesanal que prevalece en los estados Bolívar y Amazonas utiliza motores hidráulicos y el uso de mercurio. Esto trae nefastas consecuencias para los ecosistemas y para los propios indígenas: destrucción de la vegetación, de los ríos, fragmentación de hábitats, contaminación del agua por sedimentos y por mercurio, afectación de la fauna, destrucción del suelo. A nivel sanitario uno de los principales problemas encontrados en las zonas mineras está relacionado con la contaminación mercurial, ya que el mercurio es un metal pesado bio acumulativo (no sale del cuerpo humano, se integra en los tejidos en forma de metilmercurio). La información sobre la contaminación de fuentes de agua potable es limitada o inexistente en muchas áreas.

Adicionalmente a las enfermedades directas e indirectas del mercurio, también se presentan la reemergencia de enfermedades transmi-

tidas por vectores de las cuales destaca el paludismo o malaria y otras enfermedades como la fiebre amarilla, la leishmaniasis, y enfermedades ocupaciones y/o crónicas, consecuencias de la prostitución, tráfico y consumo de drogas y/o alcohol. La minería indígena ha evolucionado, y en muchos casos ha adoptado prácticas de los criollos. La pandemia de COVID-19 ha avanzado en Venezuela y ha llegado a comunidades indígenas y asentamientos mineros del Arco Minero, aunque la información epidemiológica es limitada desde el 2014. Se requieren acciones a corto y mediano plazo que permitan abordar las prioridades dentro del contexto de la emergencia humanitaria compleja que vive el país.

PALABRAS CLAVE

salud,
Venezuela,
Bolívar,
Minería,
arco minero,
emergencia humanitaria compleja.

LA TRASNACIONALIDAD DEL DERECHO AMAZÓNICO Y LA CREACIÓN DE LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA Y DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS.*

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR.**

SUMARIO

1. Introducción. 2. Premisa fundamental. 3. Carácter de herencia común de la humanidad de la Amazonía. 4. Naturaleza de derecho trasnacional del derecho amazónico. 5. La Comunidad Amazónica como evolución de la cooperación internacional hacia la institucionalidad supranacional. 6. Naturaleza colectiva y solidaria de los derechos de los pueblos amazónicos como justificación de la Defensoría de la Amazonía. 7. La Defensoría de la Amazonía como institución de participación ciudadana en la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica para consolidar el derecho amazónico transnacional. 8. La necesidad y justificación de una instancia universal de los derechos humanos de los pueblos amazónicos. 9. El ecocidio del Arco Minero del Orinoco de Venezuela. 10. Propuesta. 11. Bibliografía.

---

* Ponencia presentada ante 4º *Congresso Internacional de Direito Amazónico*, celebrado en Boa Vista, Roraima, Amazonía, Brasil, el 16 de mayo de 2019, promovido por las universidades Federal e Estadual de Roraima, que tuvo como tema "*Direito Regionalizado da Amazônia – Perspectiva do Contexto dos Direitos Humanos*".

** Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, miembro y coordinador académico de la Unión Mundial de Agraristas (UMAU) y miembro de la Liga de Abogados Ambientalistas.

1. INTRODUCCIÓN

En el Tercer Congreso de Derecho Amazónico, celebrado en esta Ciudad, en diciembre de 2003, presenté como ponencia la propuesta de crear dentro de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica, de una instancia de defensa o Defensoría de la Amazonía como herencia común de la Humanidad , para garantizar la participación de los pueblos amazónicos en el proceso de su desarrollo armónico y equitativo y la protección de sus derechos colectivos, así como el cumplimiento de las normas del derecho amazónico. Y sugerí a dicho Congreso, que a través de la Academia Brasileira de Letras Agrarias presentara tal iniciativa a la Secretaría *Pro Tempore* del Consejo de Cooperación Amazónica para su participación a los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados partes del Tratado de Cooperación Amazónica, a los fines de estudiar las enmiendas o reformas necesarias para la creación de esta Defensoría de la Amazonía. Pasados 16 años de aquella propuesta, consideró oportuno este 4º *Congresso de Internacional de Direito Amazónico*, para ratificar esta propuesta, puesto que hoy el riesgo del ecocidio amazónico es mayor. Con ese propósito, me permito ratificar mis planteamientos que justifican una Defensoría de la Amazonía y que complemento, en esta ponencia, con la propuesta de un Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos.

2. PREMISA FUNDAMENTAL

Partimos de la existencia de un derecho amazónico, que tiene como objeto de estudio la Amazonía. Y desde el punto de vista del derecho nacional e internacional como rama jurídica que regula la Amazonía, por su importancia para la sostenibilidad y la calidad de vida de la

tierra, como una propiedad global de la humanidad. Es decir, integra en el derecho internacional o transnacional un *ius humanitatis*, que tiene su fundamento en la doctrina de la "herencia común de la humanidad" que ha sido acogida en el derecho internacional en las últimas décadas[1]. La Amazonía, pues, materialmente, compuesta por los recursos naturales y el ambiente de los territorios amazónicos bolivianos, colombianos, ecuatorianos, guyaneses, surinameses y venezolanos que integran internacionalmente la Región Amazónica, cuenta con un derecho transnacional, que propiamente pueden denominarse "derecho amazónico".

3. CARÁCTER DE HERENCIA COMÚN DE LA HUMANIDAD DE LA AMAZONÍA

Es posible, por la consideración de área común natural que de la Amazonía han hecho los países firmantes del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) del 3 de julio de 1978, que pueda calificarse a esta Región como herencia común de sus pueblos. La diferencia con otras áreas comunes naturales, es que en la Amazonía los países amazónicos tienen soberanía territorial sobre sus recursos naturales[2]. Sin embargo, por los efectos jurídicos de dicho Tratado estos países, por la vía, primigenia de la cooperación internacional, han convenido en actuar conjuntamente para promover armónicamente el desarrollo de sus respectivos territorios amazónicos[3]; lo cual implica limitaciones para su soberanía internacional y limitaciones para sus derechos nacionales que permiten la libre apropiación de sus recursos naturales. En otras palabras, que sus políticas públicas de explotación de estos recursos, e inclusive, sus legislaciones ambientales y de ordenamiento territorial, han de surgir del intercambio de informaciones, de acuerdos y entendimientos operativos, y de los instrumentos jurídicos internacionales que se establezcan

---

1 En esta definición me inspiro en el concepto de *Jus Humanitatis* de Boaventura de Sousa Santos en su Libro "La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación", Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), segunda reimpresión 2002, Bogotá, D. C., página 245.

2 Ver artículo IV del Tratado de Cooperación Amazónica (TCA)

3 Artículo I del TCA.

para cumplir las finalidades del TCA de promover el desarrollo armónico de sus territorios, la equidad de los beneficios de su explotación y la preservación del medio ambiente y la explotación racional de sus recursos naturales. Por ejemplo, nacionalmente en materia de aprovechamiento de la flora y de la fauna[4]. E, igualmente, la internacionalización de los ríos amazónicos implica para los Estados ribereños la obligación de la libre navegación, la uniformidad de sus legislaciones y la utilización racional de esos recursos[5]. Todo lo cual confirma la naturaleza trasnacional del derecho amazónico.

4. NATURALEZA DE DERECHO TRASNACIONAL DEL DERECHO AMAZÓNICO

El derecho que tiene como objeto de su estudio y regulación a la Amazonía, es el derecho amazónico, que puede calificarse de derecho transnacional especial, por su fuente primigenia y sus finalidades de promoción del desarrollo armónico de esa Región, de preservación del medio ambiente y el racional aprovechamiento de su flora y fauna, y por los principios de la internacionalización de sus recursos hídricos y de la explotación de sus territorios; así como por la institucionalidad internacional que ha generado. Ello determina la necesidad de órganos trasnacionales que atiendan el desarrollo del derecho amazónico y de la garantía de su cumplimiento y que garanticen el respeto de los pueblos amazónicos.

5. LA COMUNIDAD AMAZÓNICA COMO EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL HACIA LA INSTITUCIONALIDAD SUPRANACIONAL.

Desde la suscripción del TCA, que dio lugar a mecanismos de intercambio de informaciones y entendimientos operativos y a la creación del Consejo de Cooperación, con su Secretaría Pro Tempore, de naturaleza consultiva y de asistencia, se ha avanzado al crearse en el Protocolo de Enmienda del TCA de Caracas de fecha 8 de diciembre de 1.998 la

4 Ver artículo VII del TCA

5 Ver artículos III y V del TCA.

Organización del Tratado de Cooperación Amazónica[6]. Ese paso supone un camino hacia la supranacionalidad en el tratamiento jurídico de la Amazonía. En efecto, está Organización (OTCA), con el cumplimiento de los requisitos constitucionales de aprobación de la enmienda por los países amazónicos y con su entrada de vigencia, contará con personalidad jurídica propia separada e independiente de los Estados partes de dicho Tratado, que le permitirá celebrar por sí, a través de su Secretario General, acuerdos con las partes contratantes y con Estados no miembros del TCA y con otras organizaciones internacionales. Además, su Secretaria Permanente, que tiene su sede en Brasilia, y cuyo reglamento fue aprobado por la VI Resolución de Ministros de Relaciones Exteriores en Caracas, el 6 de abril del 2000[7], es la encargada de implementar los objetivos del TCA, de conformidad con las resoluciones emanadas de las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores y del Consejo de Cooperación Amazónica. Es verdad, que en el Protocolo de Enmienda del TCA no se prevé aun propiamente una "supranacionalidad de la Región Amazónica" , porque la OTCA no podrá ejercer coacción directa, a través de su Secretaria sobre los Estados miembros de la Región, como ocurre en los procesos de integración económica que cuentan con órganos supranacionales administrativos, legislativos y jurisdiccionales, que actúan encima de los Estados que los han creado, porque éstos les atribuyen competencias nacionales, sin ceder soberanía, en un esquema de distribución del poder de relación no jerárquica, a la manera de los Estados federales.

Sin embargo, la creación de organizaciones, con personalidad jurídica independiente de los Estados que suscriben Tratados, para cumplir los objetivos de esos mismos Tratados es un paso hacia la supranacionalidad, que se impondrá a medida que esas organizaciones comiencen a generar normas que deben ser cumplidas por los Estados y a reconocer en esas normas derechos a los ciudadanos de las regiones comprendidas en esos Tratados. La ausencia en el TCA de mecanismos directos de coacción y de protección de esos derechos impondrá, al igual de lo que ha sucedido en los procesos de integración económica, que han

6 Este Protocolo modifica el Artículo XXII del TCA

7 Resolución RES/VI MRE-TCA/1

generado comunidades de derecho internacionales, en el futuro, en mi criterio, la necesidad de avanzar hacia la Comunidad Amazónica, creándose, entonces, verdaderas organizaciones supranacionales, que en consecuencia, producirán normas de naturaleza supranacional destinadas a regular la Amazonía como Región, y los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, que será el derecho amazónico comunitario. En efecto, en el caso del TCA se contempla no sólo un proceso de integración económica, sino algo más trascendente e integral, como lo es un pacto para el desarrollo armónico y para la preservación de un bien común de la humanidad, como lo es la Región Amazónica.

Es decir, que existen valores éticos que imponen esa supranacionalidad para garantizar esa herencia común, que es más importante que la integración de las economías y de los mercados. En efecto, se trata de la salvaguardia de los derechos de los pueblos amazónicos y de la humanidad en general, por lo que la supranacionalidad es éticamente obligatoria, para limitar la soberanía interestatal y los derechos individuales de apropiación y aprovechamiento de los recursos de los respectivos de los territorios amazónicos. Se impone, pues, en mi criterio, desde un punto de vista ético, que se contemple una autoridad internacional, creada por los Estados de la Región, que vigile la utilización de ese patrimonio común de la humanidad y proteja los derechos de los pueblos amazónicos. Al igual, que por aplicación de la justicia universal que vela por la protección de los derechos de estos pueblos, que se cree también un tribunal internacional con esta finalidad, de exigir a los estados miembros de la comunidad amazónica su obligación de respetar esos mismos derechos.

6. NATURALEZA COLECTIVA Y SOLIDARIA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA.

La condición de propiedad global de la humanidad de la Amazonía y los fines del TCA de la promoción del desarrollo armónico de los territorios amazónicos, de la preservación del medio ambiente y de la utilización conjunta y equitativa de sus recursos naturales; determinan un conjunto de derechos de carácter colectivo para los pueblos de esa

Región. En efecto, sin entrar a discutir el tema de los llamados derechos humanos de solidaridad o derechos de la tercera generación, no cabe duda que el derecho al ambiente, el derecho al agua y el derecho a la paz, así como el derecho al desarrollo y de reconocimiento de propiedad global de la Humanidad, en la Amazonía son derechos de la comunidad amazónica y de sus poblaciones, más que de sus Estados o de sus individuos en particular[8]. Asimismo, por aplicación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 27 de julio de 1989, que forma parte del derecho internacional de los derechos humanos, y por aplicación de normas constitucionales de los Estados Amazónicos [9], los pueblos indígenas de la Región tienen derechos especiales en la Amazonía, como comunidades nativas, entre otros el derecho prioritario de aprovechar sus recursos naturales.

Pero, por otra parte, los derechos de los pueblos amazónicos, donde se incluyen los de las comunidades nativas, exigen además de políticas públicas de desarrollo, de paz, de defensa del medio ambiente, de utilización equilibrada de los recursos naturales y de prioridad de su aprovechamiento por esas comunidades; requieren de una acción de la comunidad internacional amazónica. que es un aspecto consustancial de los denominados "derechos de la solidaridad"[10].

La concepción solidaria de los derechos al desarrollo de los pueblos amazónicos y la consideración de la Amazonía, como herencia común de la humanidad, aun respetando la soberanía de los Estados, impone nuevos paradigmas frente a paradigmas tradicionales. Así, frente la trasnacionalidad del derecho amazónico cuyo objeto de regulación

---

8 Para este concepto de derechos de la tercera generación puede verse: Uribe Vargas, Diego, "La tercera generación de derechos humanos y la paz", Plaza & Janes, 1983, página 34. Y, también, Gros Espiell, Héctor, "El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad", en "Estudios sobre Derechos Humanos", Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, Tomo I página 146.

9 Las Constituciones de Perú (artículos 2°, inciso 19, 48, 89 y 149), Venezuela (artículos del 119 a 126); Bolivia (artículo 171); Brasil (artículos 231 y 232); Colombia (artículos 7, 10, 63,67,72,96, literal c, 246, 329 y 330); Ecuador (artículos 1 y 135). Los Estados Andinos, por su parte, ratificaron estos derechos de los pueblos indígenas en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

10 Obra citada, página 146.

es la Amazonía, reclama una veeduría ciudadana para velar, proteger y reclamar los derechos colectivos de sus pueblos.

7. LA DEFENSORÍA DE LA AMAZONÍA COMO INSTITUCIÓN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRATADO DE COOPERACIÓN AMAZÓNICA PARA CONSOLIDAR EL DERECHO AMAZÓNICO TRANSNACIONAL

Señalé anteriormente que se ha ido avanzando desde la cooperación técnica hacia la organización internacional del proceso de desarrollo armónico de la Amazonía, cuando se creó por ejemplo la OTCA. Asimismo, igualmente he señalado, que, por el influjo de la aplicación de la concepción de herencia común de la humanidad a esta Región, esa organización internacional tenderá mucho más hacia la supranacionalidad. Ello sucederá cuando los Estados amazónicos atribuyan a las organizaciones creadas por ellos mismos competencias nacionales en los asuntos amazónicos, sin renunciar a la soberanía de sus territorios. Sin lugar a dudas que la creación de esas organizaciones, generará normas referentes las obligaciones de los Estados y a los derechos de los pueblos amazónicos, por lo que tarde o temprano se requerirá de mecanismos de coacción sobre los Estados en los casos de incumplimientos y de sistemas de protección de esos derechos cuando se desconozcan o se violen. Aparte de lo anterior, el derecho primordial de los pueblos amazónicos es el derecho a participar activamente en el proceso de desarrollo de sus respectivos territorios y en sus beneficios. Para ello debe existir un acercamiento de la organización internacional de la Amazonía con sus ciudadanos, por lo que mientras no existan mecanismos de participación ciudadana sus derechos no serán efectivos. Por tanto, debe existir una instancia internacional, independiente y autónoma, donde pueden ser llevados esos problemas para ser solucionados por formas no jurisdiccionales de índole supranacional, mediante mecanismos de buenos oficios de la OTCA, o a través de la persuasión, la conciliación o la mediación.

En concreto, sugiero una instancia supranacional que acerque la organización internacional de la Amazonía al ciudadano amazónico,

que vele por los derechos de los pueblos amazónicos y permita la solución de las controversias con las autoridades nacionales, independientemente de las competencias de los órganos internos de cada Estado. Esa instancia podría ser, en mi criterio, un Defensor de la Amazonía, o también, una Comisión de Defensa de la Amazonía. En uno u otro caso, estos órganos servirían de puente entre la organización internacional amazónica y los ciudadanos para su participación en el proceso de desarrollo de la Región y para la protección de sus derechos colectivos. Estos organismos tendrían competencias para mediar, conciliar, persuadir y proteger en situaciones que afecten los derechos de los ciudadanos amazónicos y actuarían con autonomía de los Estados partes y de la Secretaría Permanente y de las otras Comisiones del TCA.

Para ello es necesario que esta instancia esté incorporada a la estructura orgánica del TCA, mediante su enmienda o reforma aprobada por todos los Estados, como instancia complementaria o subsidiaria de las nacionales para solucionar problemas en donde estén afectados los derechos de los pueblos amazónicos[11]. Es decir, se trataría de una instancia que velaría por el cumplimiento del derecho amazónico en todos los niveles, tanto en la OTCA como en sus países miembros[12].

8. LA NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE UNA INSTANCIA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS

Frente a los casos lesivos de derechos fundamentales, se reconoce el derecho a una justicia internacional. Ello, por el carácter trasnacional de las violaciones a derechos de la humanidad, puesto que estos casos van más allá de las fronteras y sistemas penales nacionales, sobre todo cuando afectan los derechos de los pueblos. Dicha instancia de justicia

[11] En el reciente VI Coloquio del Instituto Latinoamericano del Ombudsman celebrado en Bogotá, Colombia, del 18 al 19 de septiembre de 2003, sobre "Rol de un Ombudsman en un Pacto Económico", se propuso la creación de un Defensor del Pueblo Andino como instancia de mediación y de acercamiento entre los ciudadanos y la Comunidad Andina de Naciones

[12] En este orden de ideas, ver como un ejemplo, el artículo 43 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

universal tiene el fin de juzgar a los depredadores de riqueza de la humanidad y a los violadores de los derechos humanos y hacer respetar los compromisos internacionales que los estados han adquirido con las organizaciones internacionales de respetar los derechos humanos. El planteamiento de la justicia universal, parte del principio de si los tribunales nacionales no garantizan el derecho a la protección de sus derechos humanos, los ciudadanos y los pueblos tienen derecho de presentar su caso ante un tribunal internacional, previo agotamiento de las vías judiciales en sus Estados, porque se trata de un tribunal externo, complementario y supletivo de los poderes judiciales internos.

Esta es la argumentación para justificar la creación de un Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos. Asimismo, a los efectos procesales de las acciones ante este Tribunal, en su organización ha de contemplarse una Fiscalía ante este Tribunal.

9. EL ECOCIDIO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO DE VENEZUELA

Un ejemplo de ecocidio, que no ha sido posible su reclamo ante una instancia regional amazónica pertinente por la violación de los derechos de los pueblos amazónicos de Venezuela, es el llamado Arco Minero del Orinoco, orquestado por el gobierno de Nicolás Maduro.

Puesto que no ha sido corregido, ni reparado y ni siquiera ha merecido atención por los órganos del TCA, no obstante que este ecocidio, por sus daños a la población amazónica, no solo venezolana, sino también de los otros países amazónicos, puede ser calificado como un delito de lesa humanidad, cuyo origen es un flagrante caso de corrupción. Este Arco Minero, decretado por el gobierno de Nicolás Maduro, mediante el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016, comprende una extensión de 111.846, 70 kilómetros cuadrados, y supone la destrucción de 110 mil kilómetros cuadrados en el proyecto minero más grande de Venezuela. Y, que supuestamente tiene por finalidad reducir la dependencia del petróleo mediante la extracción de oro, diamantes y coltán. El Arco Minero Arco Minero del Orinoco, comprende en los ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, dentro

del cual se lleva a cabo la explotación de materiales crudos, como el coltán y el oro, y se efectúa mediante negociaciones ilícitas e irregulares, que permite la explotación laboral de la mano de obra, no supervisada y esclavista.

Se ha dicho que esta explotación ha resultado un gran desastre: "la zona está llena de cráteres, con agua envenenada por mercurio y la supervivencia de las comunidades indígenas está en juego" y que "todo tipo de negocios oscuros, en parte está en manos del gobierno"; "todo esto tiene lugar bajo la atenta mirada del ejército"[13]. Este proyecto, fue declarado por la Asamblea Nacional, en Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, como contrario a los intereses de la República y a los derechos ambientales y que por ende lo desconocía y desautorizaba su creación, por atentar contra las reservas de agua dulce no contaminadas, del país, ubicadas al sur del Río Orinoco, la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, que son formaciones biogeografías únicas en el mundo, y porque atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Áreas estas para cuya desafectación se requería la autorización de la Asamblea Nacional.

En dicho Acuerdo se denuncia igualmente que con citado decreto el gobierno pretende otorgar los contratos y concesiones para la explotación de los recursos de esa extensión, sin la debida autorización de la Asamblea Nacional. El gobierno de Maduro, con fundamento en el cuestionado decreto, anuncio el 5 de agosto de 2016, la firma de una serie de acuerdos por 4,5 millones de dólares con empresas nacionales e internacionales, entre otros con la empresa Faoz, para la explotación de yacimientos de tantallo[14] y niobo[15] y la constitución de una empresa mixta, con la compañía Gold Reserve, a quien con anterioridad el gobierno de Chávez había revocado el contrato para la exploración de oro

[13] https://acominero.infoamazonia.org/sttory

[14] Metal blanco plateado (Ta) de número atómico 73, muy duro y de apesto semejante al del acero

[15] O columbio que se emplea principalmente aleado en aceros para conferirles una alta resistencia, por ejemplo, en la construcción de turbinas de aviones y propulsores de cohetes espaciales

y cobre de la minas Las Brisas y Las Cristinas, en el municipio Sifontes, del Estado Bolívar.

Posteriormente, en septiembre de 2016, Maduro autorizó la creación de la empresa mixta Siembra Minera, constituida por la Corporación Venezolana de Minería y GR Mining de Barbados. Asimismo, Maduro anuncio que se invertirían más de 4 millardos de dólares en la zona y que se instalarían con alianzas internacionales, tres (3) empresas mixtas para la explotación del coltán, mineral refractario imprescindible para la industria electrónica, militar y aeroespacial[16].

Por otra parte, a finales del 2017, Maduro anuncio la delimitación de 23 áreas para uso minero en una extensión de 3.409 kilómetros cuadrados, es decir, el 3% del Arco Minero, de las cuales 22 están destinadas a la explotación de oro y la otra a la de diamante, lo cual se acordó en el decreto N° 3.189, por el que transfirió a la citada Corporación y a la Empresa Nacional Aurífera el derecho de desarrollar la explotación de oro y minerales estratégicos en dichas extensiones, para cuyo desarrollo el gobierno incorporaría más de 10.000 personas, mediante un Plan llamado Chamba Juvenil, es decir, minería a pequeña escala, cuyas consecuencias para el ambiente y la salud de las personas, por equipos que arrasan el suelo y que necesitan mercurio, que contamina y envenena las aguas, los peces y las personas.

Por los daños masivos al medio ambiente, que determinan destrucción o perdida de ecosistemas en las zonas del llamado Arco Minero del Orinoco, así como el riesgo grave que supone para sus habitantes al contaminar sus aguas y cultivos, a la luz de la comunidad internacional, su creación se puede calificar de "ecocidio" y, por ende, de un delito contra la humanidad. En efecto, se entiende por ecocidio el daño masivo o destrucción medioambiental de un territorio o zona, de tal magnitud que puede poner en peligro la supervivencia de sus poblaciones.

La Asamblea Nacional, en su Acuerdo de fecha 14 de junio de 2016, por el que declaró contrario a los intereses de la República y a

[16] Coltán es un mineral conocido como oro azul, que es mezcla de los minerales columbia y tantalita, que se utiliza para fabricar componentes de los móviles, smarphones y dispositivos electrónicos, considerado un recurso no renovable altamente estratégico que al igual que los hidrocarburos no abundan en el planeta terrestre.

los derechos ambientales el decreto N° 2.248 de fecha 24 de febrero de 2016 de creación del Arco Minero del Orinoco, señalaba los daños que las actividades mineras permitidas, así como la ilegalidad de os contratos a otorgar en dicha zona, en su extensión de 11.846, 70 kilómetros cuadrados, a 150 empresas de 30 países diferentes, que representa el 12,2% del territorio nacional, y que afecta los frágiles ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro. Decreto este que por sus consecuencias, no solo violenta los artículos 127 a 129 y 304 y 327 de la Constitución, sino también la normativa internacional ambiental suscrita por Venezuela, como el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o Convención de Washington, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, y el Protocolo relativo a las ¨reas, Flora y Fauna Silvestres y el Convenio para la protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe.

En efecto, la actividad minera en gran escala, en 22 zonas y en una de minería primaria, construyen serias amenazas de contaminación con mercurio y cianuro y la deforestación de bosques tropicales, lo que además impacta la salud y proliferan enfermedades como la malaria. Estos daños serían irreversibles por su incapacidad de regeneración. Tales son los daños que internacionalmente se le considera "el quinto crimen perdido contra la paz"[17], por no encontrarse previsto expresamente entre los cuatro crímenes internacionales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, limitándosele siempre a situaciones de guerra y a daños intencionales, pero, si los daños son de tal magnitud, extensos, duraderos y graves, que afectan a poblaciones como las indígenas y a la mayor reserva de agua del país, y desproporcionados a sus supuestos fine y ventajas, se alega, si quienes actúan lo hacen consciente e intencionalmente, de los daños que provocan , porque por ejemplo, no se elaboraron antes los estudios ambientales que imponen las leyes nacionales e internacionales y porque permiten la pequeña minería, o brigadas

[17] Gauger, Anja (29012), "*Ecocide is the Missing 5 the crime against Peace*, Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London. Disponible en: https://sas-space.sas.ac.uk/4830/

socialistas, que utilizan mercurio, podría hablarse de que tales hechos cabrían en la competencia de la Corte Penal Internacional, conforme el artículo 30, de su Estatuto[18]. En ese orden de ideas, se ha manifestado el profesor Alexander Luzardo, proyectista de las normas ambientales de la Constitución y profesor titular de derecho ambiental y desarrollo sustentable de la Universidad Central de Venezuela, que ha denominado al Arco Minero del Orinoco, como "el ecocidio del Siglo XXI"[19].

Este ecocidio, lleva a pensar en la necesidad de una instancia internacional donde los pueblos amazónicos puedan presentar sus reclamos, a los fines de que los órganos que tiene a su cargo la ejecución del TCA, puedan reclamar al Estado victimario por los daños causados y exigirles su recuperación. Igualmente, dado la naturaleza de delitos contra bienes del patrimonio de la humanidad, también puede pensarse, por aplicación de la justicia universal, en la creación de un Tribunal de los Derechos Humanos de los Pueblos de la Amazonia.

10. PROPUESTA

Por lo expuesto, ratifico el propósito de presentar al 4º Congreso Internacional de Derecho Amazónico, celebrado en Boa Vista, Roraima, Brasil, la proposición que presentó al 3º Congreso Internacional de Derecho Amazónico, de promover la creación dentro de la organización internacional del Tratado de Cooperación Amazónica, de una instancia de defensa o Defensoría de la Amazonía como herencia común de la Humanidad y de un Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos, para garantizar la participación de los pueblos amazónicos en el proceso de su desarrollo armónico y equitativo y la protección de sus derechos colectivos, así como el cumplimiento de las normas del derecho amazónico.

A tal efecto, me permito proponer, como lo hice en el 3º Congresso, a través de la Academia Brasileira de Letras Agrarias, que dirija

[18] Soler Fernández, Rosel, "El ecocidio: ¿crimen internacional?". Instituto Español de Estudios Integrales, Documento Opinión. Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO128-2017_Ecocidio_RoselSoler.pdf

[19] https://www.larazon.net(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-Arco Minero

tal iniciativa a la Secretaría *Pro Tempore* del Consejo de Cooperación Amazónica para su participación a los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados partes del Tratado de Cooperación Amazónica, a los fines de estudiar las enmiendas o reformas necesarias para la creación de esta Defensoría de la Amazonía y del Tribunal de Derechos Humanos de los Pueblos Amazónicos.

11. BIBLIOGRAFÍA

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), segunda reimpresión 2002, Bogotá, D. C.

GAUGER, Anja, "*Ecocide is the Missing 5 the crime against Peace",* Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, disponible en: https://sas-space.sas.ac.uk/4830/

GROS ESPIELL, Héctor, *El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad*, en "Estudios sobre Derechos Humanos", Tomo I, Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

SOLER FERNÁNDEZ, Rosel, "El ecocidio: ¿crimen internacional?" en Instituto Español de Estudios Integrales , disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO128-2017_Ecocidio_RoselSoler.pdf

URIBE VARGAS, Diego, *La tercera generación de derechos humanos y la paz*, Plaza & Janes, 1983.

LA IMPORTANCIA DEL GEÓLOGO EN LA GEOEXPLORACIÓN DE PROYECTOS MINEROS.

ACADÉMICO NOEL MARIÑO PARDO.*

SUMARIO

• Introducción. • ¿Por qué se toman grandes riesgos en el negocio de la minería? • Importancia del geólogo en la búsqueda de los recursos minerales. • Ahora bien… ¿Para qué sirve un geólogo minero? •¿Pero, qué o quién es un geólogo de exploración? •¿En fin, cuál es la importancia del geólogo en un proyecto minero? • Recomendaciones y sugerencias. • Referencias. • Resumen.

* Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat. Miembro Correspondiente por el estado Bolívar. Asesor Geominero.

INTRODUCCIÓN

La minería, como la gran mayoría de las actividades humanas que interactúan con el medio ambiente, es definida como una *actividad antrópica*[1]. Por ello, "si se planifican con suficiente antelación, todas las actividades que puedan ocasionar la degradación ambiental en el área de explotación minera, se siguen al pie de la letra las recomendaciones de los entes responsables de hacer seguimiento a las auditorías ambientales, sin descuidar la rentabilidad y eficiencia de los procesos minero-metalúrgicos, es decir, siguiendo las *buenas prácticas mineras*[2], se puede afirmar que el proyecto minero está orientado a la creación de empleos directos de calidad e indirectos de servicios, con claros indicios de que se está promoviendo un desarrollo local sustentable" (Montero, 2006).

¿POR QUÉ SE TOMAN GRANDES RIESGOS EN EL NEGOCIO DE LA MINERÍA?

La economía mundial sigue siendo absolutamente dependiente de los recursos minerales y sus derivados, con ejemplos claros como el hierro, aluminio, con su materia prima bauxita (Figura 1), cobre, zinc y ahora, los minerales estratégicos, como coltán, litio y las tierras raras.

Ante estos hechos, se entiende que la industria minera, la gran industria, es esencial para desarrollo de la sociedad moderna, por la

[1] Antrópico: "Causado por o para el hombre, por tanto, hablamos de factores antrópicos cuando nos referimos a la actividad humana" (Mariño, 2015).

[2] Buenas Prácticas: "Las que consideran modelos de mejoramiento de la gestión, manejo y desempeño ambiental y social de los sectores productivos, a partir de la experiencia y de casos exitosos replicables, teniendo en cuenta la naturaleza y condiciones específicas de cada actividad y su entorno" (Velásquez, J.A., 2012).

imperiosa necesidad de encontrar y abastecerse de recursos minerales (Figura 2), en forma oportuna, rentable y, de acuerdo a las *buenas prácticas*, ambientalmente respetuosas[3]. Esto conduce al siguiente infalible principio: "si no se cultiva, entonces hay que extraerlo de una mina" (Faludi, 2007).

De esta forma, para ser cónsonos con esas *buenas prácticas*, el proyecto minero deberá apuntar hacia los siguientes razonamientos: "las inversiones deberán ser financieramente rentables, técnicamente apropiadas, ambientalmente consistentes y socialmente responsables" (ICMM, 2002).

Así lo expresa una empresa de *software* minero (*Mine-Sight*), en uno de sus cursos de capacitación: *Lo que usted extrae de una mina bien planificada no solo es para edificar y consolidar empresas. Construye economías locales… Construye naciones…*

Figura 1. Extracción de bauxita con calidad, observando los principios de planificación minera y aseguramiento de la calidad, en un frente de producción de la mina de Los Pijiguaos, municipio Cedeño del estado Bolívar, Venezuela. Fuente: Williams León, 2005.

[3] La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), como la Ley Suprema, establece, en sus artículos 127 y 128, claras premisas en el orden ambiental.

Figura 2. Para garantizar los recursos mineros, son necesarias las campañas de exploración, tanto para encontrar nuevos prospectos como para mantener la vida útil de las minas existentes. En este caso, exploración geológica por medio de perforación Auger Drill, en la mina de bauxita de Los Pijiguaos, municipio Cedeño del estado Bolívar, Venezuela. Fuente: Williams León, 2005.

IMPORTANCIA DEL GEÓLOGO EN LA BÚSQUEDA DE LOS RECURSOS MINERALES

El geólogo es necesario a todo lo largo del ciclo de vida de un proyecto minero[4], desde el inicio, como anteproyecto, hasta el cierre de mina. Sin embargo, son esenciales en la primera fase: prospección y exploración. ¿Por qué?

- Porque solo uno de cada millar de proyectos en etapa de prospección, llega a la etapa de explotación (Regueiro y Oyarzun, 2009).
- Esto representa riesgos económicos, ambientales y humanos muy superiores a los de cualquiera otra actividad productiva, por lo que son necesarios de grandes inversiones y el trabajo

[4] En concreto, el ciclo de vida de un proyecto minero, a gran escala, comprende las siguientes cuatro fases: prospección - exploración, planificación del proyecto, operación y cierre de mina. (Apaza, 2018).

de todo un equipo de geocientíficos. Por tanto, se requiere una combinación de una gran percepción geológica, intuición, y sobre todo, persistencia y capital de trabajo. Es allí, donde una buena geología permite un mayor rango de éxito en un proyecto minero.

- Adicional a los gastos de exploración, el solo hecho de poner en marcha una mina y su planta de recuperación/refinación, puede ascender hasta a millones o miles de millones de US $ (Regueiro y Oyarzun, 2009), dependiendo del tamaño del yacimiento, donde la geología jugará un papel fundamental en todo el proceso.

AHORA BIEN… ¿PARA QUÉ SIRVE UN GEÓLOGO MINERO?

Para la fase prospección - exploración del proyecto minero, estas son algunas de las principales funciones, aunque no son limitativas:

- ✓ El geólogo de exploración minera estará dedicado a la búsqueda, evaluación y aprovechamiento de los recursos minerales y energéticos de una zona (Educaweb, 2020).
- ✓ Las tareas de localización de un yacimiento usualmente implica un trabajo de campo. Por ejemplo, los geólogos mineros recogen muestras de suelo para su posterior análisis en el laboratorio (Figura 3), a fin de verificar las concentraciones de los minerales requeridos (Educaweb, 2020).
- ✓ Confeccionará los mapas de geología básica, que es un elemento cartográfico esencial y primario para la ubicación de yacimientos (Regueiro y Oyarzun, 2009), bajo la premisa: *Sin mapas no hay geología...*
- ✓ Los geólogos mineros también desempeñan una función importante en la gestión ambiental (Figura 4). Pueden sugerir acciones en la *línea de base*[5] del estudio de impacto ambiental, requisito obligatorio previo al arranque de todo proyecto minero.

[5] Línea de base: Descripción de la situación actual, para la fecha de inicio del estudio, sin influencia de nuevas intervenciones antrópicas.

Figura 3. Toma de muestras de suelo residual para su análisis, para evaluación de minerales presentes, en la etapa de prospección de un proyecto minero, al sur del estado Bolívar, Venezuela. Fuente: Archivo https://timna.ch/

Figura 4. Usos del pasto vetiver[6] en la protección de taludes, como factor mitigante para los procesos erosivos, en vías de tránsito de fuerte pendiente y con problemas de caída de bloques de piedra, antes (izq.) y después (der.), en la mina de bauxita de Los Pijiguaos, estado Bolívar. Fuente: Rafael Luque, años 2003-2004.

[6] Vetiver: es una planta catalogada en algunas zonas como "pasto maravilloso", debido a sus características favorables, entre las cuales se encuentra principalmente la profundidad y firmeza que alcanzan sus raíces, lo que la convierten en una herramienta relevante para mantener y mejora la calidad de los suelos y el agua (Orihuela, 2007).

¿PERO, QUÉ O QUIÉN ES UN GEÓLOGO DE EXPLORACIÓN?

De acuerdo a una libre adaptación de Lowell (1987)[7], debe tener por lo menos, las siguientes cualidades:

- Debe ser una persona inteligente, con una buena experiencia de campo y con suficiente "bagaje académico": geología estructural, petrología, geomorfología, sedimentología, etc. (Figura 5).
- Tiene que ser capaz de pensar de manera "crítica", defender con respeto sus puntos de vista técnicos y cartográficos observados. Deberá aplicar la política del "buen oyente".
- Un profesional con sólidos conocimientos geológicos y ambientales de campo, pero al mismo tiempo, sin miedo a equivocarse. Sus "argumentos" serán las evidencias observadas en campo y su interpretación (Figura 6).
- Debe estar "al día", con la tecnología y con las últimas técnicas exploratorias. Excelente, en el manejo de mapas y sistema de información geográfica (SIG) o GIS, por sus siglas en inglés.

Figura 5. Que esta imagen adaptada de Quino, en función de lo expuesto en este escrito, sirva de referencia a los colegas geólogos, que se dedican o dedicarán al trabajo de exploración minera, para que estén resueltos a dar lo mejor de sí, para ser un gran geólogo.

[7] Considerado como el mejor geólogo de exploración minero del mundo, David Lowell logró el descubrimiento de 17 yacimientos a lo largo de su carrera, entre los que destacan Escondida en Antofagasta o la mina de oro San Cristóbal, cerca de Lomas Bayas, ambas en Chile y mina Pierina, en Perú, entre otras. Falleció el pasado 05/05/2020, a la edad de 92 años (Cesco, 2020).

Figura 6. Interpretación de las evidencias de campo encontradas en un perfil geológico de un afloramiento, en la zona sur de Guayana. Fuente: Archivo https://timna.ch/

¿EN FIN, CUÁL ES LA IMPORTANCIA DEL GEÓLOGO EN UN PROYECTO MINERO?

En esta sección, se agrupan una serie de ideas, principalmente experiencias propias y otras, obtenidas de internet y lecturas, a fin de conceptualizar las funciones de un geólogo minero:

1. En todo ciclo de vida de una operación minera, se comienza por una prospección - exploración geológica, que permitirá la caracterización del yacimiento y su entorno.
2. Para sustentar un proyecto minero, el equipo de geocientíficos debe determinar la existencia de un yacimiento, evaluar el tamaño y la calidad del depósito, así como analizar las realidades económicas de la futura extracción.

3. Es integrante importante del equipo de geometalurgia, cuya función es la integración de información geológica, minera, metalúrgica, medioambiental y económica. Sin esta evaluación, no hay sustentación posible para un proyecto minero responsable.
4. En definitiva, la variable económica del proyecto minero estará en riesgo, si el trabajo de los geólogos es obviado o *dejado para cuando inicie la construcción de la planta*. Los niveles de incertidumbre del recurso minero serán altos, habrá carencias en los parámetros de diseño y las fallas de las plantas procesadoras serán considerables.
5. ¿Existirán, en la zona Arco Minero del Orinoco (AMO), proyectos mineros en oro que pudiesen adolecer de estudios geometalúrgicos completos?
6. Si esto fuese así, la rentabilidad del proyecto minero pudiese verse afectado, en el corto o mediano plazo, con el daño patrimonial y afectación ambiental que eso conlleva.

RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS

"La minería responsable es aquella que cumple con las habilitaciones administrativas (ambientales y de acceso al bien de dominio público), las licencias sociales (consultas populares y Convenio 169, OIT) y la información producto de la prospección y exploración para elaborar un plan minero ejecutable y la previsión "planificada" del cierre de minas. En consecuencia, toda aquella explotación de minerales que no cuente con estos elementos mínimos, no es minería sino ***extracción ilícita***" (Mauricio Pernía – Reyes, comunicación personal [Chat del Foro], 24 de septiembre de 2020).

Con esto evitaríamos de hablar de "minería ilegal", pues la minería es la que cuenta con todo lo señalado previamente, así como las condiciones que garanticen el cumplimiento de las normas en materia de seguridad del Estado. Por supuesto, la carencia de estudios geológicos no es ilegal, pero de seguro, influirá en la afectación ambiental, que sí tiene responsabilidad penal. Ante estos argumentos contundentes, que el autor comparte, sugiero a la comunidad geominera, periodistas,

políticos y comunidad en general, utilizar el término ***extracción ilícita***, a toda actividad no regida por las *buenas prácticas mineras*, una obligada planificación, ausencia del elemento legal y ataque al medio ambiente, sin planes de rehabilitación de las zonas afectadas por la extracción minera, en la región Guayana.

REFERENCIAS

ANTRÓPICOS [en línea]: *Qué significa antrópicos?* Publicado por *miguelangel*, 2007. Disponible desde Internet: http://antropicos.blogspot.com/2007/10/que-significa-antropicos.html [fecha de consulta: 17 Septiembre 2020]

APAZA, R., *Las fases y el ciclo de un proyecto minero*. 2018. En: https://www.rubenapaza.com/2018/05/las-fases-y-el-ciclo-de-un-proyecto.html [fecha de consulta: 17 Septiembre 2020]

CESCO, David Lowell: "El legado del explorador que apostó por Chile como potencial minero". 2020. En: https://www.cesco.cl/2020/05/08/david-lowell-el-legado-del-explorador-que-aposto-por-chile-como-potencial-minero/ [fecha de consulta: 18 Septiembre 2020]

Educaweb, 2020. En: https://www.educaweb.com/profesion/geologo-minero-441/#:~:text=Los%20ge%C3%B3logos%20mineros%20ayudan%20a,la%20superficie%20de%20la%20Tierra.&text=Por%20ejemplo%2C%20los%20ge%C3%B3logos%20mineros,la%20presencia%20de%20granos%20minerales. [fecha de consulta: 26 Septiembre 2020]

FALUDI J., *Your Stuff: If It Isn't Grown, It Must Be Mined*. 2007. En: http://www.worldchanging.com/archives/007708.html [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2020].

ICMM (International Council on Mining and Metals**),** 2002. *Sustainable Development Framework*. En: Cabieses, H., 2015. *Los azotes del extractivismo sin responsabilidad social*. Ideele Revista No. 248, Marzo 2015. Lima, Perú.

LOWELL, J.D., *Exploración geológica-minera: aspectos prácticos*. Departamento de Geología, Universidad de Chile, Santiago de Chile. 1987.

MARIÑO, N., "La minería sustentable en Venezuela, con énfasis en la región Guayana. Conceptos, análisis y propuestas. Primera parte". *Revista Commodities Venezolanos*, 16va edición, año 5: 58 – 60. 2015.

MONTERO, *"**Ética Ambiental y Minería**"*. *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable,* **Nº 15, Volumen 4, Año 2006.**

ORIHUELA, J. *Manual sobre el uso y manejo del pasto vetiver (Chrysopogon zizanioide*s). 2007. En: http://www.vetiver.org/TVN_manualvetiver_spanish-o.pdf [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2020].

REGUEIRO, M. y OYARZUN, R., *El geólogo en la exploración y explotación minera*. 2009. En: https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-15564/El%20ge%C3%B3logo%20de%20exploraci%C3%B3n%20-%20Manuel%20Regueiro.pdf [fecha de consulta: 18 Septiembre 2020]

VELÁSQUEZ, J.A.. *Buenas prácticas sociales y ambientales en la minería*. Minas Paz del Río. 2012. En: http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/eventos/2012/cim/documentos/bpracticas.pdf

RESUMEN

Un proyecto minero es un negocio de gran riesgo, sin embargo, la industria minera es esencial para el desarrollo de la sociedad moderna. En efecto, solo uno de cada millar proyectos en etapa de prospección, llega a la etapa de explotación. Además, se requiere de grandes inversiones y el trabajo de todo un equipo de geocientíficos. Es un estudio integrado que puede prolongarse hasta cinco o más años, dependiendo del tamaño del yacimiento explorado. Para lograr el éxito, uno de los profesionales requeridos es el geólogo, necesario a todo lo largo del ciclo de vida del proyecto, desde el inicio hasta el cierre de mina, sin embargo, son esenciales en la primera fase, como son la prospección y la exploración. En este orden de ideas, una buena geología maximiza la posibilidad de éxito en todo proyecto minero. Por ello, el geólogo minero es integrante importante del equipo de geometalurgia, cuya función es la integración de toda la información geológica, minera, metalúrgica, medioambiental y económica. Sin esta evaluación, no hay sustentación posible para un proyecto minero responsable y que se ajuste a las *buenas prácticas* de la minería. Es muy probable que existan alianzas estratégicas en oro, en la zona Arco Minero del Orinoco (AMO), que pudiesen adolecer de estudios geometalúrgicos completos, por lo

que la rentabilidad de esos proyectos podría verse afectados en el corto o mediano plazo, con afectación al medio ambiente. Como punto culminante, se sugiere a la comunidad geominera, periodistas, políticos y comunidad en general, para estar acordes con los principios de la minería responsable, que se utilice el término *extracción ilícita*, para toda explotación de minerales que rehúya cumplir con los requisitos ambientales y legales mínimos, así como la inobservancia de las normas en materia de seguridad del Estado, que deben prevalecer en una concesión minera.

PALABRAS CLAVES

proyectos mineros,
riesgo,
geólogo minero,
geometalurgia,
Arco Minero del Orinoco,
extracción ilícita.

NUEVAS HERRAMIENTAS EN APOYO A UN DESARROLLO MINERO RESPONSABLE.

DR. RAFAEL LAIRET CENTENO.*

SUMARIO

• Introducción. • La información básica sobre el área del AMO. • Información histórica sobre la actividad minera en el Estado Bolívar. • Evaluación del potencial minero del AMO. • Características ambientales del territorio del AMO. • Cumplimiento del Marco Jurídico Vigente. • Aplicación de la Geomática. • Las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EvIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIASC) como actividad de Control Previo y las Evaluaciones Ex Post como herramienta de seguimiento y control. • Evaluaciones de Impacto Ambiental (EvIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIASC) como actividad de Control Previo. • La evaluación Ex post. • En materia de Ordenación del Territorio. • ¿Es posible una minería responsable en el AMO? • A manera de Conclusión. • Referencias bibliográficas.

* Geógrafo Dr. Rafael Lairet Centeno. Academia de la Ingeniería y el Hábitat.

INTRODUCCIÓN

En este Capítulo de la obra se presenta un conjunto de Nuevas Herramientas en apoyo a un Desarrollo Minero Responsable en el Arco Minero del Orinoco.

Se inicia este ensayo haciendo referencia a una frase de *Albert Einstein (1946)*:

> *...El mundo que hasta este momento hemos creado, como resultado de nuestra forma de pensar, tiene problemas, que no pueden ser resueltos pensando del modo en que pensábamos cuando lo creamos.*[1]

Por lo tanto se deben buscar formas para afrontar los problemas que se están creando.

Las Herramientas son: La *Información básica sobre el área del Arco Minero del Orinoco (AMO)*, que ha permitido en los últimos 50 años construir un conocimiento adecuado sobre las características del AMO. La *Geomática*, que en los últimos años ha colocado en manos de los organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y en los centros de investigación y el sector privado, información de muy

[1] Parafraseo de una idea original planteada por Albert Einstein en un telegrama dado a la luz pública en el The New York Times (página 13) el 25 de mayo de 1946 en el cual, como presidente del Comité de Emergencia de Científicos Atómicos, señala: …*Nuestro mundo se enfrenta a una crisis todavía imperceptible para aquellos que poseen el poder de tomar grandes decisiones para bien o para mal. El poder desencadenado del átomo lo ha cambiado todo excepto nuestras formas de pensar, y de este modo, avanzamos sin rumbo hacia una catástrofe sin precedentes,* y continúa… *Necesitamos doscientos mil dólares de una vez para lanzar una campaña nacional que haga saber a las personas que una nueva forma de pensar es esencial para que la humanidad sobreviva y avance hacia niveles más altos.*

alto valor para evaluar de manera casi en tiempo real los cambios que están ocurriendo en esa importante porción del territorio nacional. *Las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EvIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) como actividad de Control Previo*, establecen las medidas de control y mitigación que permiten minimizar los impactos en el ambiente, *y las Evaluaciones Ex Post como herramienta de seguimiento y control* son fundamentales para llevar adelante una evaluación de los objetivos del proyecto, en el marco de la sostenibilidad del desempeño de la actividad minera. *La Planificación y la Gestión Ambiental del AMO se debe apoyar en los Planes de Ordenación del Territorio a niveles Nacional y Regional* promovidos por el Estado venezolano y en los Planes de Ordenamiento y Reglamento de Uso de las Áreas Bajo Régimen de Administración Especial que estén ubicadas en la Zona. En ellos, apoyados en el conocimiento de las potencialidades y restricciones ambientales del área, se otorga la Ocupación del Territorio, que da a la actividad, desde el punto de vista jurídico, la ocupación espacial del territorio, para luego, después de completar la Evaluación de Impacto Ambiental, el ente que controla la materia ambiental otorgará el correspondiente permiso de operación como primer paso necesario para abordar una *Minería Responsable.*

Ante la situación económica del país, el Gobierno tomó la decisión de crear la ***Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco (AMO)***, para *el estímulo sectorial de las actividades asociadas a los recursos minerales que posee el País…* como fue publicado en la Gaceta Oficial Nº 40.855 de fecha 24 de febrero de 2016, el Decreto Nº 2.248, y así impulsar la economía: convertir a Venezuela en un proveedor de primer orden en productos mineros diversos.

El área geográfica del territorio nacional para el desarrollo del AMO se localiza entre las coordenadas geográficas 5°57´38´´ y 8°25´54´´ N (norte) y 60°18´03´´ y 67°27´03´´, W (oeste), ubicada en el extremo norte del Estado Bolívar con una superficie total de 111.843,70 kilómetros cuadrados que incluyen, el área de Ikabarú al sur del Municipio Gran Sabana, así como la porción más al norte del Parque Nacional Río Caura, que luego del Decreto fue excluida.

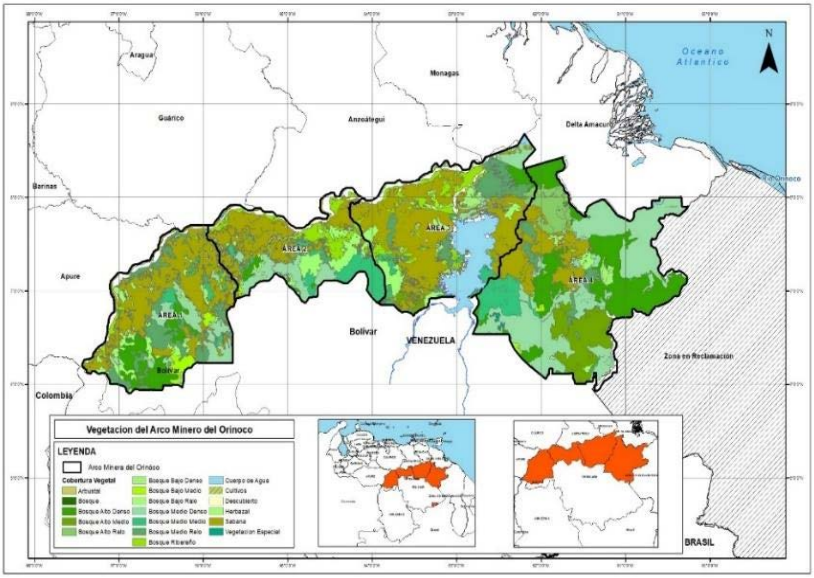


Figura 1. Localización, ubicación geográfica y sectorización del Arco Minero del Orinoco. Fuente: Tomado de base cartográfica de la investigación *Arco Minero del Orinoco, implicaciones ambientales, socio culturales y geopolíticas*, USB, 2020.

La información básica sobre el área del AMO

Información histórica sobre la actividad minera en el Estado Bolívar

Los datos e información histórica, son una de las fuentes fundamental de información, y muestran que los recursos minerales de la Guayana venezolana se conocen desde tiempos ancestrales. Los pueblos aborígenes que habitaban Guayana conocían la existencia de minerales, entre ellos el oro y el diamante. Su explotación fue realizada en tiempo anteriores a la llegada de los españoles, de manera artesanal, y en la región se han tejido leyendas sobre la existencia de ciudades cubiertas de oro, como la de *Manoa* y la famosa leyenda del *Dorado,* que motivó y ha motivado su búsqueda a exploradores desde los inicios.

Con la llegada de los españoles en el siglo XVI se inicia la explotación comercial incipiente de algunos minerales como el oro, diamante y hierro en Guayana, que se manejó desde un principio mediante

intercambio y en muchos casos se llegó a la violencia entre los aborígenes y los conquistadores. La explotación de minerales, incipiente en el área, se continuó en el período provincial, con un auge importante, y ya en la república, a mediados del siglo XIX.

Los inicios de la explotación del oro comenzaron en 1842 cuando un minero brasileño de apellido Ayres (Lozada 2016) comprobó la existencia de este mineral en el río Yuruari (afluente del río Cuyuní). Diez años después se desató la explotación del metal lo que dio origen en 1850 a la llamada *Proclama del Oro* u *Oro del Yuruari*, que comenzó a generar un importante conjunto de cambios en la región por la afluencia de centenares de *buscadores de oro*. La existencia de importantes volúmenes del mineral despertó la apetencia de buscadores de oro, empresas mineras y países interesados en tomar control del negocio. Ya para el año 1.868, según Rodríguez, A. (2014) la Asamblea Legislativa le confirió a la Guayana el carácter constitucional de *Estado Minero,* rango que le permitía *la libre administración de sus productos naturales además de instruir a los senadores y diputados por el Estado para sostener y defender ante el Congreso Nacional ese carácter*. De haberse sostenido esa posición el proceso de ocupación de ese territorio le hubiese favorecido a Venezuela en cuanto a la posesión de los territorios del Esequibo. Para esos años existía un gran interés por parte de Inglaterra de entrar a esos territorios ricos en oro[2].

Evaluación del potencial minero del AMO

Entre 1930 y 1950 se inician los estudios de carácter científico en el campo de la geología y minas, con la finalidad de determinar el potencial de los yacimientos existentes en Guayana como parte de los

[2] En Rodríguez (2014) se señala el interés de los ingleses por entrar a nuestro territorio desde la Guayana Inglesa y menciona: *...Se habla de una expedición exploradora de las minas en el Cantón de Upata. El gobierno de Demerara manifestó al respecto que ellos debían aprovechar el prestigio del nombre inglés y de la seguridad que dan las instituciones inglesas para hacer esta ciudad en lo posible un punto de partida o de reunión para las expediciones que se emprendan hacia las más, sea que estén en nuestro territorio o en el venezolano.* Tomado de un artículo "Las minas de Guasipati. El ferrocarril del Yuruari" en *El Diario de Avisos*. Caracas, 8 de julio de 1882, citado por Rodríguez (2014 – página 198).

trabajos realizados por el Ministerio de Minas e Hidrocarburos (MMH). Lairet, R., y Rodríguez, E., (1989) señalan que en el gobierno de Joaquín Crespo en 1883 se inició la explotación del mineral de hierro en base a concesiones a empresas extranjeras, y ya para el período 1911 a 1918 se exportaron 70.000 toneladas de mineral.

La información obtenida permitió al Estado venezolano iniciar la producción del mineral de hierro, en el Cerro Bolívar y el de San Isidro, bajo la figura de concesiones que iniciaron las empresas *Orinoco Mining Company* y la *Iron Mines Company of Venezuela* que lo explotaron hasta el 1ero de enero de 1975, cuando se llevó a cabo la nacionalización pasando a manos del Estado venezolano la propiedad, explotación y comercialización de este recurso natural. Con la recopilación de la información geológica recabada en los años previos y los estudios realizados en los ´60 y ´70 del siglo pasado aplicando las nuevas tecnologías, para la época, derivadas del uso de radar e imágenes de satélite, se complementaron los estudios realizados por la Dirección de Geología del Ministerio de Energía y Minas bajo la coordinación del Geólogo Alirio Bellizzia y se preparó, en el año 1980, el *Mapa Metalogénico de Venezuela*, del cual se muestra un detalle de la zona del AMO en la Figura 2.

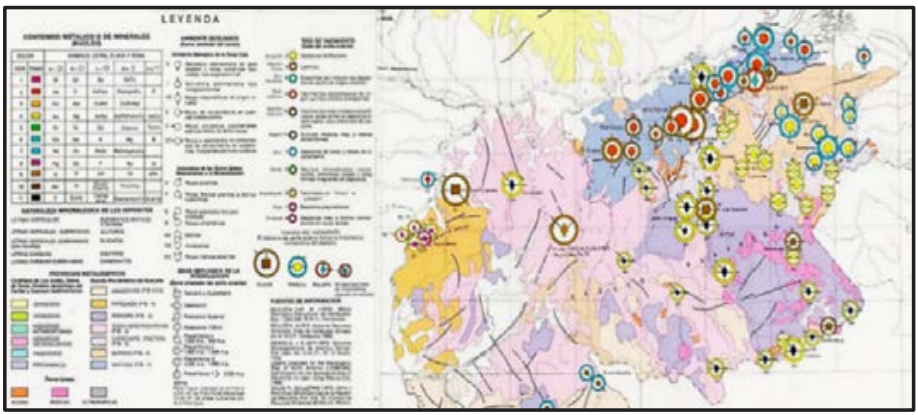


Figura 2. Detalle del Mapa Metalogénico correspondiente al área del AMO.
Fuente: Tomado del Mapa Metalogénico de Venezuela 1980, elaborado por la Dirección de Geología del Ministerio de Energía y Minas.

Figura 3. Gráfica de la ubicación de los yacimientos minerales en el área del AMO. Fuente: Tomado de https://www.ecopoliticavenezuela.org/wp-content/uploads/2019/10/MapaArcoMinero.jpg

La actividad minera en esta zona del Estado Bolívar ha generado una importante movilización de personas en los últimos años, desde regiones muy distantes en el país y de países limítrofes como Brasil, Colombia y Guyana y de países con tradición minera como Trinidad y República Dominicana.

En Las Claritas, Municipio Sifontes, la explotación de oro data de los años 30 del siglo pasado. Desde esa época se ha explotado el oro en esos yacimientos bajo la figura de arrendamiento. En 1990 los derechos de explotación revirtieron a la nación y su explotación fue cedida a una empresa conformada por la *Placer Dome, C.A.*, y la Corporación Venezolana de Guayana, conocida como Minera Las Cristinas (MINCA).

Luego, el Estado venezolano a través del Ministerio de Energía y Minas dejó sin vigencia el contrato con MINCA. En setiembre del 2002 el Ejecutivo a través del Ministerio de Energía y Minas cedió a la Corporación Venezolana de Guayana la administración de la concesión y esta otorgó a la empresa CRISTALLEX, en contrato de operación, los derechos de explotación.

La Vicepresidencia Ejecutiva de la República recordó que, entre el 2007 y 2009, el Ministerio del Ambiente, desconoció el plan ambiental presentado por la empresa *CRISTALLEX*, debido a que *contenía profundas deficiencias que lesionaban los derechos de la madre naturaleza.*, por lo cual el Estado venezolano decidió revocar el contrato de servicios con la empresa en el año 2019.

Características ambientales del territorio del AMO

En el período de 1930 a finales de los años ´60, del siglo pasado, se llevó a cabo un proceso de recopilación de información básica sobre los recursos naturales existentes en el área. Después de la creación del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales (MARNR, 1977) la búsqueda de información se orientó con el fin de apoyar la planificación y gestión ambiental y la Ordenación del Territorio.

En el AMO están presentes, además de los recursos minerales, otros considerados vitales para mantener un sano desarrollo en lo ambiental, en lo social, y en lo económico, no solo de la región, sino del país, que garantice a las presentes generaciones así como a las futuras el disfrute de los recursos presentes en el área.

El Estado Bolívar junto con el de Amazonas, cuentan con la mayor disponibilidad de recursos hídricos del país. Las cuencas que drenan las aguas que atraviesan el AMO, en dirección oeste al este son las de los ríos Parguaza, Suapure, Guaniamo afluente del río Cuchivero, cuencas medias y bajas de los ríos Caura, Aro, de los ríos Paragua y Caroní.

Además, transcurren por la parte oriental del AMO, en el Área 4, la de los ríos Venamo, Chicanán, Yuruán, Yuruari, Corumo afluentes del río Cuyuní, cuenca hidrográfica que tiene sus nacientes en Venezuela y que la parte baja de la cuenca está en el territorio Esequibo, en la Zona en Reclamación, actualmente bajo el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana.

Los datos e información relativa a la cantidad y calidad de las aguas de los cauces dentro del AMO forman parte de dos documentos, uno el Capítulo relativo a *La calidad de las aguas de Venezuela* publicado en A. de la Cruz, K. Vammen & G. Roldán (eds.) (2018), *Retos de la Calidad de las Aguas en las Américas. Perspectivas de las Academias de*

Ciencias. *Interamerican Network of Academies of Sciences* (IANAS), México y el segundo en preparación por la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales (ACFIMAN) sobre *La calidad de las aguas de Venezuela.*

Así mismo están presentes varias Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAES) que se encuentran dentro del área del AMO y en su área de influencia. Dentro del área se encuentran: siete Áreas Boscosas Bajo Protección; tres Reservas Forestales y una Zona de Seguridad Fronteriza, mientras que en el área de influencia indirecta están cuatro Zonas Protectoras (para la fauna e hidrográficas); tres zonas de Seguridad Fronteriza; dos Reservas Forestales; una Reserva de Biosfera; tres Parques Nacionales y quince Monumentos Naturales. Destacan entre las ABRAE´s los Parques Nacionales Canaima, declarado Patrimonio Mundial por la UNESCO, y el del Río Caura.

El área del AMO se caracteriza por una cobertura natural (vegetación y uso de la tierra) muy variada, predominando las asociaciones de bosques y sabanas como se muestra en la Figura 4 y en la Tabla 1, con la distribución por superficie de las formaciones y asociaciones en el AMO. Dependiendo del tipo de procedimiento que se utilice (minería a cielo abierto, de galería o de placer) para la extracción de los minerales, los efectos en la cobertura natural dependerán de la intensidad y de la extensión que estos cubran. Por una parte los impactos serán de gran intensidad en los sitios directos de extracción, así como en el área de influencia indirecta por las actividades complementarias que le dan soporte a la actividad minera (deforestación en la fase exploratoria, remoción de la cobertura natural y modificaciones del terreno para la construcción de las facilidades de soporte y la apertura de vías de comunicación, hasta y desde el área de explotación a las áreas de almacenamiento). Los espacios estimados de ocupación espacial podrían variar entre el 1,5% para producción, hasta un 5% del territorio aprovechable de la superficie total del AMO.

La región destinada para el desarrollo minero también incluye la Reserva Forestal de Imataca (3.800.000 hectáreas); y parte de las reservas de La Paragua y El Caura (5.134.000 hectáreas combinadas); el Monumento Natural Cerro Guanay; más, la cuenca hidrográfica del Río Caroní, que abarca 96.000 kilómetros cuadrados.

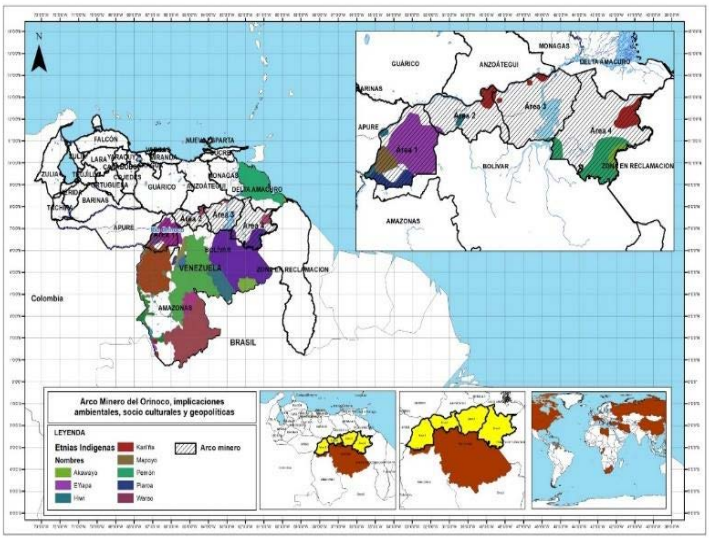


Figura 4. Mapa de Vegetación Arco Minero del Orinoco. Tomado de MINAMB Dirección Nacional de Bosques (DNB) 2014 y de la base cartográfica de la investigación *Arco Minero del Orinoco, implicaciones ambientales, socio culturales y geopolíticas*, USB, 2020.

Formación	Asociación	Superficie km²	Superficie km² (asociación)
Bosque	Bosque Alto Denso	13777,04	
Bosque	Bosque Alto Medio	4713,41	
Bosque	Bosque Alto Ralo	2308,38	
Bosque	Bosque Medio Denso	20003,33	
Bosque	Bosque Medio Medio	7253,62	
Bosque	Bosque Medio Ralo	8306,04	
Bosque	Bosque Bajo Denso	1200,98	
Bosque	Bosque Bajo Medio	1274,80	
Bosque	Bosque Bajo Ralo	6314,33	
Bosque	Bosque Ribereño	7327,75	**72479,69**
Sabana	Sabana	33015,12	**33015,12**
Arbustal	Arbustal	167,18	**167,18**
Cultivos	Cultivos	23,27	**23,27**
Vegetación Especial	Vegetacion Especial	98,62	**98,62**
Herbazal	Herbazal	268,68	**268,68**
Descubierto	Descubierto	28,67	**28,67**
Cuerpo de Agua	Cuerpo de Agua	168,91	**168,91**

Tabla 1. Distribución por superficie para las formaciones y asociaciones de cobertura natural (vegetación y uso de la tierra) del AMO. Preparado tomando como base la información del MINAMB Dirección Nacional de Bosques (DNB) 2014 para la investigación *Arco Minero del Orinoco, implicaciones ambientales, socio culturales y geopolíticas*, USB, 2020.

Para el área del AMO (área de influencia directa) y en la totalidad del Estado Bolívar, los datos e información básica desde el punto

de vista demográfico señala que para el Censo del 2011 en el área del AMO había 464 centros poblados, de los cuales 27 son asentamientos indígenas y el resto son sitios ocupados, hatos, fundos, haciendas y centros poblados de criollos.

Según el Censo de Población (INE) 2011 el Estado Bolívar para esa fecha contaba con una población de 1.413.115 personas, con respecto al Censo del 2001 el crecimiento de la población fue de un 16,3 %.

En la Figura 5 se muestra el crecimiento sostenido de la población del Estado desde el Censo de 1873.

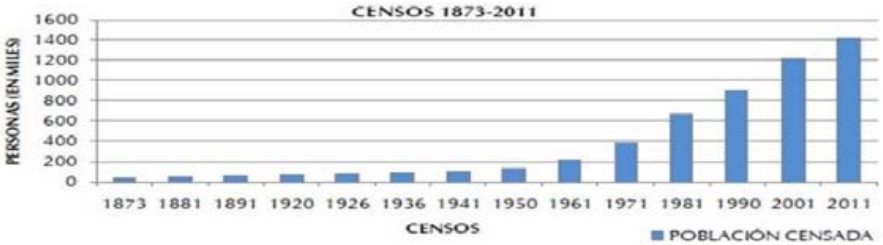


Figura 5. Crecimiento de la población del Estado Bolívar entre los Censos de 1873 y 2011. Fuente: Tomado de XIV Censo Nacional de Población y Vivienda. Resultados por Entidad Federal y Municipios del Estado Bolívar, INE diciembre de 2014.

En el territorio del AMO habitan varias comunidades indígenas (ver Figura 6), señalándose de oeste a este en el Área 1 las comunidades Mapoyo, Piaroa, Hiwi, Éñapa; en el Área 2 la Kariña y Hiwi; en el Área 3 Kariña y Pemón y en el Área 4 Warao, Akawayo, Kariña, Pemón y Éñapa.

En la Figura 7 se puede observar que las porciones más pobladas del Estado Bolívar corresponden, con excepción del Municipio Padre Pedro Chien, a las áreas 1 a la 4 del AMO. Los Municipios Heres, Caroní, presentaban entre 100.000 y 200.000 habitantes, Sifontes y Cedeño de 50.000 a 100.000 y los Municipios Sucre, Bolivariano Angostura y Gran Sabana con 20.000 a 50.000 habitantes. La población en las porciones más al norte del estado Bolívar son en su gran mayoría de criollos, mientras la población al sur de los Municipios es menor, mayoritariamente conformada por comunidades aborígenes de las diferentes etnias que habitan en el Estado y de criollos y extranjeros que se dedican a la minería.

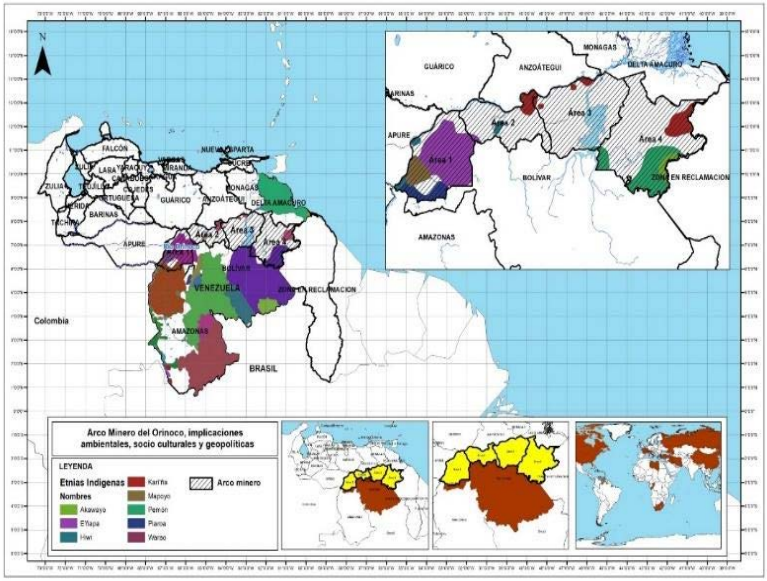


Figura 6. Mapa de las Comunidades Indígenas en Venezuela y en detalle (inserto) las correspondientes al Arco Minero del Orinoco. Fuente: Comisión Nacional de demarcación de Hábitat y Tierras de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ministerio del Poder Popular para el Ambiente (MINEA) – 2016. Tomado de la base cartográfica de la investigación *Arco Minero del Orinoco, implicaciones ambientales, socio culturales y geopolíticas*, USB, 2020.

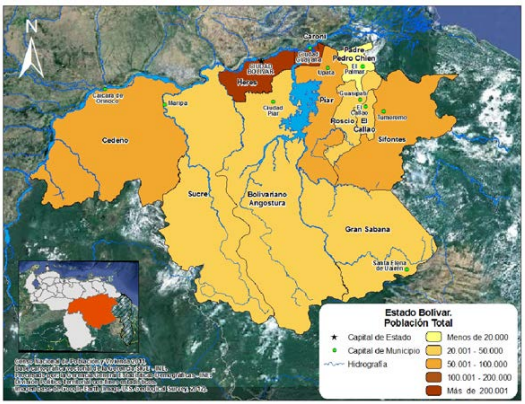


Figura 7. Distribución de la población a nivel de Municipios del Estado Bolívar, según el Censo 2011. Fuente: Tomado de XIV Censo Nacional de Población y Vivienda. Resultados por Entidad Federal y Municipios del Estado Bolívar, INE diciembre de 2014 (página 13).

Cumplimiento del Marco Jurídico Vigente

El Marco Jurídico vigente debe ser analizado a profundidad y se le debe dar cumplimiento estricto por parte de las organizaciones del sector público y privado, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para así garantizar que la actividad que se plantea insertar en cualquier porción del territorio del estado siga al pie de la letra las pautas establecidas en el conjunto de instrumentos jurídicos vigentes.

En cuanto a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela promulgada en el año de 1999, tanto los entes de carácter público como los del sector privado se deben acoger a lo que establece la Constitución en los aspectos siguientes:

En el Título II, relacionado al Espacio Geográfico y de la División Política *Capítulo VIII- De los derechos de los Pueblos Indígenas,* … se establece que:

> *las tierras indígenas son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles y que corresponde al estado conjuntamente con los pueblos indígenas la demarcación de dichas tierras. Se garantiza la integridad de los hábitats indígenas y se consagra el aprovechamiento racional de los recursos naturales allí existentes. Se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a recibir información previa y a ser consultadas sobre actividades de aprovechamiento de los recursos naturales. Los beneficios que corresponden a los pueblos indígenas por concepto de este aprovechamiento por parte del estado serán de carácter colectivo.*
> *En cuanto al Capítulo IX – De los derechos ambientales*
> *Consagra los postulados del desarrollo sustentable como marco referencial o principio rector de todas las actividades que realicen el Estado y los particulares en materia de gestión ambiental, social y económica.*
> *El Artículo 127*
> *Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.*

El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.
Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.
Artículo 128
El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento.
Artículo 129
Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.
En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.
En el Capítulo X De los deberes
Artículo 131. Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público.

Por lo tanto se le debe dar cumplimiento a lo establecido en los instrumentos jurídicos como:

- Leyes Aprobatorias que incluyen los Convenios Internacionales suscritos por la Nación,
- Leyes de Carácter Orgánica, Ordinarias,
- Decretos que contemplan Normas Técnicas, Reglamentos y Resoluciones Ministeriales, y
- Actos Jurídicos Individualizados.

Aplicación de la Geomática

Según Lairet (2013) se denomina Geomática al conjunto de disciplinas que permiten integrar los procesos de planificación, la captura, tratamiento, análisis, interpretación, distribución y difusión, organización y almacenamiento sistemático, de datos e información de carácter geográfica o ambiental, ciencia que se apoya en la cartografía computarizada, el uso de datos provenientes de diferentes plataformas de sensores remotos (fotografías aéreas, radar, lidar, barredores termales e imágenes de satélites, disciplina que se conoce como Percepción Remota), los sistemas de información geográfica (SIG), la metadata (o la información sobre la información) y la computación.

El término Geomática se le atribuye a Bernard Dubuisson (científico francés) como señala Manfred Ehlers, uno de los autores del libro *Integration of GIS and Remote Sensing*, en el cual refiere que Dubuisson publica el término en *Practique de la photogrammétrie et de moyens cartographiques derivés des ordinateurs* publicado en 1971, idea también avalada por Tapia-Silva, F. (2014). Otros de los que acuñaron el término Geomática fue Michel Paradis que trabajaba como topógrafo en el Ministerio de los Recursos Naturales de Quebec. En abril de 1982 Paradis introduce el término en un resumen publicado con motivo del centenario del Instituto Canadiense de Geodesia (posteriormente renombrado Instituto de Geomática). La *Encyclopedia of Geographic Information Science* editada por Karen Kemp, opina que el término fue también utilizado en los inicios de 1970 por el Ministerio de Equipamiento y Vivienda de Francia cuando crea la Comisión Permanente en Geomática.

Sin embargo, a pesar de las dudas sobre el que usó por primera vez el término, todos coinciden en que los inicios formales de la nueva ciencia, a nivel académico, fueron en la Universidad de Laval, Canadá en 1986, cuando se transforma el Departamento de Ciencias Geodésicas y de Teledetección al de Ciencias Geomáticas, en la cual se buscaba integrar las herramientas tradicionales con las nuevas tecnologías, surgidas por los avances en la ciencia informática y espaciales, para consolidar el estudio de las Ciencias de la Tierra a través de la Informática.

Varios eventos ocurrieron a nivel internacional para establecer el basamento tecnológico necesario para el nacimiento, consolidación e integración de la Geomática como la Cartografía, la Percepción Remota, los Sistemas de Información Geográfica (SIG), y la Computación. Todas estas disciplinas han permitido generar una gran cantidad de datos e información que cada día aumenta producto de actividades en forma pasiva, proceso que se da normalmente en la vida cotidiana cada día más dependiente de la tecnología digital.

Desde los inicios de los ´70 del siglo pasado se han recabado datos e información sobre el AMO en las diferentes disciplinas que conforman la Geomática y en diferentes campos como los de la cartografía básica, geología y geomorfología, cobertura natural (vegetación y uso de la tierra) e información forestal, entre otros.

En la actualidad se dispone de herramientas orientadas a la obtención de datos cartográficos con cámaras digitales, lidar [3] y drones[4] que permiten la obtención de información cartográfica en un tiempo y a una velocidad superior a la que se podía obtener con los medios convencionales. Los datos provenientes de satélites artificiales están ampliando

[3] *Lidar* es un acrónimo en inglés que significa *Light Detection and Ranging* o *Laser Imaging Detection and Ranging* es un dispositivo que emite un haz coherente de luz, en pulsos, que sirven para medir la distancia entre el emisor laser a un objeto en tierra o la superficie permite determinar la distancia desde un emisor láser a un objeto o superficie. La distancia se obtiene midiendo el retraso que se da entre el pulso enviado y su detección después de ser reflejado. El *lidar* tiene muchas aplicaciones en diferentes disciplinas entre las cuales están la geología, geomorfología, ciencia forestal y arqueología general.

[4] El *dron* es un vehículo capaz de volar sin tripulación y que puede ser controlado a distancia. El vuelo es de manera autónoma apoyado en planes de vuelos establecidos por los usuarios y apoyado por un sistema GPS interno. Existen varios tipos: de ala fija, helicópteros y multirotores. Generalmente son utilizados con una cámara o diferentes tipos de sensores con una gran variedad de aplicaciones en el área de la Geomática.

a un ritmo impresionante las bases de datos en los organismos de los sectores oficiales, así como de centros de investigación, organizaciones de consultoría ambiental y en el sector privado en general, con datos a muy alta resolución espacial y espectral, que han sobrepasado la capacidad de manejo de estos.

Los Sistemas de Información Geográfica (SIG) también han logrado un aumento significativo en sus capacidades de manejo, procesamiento, análisis, organización y despliegue de datos e información sobre elementos y procesos dinámicos en la naturaleza.

Como ya se ha establecido, el desarrollo de un país depende en buena parte de la disponibilidad de datos e información sobre las potencialidades y restricciones que el ambiente le pueda imponer al desarrollo de cualquier actividad. En la actualidad el gran reto de la humanidad es:

- ¿Cómo podemos enfrentar la solución de los problemas ambientales generados por su equivocado modelo de desarrollo?;
- ¿Disponemos del basamento teórico claro, del conocimiento y de la capacidad para manejar las incertidumbres, para enfrentar esa compleja realidad?;
- ¿Conocemos las variables que debemos medir, procedimientos para medirlas y cómo hacerlo y con qué fin?, y
- ¿Con qué herramientas contamos, para, apoyado en las ciencias físico naturales y las ciencias humanas y de la vida, enfrentar las grandes interrogantes que estos problemas generan?

Las preguntas planteadas pueden ser respondidas primero con una nueva aproximación metodológica que permita abordar la visión integral del ambiente como un *todo indivisible;* integrar las ciencias básicas y las sociales de manera *intra, multi y transdisciplinaria;* desarrollar modelos acoplados del Sistema Tierra (MST) y el Humano (MSH), con la participación de profesionales de diversas disciplinas, y por último apoyar la formulación de Políticas de Estado y estrategias de desarrollo apoyadas en:

- un conocimiento científicamente comprobado,
- minimizando los impactos al ambiente,
- aprovechando las potencialidades y reconociendo las limitaciones del ambiente, y

- beneficiando no solo a las generaciones actuales, sino también aquellas del futuro.

Para lograr lo planteado se debe abordar el proceso de integración de datos e información proveniente de diferentes fuentes, en un esfuerzo para extraer mejor y/o mayor cantidad de conocimiento. Según su origen los datos pueden ser multi-temporales, de distinta resolución espacial y espectral, de sensores múltiples, y captados a diferentes alturas.

La posibilidad de combinar datos de diferentes tipos y fuentes, es la culminación del proceso de integración de datos para apoyar su análisis, modelaje, organización, almacenamiento y difusión. Este proceso se debe apoyar en un Software y Hardware estable y de calidad comprobada, en un ambiente de manejo de datos por medios digitales, donde todos son georeferenciados con un *datum*, proyección y sistema de coordenadas comunes, con el potencial para extraer información que pueda en el corto plazo generar un conocimiento amplio sobre las condiciones de un espacio o ambiente, y es en principio, el manejo de datos dentro de un *Sistema de Información Geográfico* en el ámbito digital, y en el marco de la *Geomática.*

Para alcanzar el objetivo de dar forma a los datos e información para apoyar la planificación y gestión de una actividad como la minera en el AMO, es necesario la estructuración de lo que se conoce como una **I**nfraestructura de **D**atos **E**spaciales (**IDE**) que es un sistema de información integrado por un conjunto de recursos (datos e información geográfica, catálogos, hardware/software servidores, programas, datos, aplicaciones, páginas Web,…) dedicados a gestionar Información Geográfica (mapas, ortofotos, imágenes de satélite, topónimos,…), que cumplen una serie de condiciones de interoperabilidad (normas, especificaciones, protocolos, interfaces,…), y que permiten que un usuario al entrar a Internet pueda, utilizando un simple navegador, ubicarlos, combinarlos, organizarlos según sus necesidades.

Sin embargo, la posibilidad de la estructuración de una IDE generará en un período relativamente corto un volumen de datos que crecerá de manera exponencial. Según un documento de las Naciones Unidas (ONU) publicado en el año 2013 en el período 2011 al 2013 se había generado el 90 % de los datos existentes para esa fecha y se podía esperar un incremento cercano al 40 % anual de datos.

Según el mismo documento ese volumen de datos se genera de manera pasiva mediante la interacción con sistemas digitales, como en el caso de los teléfonos celulares, las redes sociales y los servicios de apoyo al comercio digital. El volumen de datos ha obligado a implementar sistemas masivos de almacenamiento que se estima se duplica cada 40 meses desde la década de los ´80 del siglo pasado.

Esta revolución de los Datos es lo que se llama *Macrodatos* o *Big Data* (en inglés) que ha venido acompañado de un movimiento a nivel global de los *datos abiertos* que con el apoyo del sector público (*crowdsourcing*) las nuevas maneras de manejar los datos, las comunicaciones, y otras herramientas como *la realidad virtual*, *la realidad aumentada* y *la realidad mezclada* y *la inteligencia artificial* han hecho posible el manejo de los datos, su análisis e interpretación, casi en tiempo real.

Según el documento de ONU para el 2013, una de las principales aplicaciones de esta nueva manera de obtención y manejo integral de datos, por supuesto con un uso responsable, podrían mejorar el control de los *Objetivos del Desarrollo Sostenible* y hacer que estos estén orientados a contar con una sociedad en la cual los elementos motores sean la solidaridad, la equidad, la justicia y el bien común.

Macrodatos o *Big Data* es una metodología de lectura, almacenamiento y análisis de datos que es posible gracias a los avances logrados. Laney 2001 propuso que *Macrodatos* se definiera por *el volumen*, *la velocidad* y *la variedad* de los datos, las llamadas 3V, en el 2012 se incluye una cuarta V como *el valor*, señalando que las aplicaciones deben aportar un valor adicional a las organizaciones manejando *Macrodatos*. Posteriormente se agregó una quinta V como *veracidad.*

Las herramientas disponibles para manejar *el volumen, la velocidad, la variedad, el valor y la veracidad* es los *Macrodatos* han mejorado mucho en los últimos años. En general, estas tecnologías no son costosas y gran parte son de código abierto o software libre. Entre ellas se mencionan Hadoop, HDFS, NoSQL, MapReduce, MongoDB, Cassandra, PIG, HIVE, y HBASE que buscan obtener información de datos que con anterioridad eran considerados no útiles.

Zakir, J. et al (2015) señalan que el Hadoop, es el más utilizado, combina hardware básico con software de código abierto. Es capaz de recibir datos de diferentes fuentes, inclusive no estructurados, que los

maneja, organiza y distribuye en discos no muy costosos y cuenta con herramientas para analizar los datos. Sin embargo, estas tecnologías requieren un conjunto de habilidades para los grupos encargados del manejo de datos e información en esos volúmenes y velocidad por lo que es necesario trabajar para integrar todas las fuentes de datos internas y externas que tienen interés para los usuarios. Aunque la atención a la tecnología no es suficiente, siempre es un componente necesario de una estrategia de *Macrodatos*.

Entre los sistemas que permiten interactuar con la realidad están los de *realidad virtual*, *la realidad aumentada* y *la realidad mixta o mezclada*. La *realidad virtual* es un sistema totalmente inmersivo en el cual a través de unos lentes conectados a una PC los sentidos del usuario son engañados para hacerlo creer que está en un entorno o mundo diferente al real. La posibilidad de manipular el entorno virtual abre grandes aplicaciones en el mundo de la ingeniería y los estudios ambientales. En el caso de *la realidad aumentada* el usuario tiene la posibilidad de colocar sobre la capa del mundo real, una digital, que podría pretender mejorar las condiciones del mundo real.

En *la realidad mixta o mezclada*, el usuario puede manipular tanto los elementos físicos como virtuales. La tecnología permite al usuario sumergirse en el mundo que lo rodea e interactuar con él sin modificar sus condiciones en el mundo real. Se puede tener una mano en el mundo imaginario y la otra en el mundo real, lo que rompe los conceptos sobre lo que es imaginario y real, lo cual ofrece grandes posibilidades para aplicaciones en el mundo del trabajo o de la investigación.

Las tecnologías de *Macrodatos* y en particular el aprendizaje automático (AA) de las computadoras, plantean un gran potencial para generar conocimiento en el área ambiental. Los *Macrodatos* son activos de información que se caracterizan por los altos volúmenes, velocidad, variedad, valor y veracidad (5V). Son muchos los avances en las técnicas de teledetección, sistemas de ultra alta resolución y las tecnologías de extracción de información mediante sistemas de inteligencia artificial.

La técnica del *aprendizaje de máquinas* (*Machine Learning* o ML en inglés) es un subdominio de *la Inteligencia Artificial* (IA), y son en realidad algoritmos informáticos que pueden aprender automáticamente de los datos que manejan, por supuesto orientados por un profesional

conocedor del problema bajo análisis y entendiendo que la interpretación de las imágenes manejan el retorno al sensor de la información de primera superficie.

Los avances recientes en la infraestructura informática ha permitido desarrollar algoritmos potentes, capaces de manejar varias bandas espectrales, mediante técnicas de *aprendizaje profundo* o *Machine Deep Learning* (DL en inglés) que pueden extraer sin intervención humana directa y en modo *batch* [5], características jerárquicas de los datos, inclusive con un mejor rendimiento predictivo, siempre con un buen adiestramiento a la máquina. Estas potencialidades tienen un gran valor cuando se requiere la extracción de información útil de una gran cantidad de datos de manera autónoma y en casi tiempo real.

Es indudable que la novel Ciencia de la Geomática, para el caso específico de la situación en materia ambiental en el AMO, posibilitaría unas mejores herramientas para el monitoreo y control ambiental de la actividades mineras en esos territorios, permitiendo por ejemplo los análisis multitemporales de aquellos espacios que han sido continuamente afectados por actividades mineras legales e ilegales sin control, lo que permitiría una mejor contraloría social en manos de centros de investigación, universidades e investigadores particulares interesados en el seguimiento estricto a las actividades mineras en el área del AMO.

Las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EvIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIASC) como actividad de Control Previo y las Evaluaciones Ex Post como herramienta de seguimiento y control

Evaluaciones de Impacto Ambiental (EvIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIASC) como actividad de Control Previo

Según Lairet (2019) las Evaluaciones de Impacto Ambiental y Sociocultural (EvIA), aplicables a Políticas, Planes, Programas y Proyectos (PPPP), corresponden a un proceso administrativo que da apoyo

[5] Se entiende por operación de extracción de información en *batch*, al procedimiento computacional que permite la extracción o el análisis de lotes de datos, generalmente durante las horas nocturnas de inactividad, para minimizar el impacto del uso de grandes cantidades de potencia informática. Para condiciones de volúmenes muy grandes de datos la extracción por lotes puede ser un buen enfoque.

a las políticas públicas relacionadas con la materia ambiental. Es un instrumento analítico, de carácter racional y anticipativo y en apoyo a la toma de decisiones. Su uso y aplicación apoya en el mediano y largo plazo, tanto al ambiente como al proyecto. Desde el punto de vista del proyecto, permite la selección de las tecnologías y procesos adecuados, que minimicen los impactos negativos al ambiente, potencien aquellos positivos y permite una inserción armónica de este al entorno. Desde el punto de vista del ambiente y de las comunidades ubicadas en el área de influencia del proyecto, se logran diseños adecuados, así como una mayor aceptación social a las inversiones.

El mismo autor señala que Evaluación de Impacto Ambiental es el proceso en apoyo a la toma de decisiones, que se realiza a PPPP y en diferentes ámbitos geográficos, que se sustenta en un análisis técnico previo para predecir y evaluar los efectos de las acciones del desarrollo sobre los componentes del ambiente físico-natural y socio-cultural y proponer cambios en la planificación y diseño de estrategias de acción o las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas, a los fines de verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales contenidas en la normativa legal, y determinar los parámetros ambientales que conforme a la misma deban establecerse. La Evaluación de Impacto Ambiental según la Ley Orgánica del Ambiente (2006), en su *Artículo 3* la define como:

> *... un proceso de advertencia temprana que opera mediante un análisis continuo, informado y objetivo que permite identificar las mejores opciones para llevar a cabo una acción sin daños intolerables, a través de decisiones concatenadas y participativas, conforme a las políticas y normas técnicas ambientales.*

El Estudio de Impacto Ambiental y Sociocultural (EIASC) es un documento de carácter técnico orientado a predecir y evaluar los efectos del desarrollo de una actividad sobre los componentes del ambiente (naturales o sociales) y proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas, a los fines de verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales contenidas en la normativa legal vigente en el país, y determinar los parámetros ambientales, que conforme

a las mismas, deben establecerse para cada programa o proyecto. En Venezuela según la Ley Orgánica del Ambiente (2006) en su *Artículo 3*, define a los EIASC como la:

> *... Documentación técnica que sustenta la evaluación ambiental preventiva y que integra los elementos de juicio para tomar decisiones informadas con relación a las implicaciones ambientales y sociales de las acciones del desarrollo.*

Todo proyecto de ingeniería implica diferentes fases que incluyen: Prefactibilidad; Factibilidad; Básica y de detalle; Ejecución; Construcción; Puesta en marcha; Operación; Mantenimiento; Clausura y Desmantelamiento. Lo recomendable es que la componente ambiental se introduzca en las fases más tempranas, por lo tanto todas las actividades y proyectos desarrollados por empresas del Estado o del sector privado deben realizar una Evaluación de Impacto (EvIA) y un Estudio de Impacto Ambiental y Sociocultural (EIASC) los cuales deben ser documentos públicos como lo establece la ley, acción que hasta el momento no se ha ejecutado, a pesar de que las actividades de extracción tienen más de tres años.

La evaluación Ex post

La Evaluación Ex post de las políticas, planes, programas y proyectos de minería corresponde a la última fase del ciclo de la actividad y tiene como objetivos específicos:

1. Conocer la eficacia en lograr los resultados esperados del proyecto;
2. Definir con absoluta precisión los impactos en todos los alcances ambiental, económico y social en el marco de la sostenibilidad;
3. Medir si se cumplieron los objetivos establecidos y determinar la calidad del cumplimiento de los mismos;
4. Analizar si se alcanzaron los beneficios en lo económico y social del proyecto *per se* y de las comunidades en el área de influencia directa e indirecta del proyecto;

5. Determinar si la Evaluación pre y *ex post* apoyaron en el proceso de la toma de decisión a los entes promotores y controladores del proyecto (ministerios responsables del área minera y ambiental); y
6. Considerando los resultados de la fase 5 evaluar si existió capacidad institucional para llevar adelante el seguimiento y control de las actividades.

Toda evaluación *ex post* en el marco de la sostenibilidad busca determinar si los resultados alcanzados a lo largo del proyecto minero cumplieron con los objetivos establecidos, lo que permitiría a los grupos promotores y de control del Estado mejorar los resultados de proyectos similares en el futuro.

En materia de Ordenación del Territorio

El Estado Venezolano promulgó en el año de 1998 el Plan Nacional de Ordenación del Territorio (PNOT).

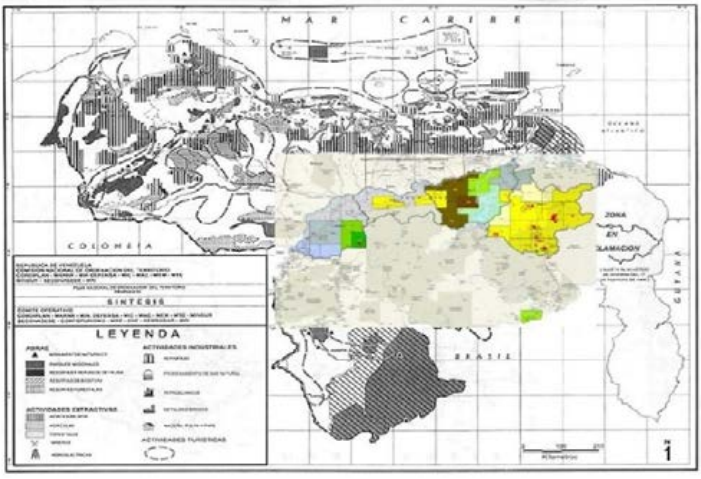


Figura 8. Mapa correspondiente al Plan de Ordenación del Territorio 1998, con capa superpuesta del AMO.

En el Plan de Ordenación del Territorio se da una orientación a la ubicación territorial de las actividades que se planteen desarrollar

apoyados en la evaluación de las potencialidades y restricciones que el ambiente plantea. La consulta debe ser presentada al organismo oficial responsable de controlar la materia ambiental y este emitirá una Autorización de Ocupación del Territorio.

El PNOT es el instrumento de apoyo a la toma de decisiones en materia de Ordenamiento del Estado e incluye:

- Marco de referencia del plan (en concordancia con el Plan de la Nación)
- Diagnóstico (evaluación integral de las potencialidades y restricciones)
- El Plan de Ordenación Territorial
  - Imagen objetivo
  - Estrategias del desarrollo
  - La población y distribución
  - Asignación de usos prioritarios
  - Localización de grandes infraestructuras industriales
- Pautas de administración del ambiente
- Guardería y vigilancia

Según el Plan para esa porción del territorio Nacional (áreas 3 y 4) que incluye el AMO, se deben acatar ciertas normas en cuanto a los planes de desarrollo:

Estructuración del Territorio:

3. Los Estados Anzoátegui, Apure, Barinas, Cojedes, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Táchira, Trujillo, Yaracuy, Zulia, *parte de Delta Amacuro y parte de Bolívar*. En esta área se creará todo tipo de condiciones necesarias para atraer selectivamente inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras, *con énfasis en el desarrollo sostenible de los recursos.*
4. En los Estados Amazonas y Bolívar *se aprovecharán los recursos naturales en la medida en que los resultados de investigaciones y estudios de impacto ambiental permitan definir y aplicar tecnologías, ritmos de explotación que aseguren el mantenimiento y el mejoramiento de la calidad del ambiente.*

El Estado Bolívar cuenta con un Plan de Ordenación del Estado que fue promulgado el año 1986 (vigente) y un Decreto del año 1995 (vigente), que avala lo establecido en el Plan de Ordenación.

Así como el Plan de Ordenación del Territorio da una orientación sobre las posibilidades mediante autorización de Ocupación del Territorio a las actividades que pueda llevar adelante el sector oficial o el privado, sean estos últimos, nacionales o extranjeros, a nivel Nacional o de Estado, la Gobernación del Estado Bolívar está en la obligación, mediante aprobación de la Asamblea Legislativa del Estado a establecer un Plan de Ordenación para el Estado, como se hizo según Decreto N°42 donde se establece el Plan de Ordenación del Territorio del Estado Bolívar, como quedó en Gaceta Oficial del Estado Bolívar del 31 de agosto de 1995 Núm. 44 Extraordinaria.

En uno de sus Considerando señala:

> *... Que es competencia del Ejecutivo Estadal el establecer directrices que orienten el desarrollo sostenible de la entidad a largo plazo, dentro de una concepción que fomente la racional repartición de los recursos humanos y económicos en el territorio del Estado Bolívar, procurando la organización de los espacios, logrando la mejor distribución de sus recursos, asegurando su preservación, conservación y disponibilidad, para satisfacer las necesidades de la presente y futuras generaciones.*

En su ***Sección V Relativa al Uso Minero***, del Decreto, en su *Artículo 19* establece los espacios en los cuales la explotación minera está autorizada y se adjunta un mapa con los espacios señalados en el listado.

En el *Artículo 20* indican

> *... Las actividades de explotación de oro, diamantes y minerales asociados solo se permitirán en los espacios mencionados y señalados en el Mapa de Asignación de Usos del presente Plan. Las actividades de exploración y explotación de minerales diferentes al oro y diamante, en cualquier área del Estado Bolívar, estarán sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en la normativa legal vigente.*

Por lo antes expuesto, el Estado venezolano, a través de empresas nacionales e internacionales que tengan planteado la planificación, construcción de instalaciones para la extracción de los recursos minerales existentes en el AMO deben respetar el Marco Jurídico vigente, y proceder con la actividad minera siguiendo las normas y procedimientos que la República ha establecido.

¿Es posible una minería responsable en el AMO?

Si, el área en la cual el Estado venezolano ha iniciado en forma irregular la explotación de sus recursos mineros, sin considerar los procedimientos que por ley se deben seguir para adelantar una actividad como la planificada. La actividad minera siempre se ha caracterizado por un alto nivel de impacto ambiental, tanto en las áreas de influencia directa como indirecta, por sus efectos en el ambiente, tanto en su componente natural como sociocultural en los espacios en los cuales esta actividad se ha desarrollado.

Contestando la pregunta planteada en el título de este aparte del capítulo: Si, es posible una minería responsable en el AMO, existen métodos para acometer una minería responsable. En general se entiende como *minería responsable* a la que considera el impacto al ambiente y a la comunidad que se encuentra en su área de influencia sea esta directa o indirecta, y sobre todo porque sigue las pautas establecidas por el Marco Jurídico del país en el cual se desarrolla. Más aún, Robert Goodland (2012) señala que es:

> *... responsable quiere decir, tener la capacidad de tomar decisiones morales y por consiguiente poder rendir cuentas; ser susceptible de revisión legal o en caso de fallas a penalidades; basarse o caracterizarse por su buen Juicio o sensatez; ser honesto, capaz, confiable. Dichas decisiones, sensatez y buen juicio requieren mucha información.*

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es muy evidente tomando en consideración los aspectos tratados en los otros capítulos del libro, que en el sur del país, en especial en los

Estados Bolívar y Amazonas, se están dando situaciones reñidas con las ideas planteadas en este capítulo. Para llevar adelante las actividades de la industria minera:

- Se debe contar con la voluntad política para recuperar la institucionalidad, la gobernanza y la gobernabilidad en el Estado Bolívar,
- Las empresas, sean estas nacionales o extranjeras, deben tomar en cuenta las herramientas mencionadas para llevar adelante sus actividades respetando las potencialidades y restricciones que plantea el ambiente,
- Se debe dar estricto cumplimiento al Marco Jurídico vigente,
- Se deben realizar las Evaluaciones de Impacto Ambiental con su respectivos Estudios de Impacto Ambiental y Socioeconómico y cultural, y sus resultados deben hacerse públicos, como lo establece la ley,
- Se deben sostener reuniones informativas con las comunidades afectadas, en especial las indígenas, durante las diferentes fases del proyecto y de la Evaluación de Impacto Ambiental (EvIA), para mantener informada a la colectividad sobre los hallazgos de la EvIA.
- Los organismos del Estado deben respetar lo establecido en el Título II Espacio Geográfico y de la División Política *Capítulo VIII- De los derechos de los Pueblos Indígenas*, en el cual se *reconoce el derecho de las comunidades indígenas a* recibir información previa y a ser consultadas sobre actividades de aprovechamiento de los recursos naturales.
- Se deben minimizar los enfrentamientos y conflictos en el área.
- Realizar esfuerzos sustantivos para mejorar las condiciones de salud y de seguridad de la población residente y que lleva adelante actividades mineras en el área.

Teniendo claro la situación en Guayana y en particular en el área minera, se puede tomar como guía lo planteado por Juan Hölderlin en su obra poética *Pathmos* en la cual señala: ***Allí donde está el peligro/ también crece el poder salvador***. Los problemas que aquejan a la humanidad y en particular en materia ambiental plantean una amenaza

o un peligro, como el caso de la minería en Guayana, y un gran reto que nos obliga a entender que estamos limitados, por los momentos, al planeta Tierra, del cual somos hijos y ciudadanos de él, pero no lo reconocemos como ***casa común***, hecho señalado por Edgar Morin y el Santo Padre Francisco en su Encíclica *Laudato ´si*.

Sven Lindqvist en su libro *Exterminad a todos los salvajes* comienza con una frase que es a la vez una provocación, una promesa y una exposición de principios que asoma la situación imperante en nuestro país y en particular por el desarrollo de la actividad minera en el AMO: *Tú ya sabes lo suficiente. Yo también lo sé. No es conocimiento lo que nos falta. Lo que nos hace falta es coraje para darnos cuenta de lo que sabemos y sacar conclusiones* y podríamos agregar ***lo que debemos hacer, actuar.***

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial jueves 30 de diciembre de 1999, Número 38.860, Caracas, Venezuela, 1999.

GONZÁLEZ DELUCA, M. *Negocios y Política en tiempos de Guzmán Blanco,* CDCH/ Universidad Central de Venezuela, Caracas ,1991.

GONZÁLEZ, E.J.; BUROZ, E.; LAIRET, R. (EDS.), En prensa. *Calidad de las Aguas en Venezuela*. En: A. DE LA CRUZ, K. VAMMEN & G. ROLDÁN (eds.). *Retos de la Calidad de las Aguas en las Américas. Perspectivas de las Academias de Ciencias*. Interamerican Network of Academies of Sciences (IANAS), México, 2018.

GOODLAND, Robert, *Responsible Mining: The Key to Profitable Resource Development,* Sustainability 2012,*4*, 2099-2126; ISSN 2071-1050, doi:10.3390/su4092099.

HÖLDERLIN, J, C. F. *Pathmos (Los Últimos Himnos 1800-1803).* En *Hölderlin Poesía Completa.* Edición Bilingüe, Ediciones 29, ISBN: 84-7175-126-7, Madrid, 41-08022 Barcelona, España.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS (INE), XIV Censo Nacional de Población y Vivienda. Resultados por Entidad Federal y Municipios del Estado Bolívar, 2014.

LAIRET, R. *La Geomática en Venezuela. Breve reseña histórica 1935-2013.* Memorias de la V Jornada Nacional de Geomática, Caracas, Venezuela, 2013.

LAIRET, R. *Capítulo XX. Instrumentos para la evaluación ambiental* en *Fundamento de Ingeniería Ambiental*. Publicación de la Academia de Ingeniería y el Hábitat Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, ANIH Griselda Ferrara de Giner, Manuel Torres Parra, Eduardo Buroz y Rafael Lairet (eds), 2019. ISBN: 978-980-7106-08-5.

Depósito legal: DC2019000773. Versión digital en https://www.cleanpng.com/png-environmentalengineering-natural-environment-clea-5836385/download-png.html

LAIRET, R. y RODRÍGUEZ, E. *Región de Guayana* en la Colección *Venezuela y su Geografía.* Editorial Minerva, Caracas, Venezuela, 1989.

LINDQVIST, Sven, *Exterminad a todos los salvajes.* Colección Armas y letras, ISBN 10: 8475066097 ISBN 13: 9788475066097 Publisher: TURNER PUBLICACIONES S.L., 2004, Madrid, España.2004.

LANEY, D., \3-D *Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*, META Group Research Note, February 6. 2001. http://goo.gl/Bo3GS

LOZADA, J. *Una visión histórica de la minería de oro en la Guayana Venezolana.* Technical Report. 2016.

https://www.researchgate.net/publication/308063372_Una_vision_historica_de_la_mineria_de_oro_en_la_Guayana_Venezolana?ev=prf_pub

MINISTERIO DEL AMBIENTE Y DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES. *Plan de Ordenación Territorial Estado Bolívar*. Comisión Estadal de Ordenación Territorial en colaboración con la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) y sus empresas filiales, Gobernación del estado, Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC), Ministerio de Energía y Minas (MEM), Ministerio de Agricultura y Cría (MAC), Ministerio de Desarrollo Urano (MINDUR), entre otros. 1986.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley Orgánica del Ambiente* Gaceta Oficial Nº 5.833 Extraordinario del 22 de diciembre de 2006.

REPÚBLICA DE VENEZUELA, GOBERNACIÓN DEL ESTADO BOLÍVAR. *Plan de Ordenación del Territorio del Estado Bolívar*, Decreto N° 42 Año MCMXCV, Ciudad Bolívar 31 de agosto de 1995, N° 44 Extraordinario.

REPÚBLICA DE VENEZUELA. *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* publicada en gaceta Oficial de la República de Venezuela, 11 de agosto de 1983 Número 3.238 Extraordinario, Caracas, Venezuela, 1983.

REPÚBLICA DE VENEZUELA. *Plan de Ordenación del Territorio.* Decreto N° 2945, publicado en la Gaceta Oficial N° 5277 del 26 de noviembre de 1998.

RODRÍGUEZ, M. Adelina. *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela* 1880, p. 51 en *El colapso del Callao: la crisis de la producción aurífera en Guayana a fines del siglo XIX,* 2014.

TAPIA-SILVA, F. O. *Avances en geomática para la resolución de la problemática del agua en México* Tecnología y Ciencias del Agua, vol. V, núm. 2, marzo-abril, 2014, pp. 131-148 Instituto Mexicano de Tecnología del Agua Morelos, México, 2014. ISSN (Versión impresa): 0187-8336 revista.tyca@gmail.com

UNGLOBAL PULSE BIG DATA Prime United Nations. 2013.

file:///C:/Users/Rafael%20Lairet/AppData/Local/Temp/Primer-2013_FINAL-FOR-PRINT.pdfb

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR. *Arco Minero del Orinoco, implicaciones ambientales, socio culturales y geopolíticas*, Curso de Desarrollo Sostenible para estudiantes de la Maestría en Desarrollo y Ambiente, USB, 2020.

VIDEOCONFERENCIA INFORME ONU SOBRE DELITOS DE LESA HUMANIDAD (CASO VENEZUELA). 01 DE OCTUBRE DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN AL FORO A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 883-892 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta videoconferencia para exponer una visión jurídica multidisciplinaria sobre las consecuencias del ***Informe de las Naciones Unidas sobre la comisión de delitos de lesa humanidad en Venezuela***[1]. Esta transmisión es posible gracias al patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas.***

*

El 16 de septiembre de 2019 conocimos el aterrador Informe de la Misión Independiente designada por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sobre Venezuela, en el que se (i) describen y documentan las prácticas sistemáticas de violaciones agravadas de derechos humanos ocurridos en el país desde 2014, constitutivas algunas de crímenes de lesa humanidad, (ii) ejecutadas como políticas de Estado por el régimen de gobierno, consistentes en ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, para finalmente (iii) identificar a los responsables de esas violaciones y crímenes.

El Informe de la Misión Independiente de las Naciones Unidas sobre Venezuela es la más ***ostensible constatación***, ***documentación*** y ***declaración objetiva*** de que estos últimos 20 años el autoritarismo en Venezuela socavó profunda y gravemente el estado democrático y social de derecho mediante el progresivo desmantelamiento de sus instituciones, con el trágico debilitamiento de la dignidad y los derechos humanos de todos los venezolanos.

En su lugar se instaló una dictadura totalitaria que hoy controla casi todos los aspectos de la vida política, social y económica del país.

[1] Disponible en Web: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_33_UnofficialSpanishVersion.pdf]

La degradación institucional derivó en una crisis humanitaria compleja, caracterizada por sumir a los venezolanos en una terrible precariedad y vulnerabilidad alimentaria, sanitaria, de seguridad personal y de prestación de servicios básicos, jamás vivida por nuestra nación y que ya comienza a sentirse en la región. Más de 5 millones de desplazados y 7 millones de personas en situación de extrema pobreza en territorio venezolano. Una situación radicalizada por la pandemia del COVID 19 y por el confinamiento.

El Informe de la Misión Independiente constituye una opinión técnica sobre la presunción de responsabilidad penal incurrida por la comisión de crímenes de lesa humanidad. Se trata del tipo de crímenes tipificados en el ERCPI como los hechos punibles más graves que afectan el orden público internacional, los derechos fundamentales de la humanidad y La Paz.

Recordemos que el ERCPI es el resultado institucional patrocinado por la ONU para dar respuesta sancionatoria, con carácter universal, a las atrocidades contra la humanidad que se cometan en cualquier país. Hay que recordar que el nacimiento de una jurisdicción internacional penal tomó más fuerza luego de los lamentables crímenes ocurridos en la antigua Yugoslavia y Ruanda.

El Informe de la Misión Independiente se fundamenta en el estándar metodológico que debe y puede satisfacer a un observador objetivo y normalmente prudente de que el incidente investigado se produjo tal como fue descrito con un grado razonable de certidumbre. La metodología usada se apoyó en las más avanzadas tecnologías de la información, la documentación y las telecomunicaciones para poder establecer los posibles hechos criminosos, identificar a las víctimas y sus posibles victimarios[2]. Sin embargo, se debe destacar que el estándar utilizado

[2] Párrafo 11. Este este estándar se cumple cuando se reúne información fáctica que satisfaga a un observador objetivo y normalmente prudente de que el incidente se produjo tal como fue descrito con un grado razonable de certidumbre. El estándar de prueba se aplica para identificar la comisión del crimen y la responsabilidad del perpetrador. Este estándar de prueba es inferior al que se aplica en procedimientos penales para fundamentar una acusación, pero es lo suficientemente alto y serio para sostener que se justifican la realización de ulteriores investigaciones. La determinación de la responsabilidad penal individual de las personas mencionadas en esta sección debe ser realizada por las autoridades judiciales competentes, sean nacionales o internacionales.

por la misión es el más parecido al primer estándar de investigación (fundamento razonable) utilizado durante el examen preliminar de la Corte Penal Internacional.

El informe y las actividades de la Misión no son un juicio que implique ***per se*** responsabilidades penales directas, sino el elemento más contundente, fehaciente y riguroso que se ha llevado a cabo para sentar un precedente sobre violaciones a derechos humanos cometidas en Venezuela, que puedan ser (i) susceptibles de actos de juzgamiento por la Corte Penal Internacional o (ii) por cualquier otro Estado, atendiendo al principio de la justicia universal.

El informe de la misión internacional independiente deja clara la responsabilidad de los funcionarios del Estado venezolano, en especial de aquellos que ostentan cargos de superiores, al documentar asesinatos en protestas, represión y persecución contra políticos opositores, ejecuciones extrajudiciales en el marco de operaciones de seguridad, violencia sexual, tortura, tratos crueles y degradantes, violaciones al debido proceso, complicidad de los funcionarios judiciales y del Ministerio Público, encarcelamientos por motivos políticos, y el uso de la justicia militar contra civiles. La determinación de las responsabilidades de los superiores, tanto civiles como militares, será trascendental en la lucha contra la impunidad en atención a los crímenes cometidos en Venezuela, así como en la búsqueda de justicia, verdad, reparación y no repetición de los crímenes cometidos. (Esto es un decálogo en DDHH y derecho internacional penal)

Se hace aún más grave y aberrante la conducta de un Estado que comete crímenes de lesa humanidad, al indicarse que se trata de una política planificada y sistemática de la que tienen conocimiento altos funcionarios del gobierno, como el presidente de la república, el ministro de relaciones interiores y de justicia y el ministro de la defensa, entre otros. Los primeros hallazgos de la misión indican que tal política estaría basada en el aplastamiento de la disidencia y en el supuesto control de la delincuencia.

Se señala que "*Los autores directos de los delitos documentados en el informe son responsables de sus actos. Sus supervisores inmediatos y otras personas de la cadena de mando que tenían o debían*

tener conocimiento de los delitos, tenían un control efectivo sobre sus subordinados y no adoptaron medidas adecuadas para prevenir o sancionarlos, también son responsables de sus conductas delictivas, sus actos deben ser debidamente investigados y las autoridades judiciales competentes deben determinar su responsabilidad penal individual."[3]

Desde el punto de vista orgánico, el informe señala que esas graves violaciones a los derechos humanos fueron cometidas por el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin), la Dirección General de Contrainteligencia Militar (DGCIM), la Fuerzas de Acciones Especiales (FAES), la Policía Nacional Bolivariana (PNB), el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), y la Guardia Nacional Bolivariana. Asimismo, constató el Informe referencias en documentos oficiales sobre la incorporación de actores civiles en la vigilancia de la población y mantenimiento del orden público. Entre estos actores están los colectivos, consejos comunales, los comités locales de abastecimiento y producción (CLAP) y las organizaciones de base del poder popular, destacando que los colectivos tienen voceros y comunicación constante con el presidente y se les paga por sus servicios bajo la excusa de contratos de administración de programas sociales del gobierno y en algunos casos como parte de las fuerzas de seguridad del estado.

Además de esos órganos, en el Informe se identifica el Tribunal Supremo de Justicia como uno de los factores estructurales que contribuyeron a las violaciones.

La misión internacional estudió 223 casos individuales y examinó 2.891 violaciones de derechos humanos, corroborándose patrones de violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

Concluye la Jefa de la Misión en un comunicado que:

> "*Hay motivos razonables para creer que las autoridades y las fuerzas de seguridad venezolana han planificado y ejecutado desde 2014 graves violaciones de los derechos humanos, algunas de las*

[3] Párrafo 166. Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela - A/HRC/45/33, 16 de septiembre de 2020. Disponible en web: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_33_UnofficialSpanishVersion.pdf].

cuales -incluidas las ejecuciones arbitrarias y el uso sistemático de la tortura- constituyen crímenes de lesa humanidad."[4]

También de gran importancia resulta el señalamiento contenido en El Informe de la Misión Independiente en el sentido de que las violaciones documentadas se produjeron en medio de una ruptura gradual de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho desde 2014.

Tal como lo denunció la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en varios de sus pronunciamientos, el régimen burló progresivamente y sistemáticamente el principio constitucional de separación de los poderes al obstaculizar y anular la función del poder legislativo, a la vez que, recurrió a la artificial e inconstitucional figura de una Asamblea Nacional Constituyente para convertirla en "un poder legislativo de facto" y usurpar la función parlamentaria de la Asamblea Nacional, a través de sus representantes legítimos como depositarios de la soberanía popular.

El Informe de la Misión Independiente también señala como factor estructural que abona a las violaciones encontradas, los más de 25 estados de excepción decretados por el presidente para "autohabilitarse" a dictar amplias medidas económicas, sociales y de seguridad, sin la aprobación de la Asamblea Nacional como lo exige la Constitución y una vez más con la actuación cómplice del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Constitucional.

Esta situación también fue igualmente denunciada por esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales en pronunciamientos en los cuales alertó de la inconstitucionalidad e irregularidad de esos estados de excepción inconstitucionalmente dictados para amparar la arbitrariedad de quienes perpetraron sin control estos graves delitos de lesa humanidad.

No puede dejar de hacerse mención que, en el informe se indica que "*Hasta agosto de 2020, hay más de 85 investigaciones o procedimientos penales, en 21 jurisdicciones extranjeras distintas, acusando a personas venezolanas, incluidos actores políticos y militares de alto rango,*

[4] Naciones Unidas, Consejo de Derecho Humanos. "Venezuela: Informe de la ONU insta a la rendición de cuentas por crímenes de lesa humanidad", 16 de septiembre de 2020. Disponible en web [https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26247&LangID=S]

de delitos relacionados con la corrupción. En estos casos se alega la apropiación indebida de trillones de dólares de recursos públicos"[5].

La Misión solicita que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional tenga en cuenta la necesidad de que se haga justicia oportunamente a las víctimas de los crímenes investigados por la Misión y a los que están bajo su consideración.

**

Para analizar los aspectos jurídicos más relevantes que plantea el Informe de la Misión Internacional Independiente y contribuir a su difusión y concientización de la gravedad del asunto, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales organizó este foro con varios de sus miembros numerarios y extendió la invitación a otros conocidos profesores, especialistas en la materia.

1. Empezaremos con la exposición del profesor Juan Méndez (Ex relator de la ONU contra la tortura y Profesor de Derecho Internacional Público en la American University), quien hará consideraciones sobre el tema del **"Informe de la Misión Internacional Independiente y la lucha contra la impunidad de los Crímenes de lesa humanidad".**
2. Seguidamente, intervendrá el académico Dr. Héctor Faúndez Ledesma, reconocido especialista en la materia del derecho internacional de los derechos humanos, miembro de la Comisión Andina de Juristas, profesor titular de derecho internacional público en la Universidad Central de Venezuela, quien disertará sobre el tema**: "Naturaleza y efectos jurídicos del Informe de la Misión Internacional Independiente".**
3. Nos acompaña también en esta videoconferencia el profesor Carlos Ayala Corao, individuo de número y miembro de la Junta Directiva de la ACPS, Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas, profesor de derecho constitucional de derechos humanos, ex presidente de la Comisión Interamericana

[5] Párrafo 117, Informe de la Misión de Naciones Unidas sobre delitos de lesa humanidad, pág. 30. Disponible en web: [https://ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf]

de los derechos humanos, quien intervendrá con el tema: **"Los efectos del Informe de la Misión Internacional Independiente en el ámbito interno e internacional".**

4. La cuarta ponencia estará a cargo de un conocido especialista del derecho penal internacional, el Dr. Fernando M. Fernández, con el tema: **"Consecuencias penales del Informe de la Misión Internacional Independiente" .**
5. Seguidamente, el gran jurista Allan Brewer-Carías, individuo de número y expresidente de la ACPS, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela y autor de una abundantísima obra escrita sobre el derecho público en general y sobre esta materia en particular, nos dará cuenta del tema: **"Efectos del Informe de la Misión Internacional Independiente en el Estado de Derecho y en las elecciones"**.
6. La exembajadora y profesora de derecho internacional público de la Universidad Católica Andrés Bello, Milagros Betancourt, disertará sobre el tema de: **"La justicia de transición ante los delitos de lesa humanidad".**
7. Seguidamente, la Dra. Cecilia Sosa Gómez, individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y parte de su Junta Directiva, profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y expresidenta de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, expondrá el tema: **"La responsabilidad del Tribunal Supremo de Justicia según el Informe de la Misión Internacional Independiente en el ámbito interno e internacional".**
8. Para el cierre, el Dr. Alberto Arteaga Sánchez, individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, experto penalista y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, dará cuenta sobre la **"Situación de la justicia penal en Venezuela según del Informe de la Misión Internacional Independiente".**

***

Venezuela fue el primer Estado sudamericano en ratificar el Estatuto de Roma y el primero en violarlo. La Misión solicitó la activación de la **Justicia Universal** al sugerir a los otros Estados considerar la

posibilidad de iniciar acciones legales contra los individuos responsables de las violaciones y los crímenes identificados en su Informe.

El Informe de la Misión a su vez desactiva la neutralidad, la no injerencia o la autodeterminación de los pueblos como excusa tan invocada y manida por las autoridades venezolanas para excluir la atención internacional. El informe es un paso firme para activar la aplicación de los principios de solidaridad, cooperación internacional y a la protección internacional de los derechos humanos que tiene como protagonista al individuo, al ser humano, a un pueblo sufriente que clama por un punto final a tanta opresión. En fin, el Informe es un llamado a la comunidad internacional y a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para actuar diligentemente a favor de la paz y la no impunidad.

Como Academia de Ciencias Políticas y Sociales asumimos el compromiso de contribuir con la difusión de las ideas que faciliten la reinstitucionalización del estado, que es la lucha por el restablecimiento del Estado de Derecho, la Justicia y por la Democracia en nuestro país.

Hacemos votos por la renovación del mandato de la Misión para que puedan seguir investigando y documentando las graves violaciones a los derechos humanos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, aquellos cometidos en contra de indígenas como grupo vulnerable, la comisión del crimen de persecución a través de la utilización de los alimentos como un mecanismo de control, condicionamientos para poder acceder a los servicios de salud, despidos masivos de opositores al régimen en la administración pública, así como los crímenes ambientales que están siendo cometidos actualmente para poder financiar la maquinaria represiva del Estado.

Bienvenidos todos a este foro telemático. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones y deliberaciones que siguen.

Fort Lauderdale, 1 de octubre de 2020

MI TESTIMONIO SOBRE LA JUSTICIA PENAL.

DR. ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 893-898 ISSN: 0798-1457

Cuando me invitaron a esta video conferencia tuve la inclinación a no aceptar por tener comprometido mi tiempo en otra reunión virtual sobre la denominada "Ley Constitucional contra el Odio por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia", cuya derogación ha recomendado el informe de la Misión Internacional Independiente de la ONU hoy bajo estudio y que aparece como la amenaza máxima a la libertad ciudadana por cualquier declaración pública, mensaje o simple manifestación de disidencia.

Pero después de leer el nuevo documento he considerado un deber dar un testimonio sobre la justicia penal, a la cual he dedicado mi vida y dejar un mensaje a quienes sufren la tragedia de una injusta persecución.

1. Un familiar de un encarcelado político me decía hace algunos días que esta relación de hechos de la Misión de la Organización de las Naciones Unidas se quedaba corta ante la realidad de lo que ocurre en el calvario de un preso y de su familia. Creo que tiene toda la razón y, por ello, mi testimonio y mi mensaje. Un "tuit", una declaración o un discurso político puede llevar a la cárcel a cualquier disidente.
2. Cuando hablamos de los partidos políticos pareciera que hablamos de una entelequia o de complicadas cuestiones jurídico-penales y nos olvidamos de las víctimas, de sus familias y de quienes cumplen el papel de victimarios o de ejecutores de decisiones injustas o de tratos crueles o lesivos a la dignidad humana, verdaderos crímenes de lesa humanidad y, sobre todo, dejamos a un lado el sufrimiento, el dolor y la marca indeleble que dejan estos hechos en la vida de quienes padecen una injusta persecución.

3. Por ello, precisamente, este mensaje está dirigido, en primer lugar, a quienes no quieren o no pueden hablar, a quienes están todavía en prisión… allí en el Helicoide, en Boleíta, en Plaza Venezuela, en Ramo Verde o en otro oscuro lugar de reclusión, en los cuales, como decía Nicmer Evans, recién indultado, es un privilegio ver el sol y no ser torturado…

   No podemos por ello dejar de pensar en las madres, esposas, hijos o allegados que llevan la comida a sus presos todos sometidos a requisas humillantes o con el reto de superar alcabalas que se multiplican con el pasar de los días.

   Es, sin duda, el submundo del dolor, del miedo, de la incertidumbre… que domina la vida diaria de los presos y que, por ello, cuando logran al menos la excarcelación, aunque sea con grilletes electrónicos y permanente vigilancia, se ven obligados por medidas inconstitucionales, a no declarar a los medios y aceptar una muerte civil sin asidero alguno legal.

   Pero el mensaje va dirigido también a quienes sufren exilio forzado o destierro ante la amenaza de una prisión inminente... Estos casos tienen rostros y a muchos los conocemos personalmente.
4. En segundo lugar, un mensaje a los jueces, fiscales, funcionarios y custodios que incumpliendo con sus deberes y sujetos a responsabilidad, dictan decisiones injustas, solicitan medidas ilegales u obedecen ordenes en franca violación a los derechos humanos por todo lo cual deben responder.

   Las fuerzas del orden deben actuar conforme a derecho, nadie puede ser privado de su libertad sino por una orden judicial y por hechos descritos en una ley dictada por la Asamblea; y la flagrancia solo se da cuando hay sorpresa en el delito, sin que ello tenga que ver con el carácter instantáneo o permanente del hecho. Por lo demás, un proceso penal sin garantías, no es un proceso, sino un ajusticiamiento y entre nosotros hay ajusticiamientos bajo el amparo de procesos o sin procesos por la actuación arbitraria de las fuerzas del orden.

   Esta doctrina no es ajena a lo que ustedes estudiaron y está en sus libros, e, inclusive, en decisiones de los mismos tribunales en asuntos que escaparon a la política.

El efecto Afiuni, condenada por "corrupción espiritual", la amenaza de destitución o el ofrecimiento de compensaciones políticas, no puede ser la guía de actuaciones de evidente y manifiesto contenido ilegal.

5. En tercer lugar mi mensaje está dirigido a quienes con nombre y apellido se encuentran mencionados en este informe o a sus familias a Juan Requesens, Gilber Caro, Leopoldo López, Antonio Ledezma, Roberto Marrero y, de manera especial, a mi discípulo, amigo, compañero profesor de derecho penal, juez de impecable trayectoria, Angel Zerpa, partícipe en el equipo de abogados que presentamos una solicitud de antejuicio de mérito contra los jueces de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que dictaron las sentencias 155 y 156 en marzo de 2017 y que igualmente, solicitamos la investigación del CNE por la convocatoria de la constituyente sin referéndum popular.
6. Y, en cuarto lugar, este mensaje quiere tener como destinatarios, a quienes no forman parte de este informe pero que no pueden ser relegados al olvido: los policías metropolitanos del 11-F (18 años en prisión) y a los hermanos Guevara (desde 2004 por el caso Danilo Anderson), al general Baduel, condenado, al parecer, a pena perpetua y, de manera particular, a Franklin Brito, luchador incansable por sus derechos y a su viuda Elena en compañía de sus hijos, a quien tuve el honor de representar en una denuncia, que fue desestimada, sin que se nos oyera ante ningún tribunal; o, entre otros, a Yendrix Sánchez de quien nadie se acuerda y cuyo sueño no fue otro que aparecer en los medios realizando un acto de exhibicionismo, su sueño y máxima realización, sin ánimo alguno delictivo, imputado y encarcelado por ofensas al presidente y asociación para delinquir de la ley contra la delincuencia organizada.

Finalmente, un mensaje a todos los que sufren el dolor de una prisión injusta y a los operadores de la justicia penal, en especial, a los abogados defensores de los derechos humanos, muchos impedidos de asumir una defensa … para todos la más seria reflexión y el más vehemente llamado a continuar en la lucha, para que cese la persecución por

la condición de ser disidentes y para que la justicia penal venezolana rescate su dignidad, y deje de ser, como lo es hoy, un instrumento de venganza política, escenario de la más cruel y descarada violación de los derechos humanos.

¡Muchas gracias!

EL INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS.

DR. HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA.

El informe que hoy comentamos no es el producto de la improvisación o la arbitrariedad. Previamente, misiones de investigación de hechos han sido establecidas en casos de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, por la Asamblea General, por el Consejo de Seguridad, por la antigua Comisión de Derechos Humanos, o ahora, por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Luego de numerosos llamados de atención de Relatores Especiales o de Grupos de Trabajo de Naciones Unidas, esta misión es el producto de *una decisión meditada*, adoptada por un órgano *del cual Venezuela forma parte*.

Estas misiones *no van a cualquier sitio*. Van a sitios declarados como *el reino de la arbitrariedad y la tortura*; van *a donde es necesario erradicar la impunidad* de graves violaciones de derechos humanos. Van a *países caracterizados por la intolerancia* de los que mandan, y por el uso generalizado de la violencia en contra de las voces disidentes; van *a sitios donde se están cometiendo atrocidades inimaginables*, que deben ser denunciadas, y a las que debe ponerse freno.

El contenido de este informe *no tiene nada de sorprendente*, y no agrega nada que los venezolanos no supieran; es el resultado de años de advertencias y llamados de atención, pidiéndole al gobierno de Venezuela que rectificara. Es el resultado de una represión que no ha cesado, que va *in crescendo*, que *ya ha dejado miles de víctimas*, y que la comunidad internacional no podía ignorar.

Este informe es el producto de un mandato del Consejo de Derechos Humanos.

En su Res. 42/25, del 27 de septiembre de 2019, el Consejo de Derechos Humanos expresó, entre otras cosas, su grave preocupación por la alarmante situación de los derechos humanos en Venezuela, que incluye patrones de violaciones de todos los derechos humanos; hizo

saber su alarma por la erosión del estado de derecho, su profunda preocupación por los –en ese momento- *más de 4 millones de personas forzadas a emigrar*, e hizo notar que la fiscalía de la Corte Penal Internacional ya había decidido abrir un examen preliminar para analizar crímenes de su competencia, cometidos en Venezuela.

La Res. 42/25 condenó firmemente todas las violaciones y abusos de los derechos humanos cometidas en Venezuela; c*ondenó la muy extendida represión y persecución política*, incluyendo detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, ejecutadas por las fuerzas de seguridad y grupos civiles armados, y d*eploró el abuso sistemático de las instituciones del Estado*, acelerando la erosión del imperio de la ley y de las instituciones democráticas. Preocupado por las violaciones a los derechos humanos ocurridas desde 2014, el Consejo de Derechos Humanos está igualmente alarmado por una práctica que no ha cesado, por lo que la resolución 42/25 urgió a las autoridades de Venezuela a poner freno, condenar, castigar y prevenir todo acto de persecución política; llamó a cesar y prevenir el uso excesivo de la fuerza durante manifestaciones, deploró la denegación sistemática de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación, observó que *la impunidad ha envalentonado a los perpetradores* y ha ignorado a las víctimas, y llamó a restaurar la independencia del sistema de justicia y a asegurar la imparcialidad de la Fiscalía.

Mediante su Res. 42/25, el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer, por un año, una Misión internacional independiente de determinación de los hechos, "para que [investigara] las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos desde 2014, a fin de asegurar la plena rendición de cuentas de los autores y la justicia para las víctimas.".

Por mandato del Consejo de Derechos Humanos, para elaborar su informe, la misión ha *investigado*, realizado entrevistas, ha establecido *patrones* de represión, y ha indicado el *perfil* de las víctimas de la misma. Con la información obtenida, estableció hechos que configuraban violaciones de derechos humanos y que, a la vez, constituían *crímenes* de lesa humanidad.

La Misión estableció una *cadena de mando* en la perpetración de esos hechos y señaló a responsables de los mismos. Señaló que había motivos razonables para creer que determinadas autoridades eran responsables de esos crímenes, ya sea porque *ordenaron o porque contribuyeron* a la comisión de los delitos documentados en el informe.

El informe subraya que el propio poder judicial se ha convertido en un instrumento de represión, y documentó casos en que *miembros del poder judicial participaron, por acción o por omisión, en la perpetración de graves violaciones* de los derechos humanos.

El informe hace constar que, por resolución del Ministro de Defensa, se creó y activó, dentro de la FAN, una "*fuerza de choque*", autorizada para intervenir en reuniones y manifestaciones públicas, y para utilizar la "*fuerza letal*" si lo consideran necesario. Asimismo, el informe hace constar, también, que el Comandante de la Guardia Nacional hizo circular un "manual" para uso de la GN en materia de orden público, que describe como "*enemigos internos*" a quienes mantengan "*posiciones opuestas a las políticas del gobierno*". Esa es una reedición de la tristemente célebre "doctrina de la seguridad nacional", de la que se valieron las dictaduras del cono sur de América Latina.

Sin desvirtuar ninguno de los hechos que allí se refieren, voceros del gobierno (el Ministro de Relaciones Exteriores Jorge Arreaza, el Fiscal General de la República Tarek William Saab, el Defensor del Pueblo Alfredo Ruiz, y el embajador Jorge Valero, entre otros) han dicho que el informe fue preparado por un grupo de mercenarios. Pero éste es el informe de una misión internacional independiente, establecida por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *del cual Venezuela forma parte*, e integrada por personas con una trayectoria intachable. Éste es *un órgano técnico*, creado por el Consejo de Derechos Humanos y que, como tal, ha actuado en su nombre.

Es en ejercicio de ese mandato que dicha misión ha investigado, y ha constatado la comisión de graves violaciones de derechos humanos que, a la vez, forman parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil, y que constituyen crímenes de lesa humanidad.

Los hechos establecidos por la Misión no son los de una instancia jurisdiccional; pero tienen el valor y la autoridad que les confiere el

haber sido establecidos por un órgano independiente, cuya metodología le permitió evaluar toda la información creíble que estaba disponible, y que fue debidamente verificada y contrastada. *Este informe es lo más cercano a una acusación penal.* En su momento, esos hechos tendrán que ser debidamente considerados por la fiscalía de la Corte Penal Internacional y por otras instancias pertinentes.

La misión ha hecho recomendaciones a las autoridades venezolanas, y a la comunidad internacional. Entre las primeras, algunas se refieren a la responsabilidad por los hechos ocurridos desde 2014 en adelante, y otras al deber de cesar la represión, poner fin a la persecución política, cesar con la retórica que incita a la violencia, cesar con la práctica de las desapariciones forzadas, restablecer el sistema de justicia, o poner en libertad, en forma inmediata, a quienes tienen boletas de excarcelación o han cumplido sus condenas. Algunas requieren medidas específicas, como derogar la "Ley del odio", prohibir que los militares acusados de violaciones de derechos humanos sean juzgados por tribunales militares, ordenar, en forma inmediata y desde los más altos niveles de autoridad política, que cese la tortura en los cuarteles del SEBIN y en las instalaciones de la DGCIM, o desmantelar la FAES. Otras se refieren al restablecimiento de la institucionalidad democrática, como devolver a la Asamblea Nacional el ejercicio de sus funciones constitucionales, o son más generales, como la necesidad de registrar continuamente la actividad de los agentes de seguridad, mediante el uso de cámaras incorporadas a su cuerpo, o ajustar la legislación que regula las manifestaciones, para hacerla compatible con los estándares internacionales.

Entre las recomendaciones que se hace a la comunidad internacional, se recomienda a los demás Estados considerar la posibilidad de iniciar acciones legales [*ante sus propios tribunales*] contra los individuos responsables de las violaciones de derechos humanos y crímenes a que se refiere el informe. Asimismo, se recomienda que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional tenga en cuenta la necesidad de *que se haga justicia oportunamente*, a las víctimas de los crímenes denunciados en el informe.

Por tratarse de una práctica sistemática, que no ha cesado, el Consejo de Derechos Humanos sigue pendiente de este asunto, y podría

renovar el mandato de la Misión o, como ya lo anunciara en su res. 42/25, *si la situación continúa deteriorándose*, podría designar una Comisión de Investigación.

Este informe es parte de *un mecanismo de intensidad creciente*, con el que no se han agotado las medidas internacionales *para lograr dos objetivos fundamentales: 1) restablecer el respeto* de los derechos humanos en Venezuela, y 2) *perseguir y castigar* a los responsables de *crímenes internacionales* que, en su mayoría, son de competencia de la Corte Penal Internacional, o que pueden ser objeto de la jurisdicción universal de los Estados.

Ante este informe desgarrador, llama la atención que, desde el Gobierno de Venezuela, no haya un gesto de vergüenza o de empatía con las víctimas y que, por el contrario, se mire el informe como un conjunto de fantasías e inventos de los miembros de la misión o de quienes les relataron estos hechos. Es como si todo el contenido del informe fuera desconocido para los que hoy dan las órdenes en Venezuela, dirigen los cuerpos policiales y militares, controlan los centros de detención oficiales o clandestinos, y manejan el sistema de justicia. No es primera vez que ocurre algo semejante. Cuentan que, en una oportunidad en que un grupo de turistas alemanes visitaba el Guernika, entonces en la ciudad de Nueva York, con cierto desprecio por las escenas dantescas que allí se reflejaban, uno de ellos le preguntó a Picasso: "¿Esto lo hizo usted?" La respuesta de Picasso habría sido: *"¡No. Esto lo hicieron ustedes!"*.

EFECTOS DEL INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO Y EN LAS ELECCIONES.*

DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS.

* Texto preparado para la intervención en el evento "*Informe ONU sobre delitos de lesa humanidad caso Venezuela)*," Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1 de octubre de 2020, Via Zoom. Universitas Fundación.

Páginas: 907-924 ISSN: 0798-1457

I

Después de haber enviado a Venezuela, el 24 de septiembre de 2020, una Misión diplomática para verificar si se podían posponer las elecciones parlamentarias convocadas para diciembre de este año, abrir un espacio de diálogo y cambiar las condiciones existentes, la Oficina del Sr. Joseph Borrell, Alto Comisionado de la Unión Europea para las Relaciones Exteriores y Política de Seguridad, emitió una Nota de Prensa que se conoció anoche 30 de septiembre de 2020, en la cual se informó que:

> "actualmente no existen las condiciones para que se lleve a cabo un proceso electoral libre, justo y democrático."[1]

La verdad es que bastaba haber leído el ***Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, (21 pp) presentado e**l 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019; y haber leído las "***Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (443 pp.),***[2] en los cuales se presentaron las conclusiones de dicha Misión "respecto a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes,

[1] https://www.france24.com/es/20201001-la-ue-no-reconocer%C3%A1-las-elecciones-legislativas-en-venezuela-si-no-se-aplazan-los-comicios

[2] Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https:// www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

cometidos en el país desde 2014;" para haber llegado fácilmente a esa conclusión, sin necesidad de generar expectativas diplomáticas inútiles.

De dicho ***Informe*** y de las ***Conclusiones Detalladas***, estimo que pueden destacarse cinco aspectos fundamentales: primero el cuadro de horror que muestran sobre delitos y crímenes cometidos contra los derechos humanos; segundo, la determinación de que los mismos se cometieron como parte de una política de Estado; tercero, la calificación de los mismos como de crímenes de lesa humanidad; cuarto, la determinación de responsabilidades; y quinto, su desarrollo en una situación de ausencia de Estado de derecho.

II

El *primer aspecto* es que ambos documentos muestran, en forma clara y precisa un ***cuadro de horror***, ciertamente inimaginable, no sólo pasado sino actual - que está ocurriendo -, compuesto por funcionarios del horror, policías del horror, fiscales del horror, jueces del horror y custodios del horror, que el *Informe* resume dando cuenta, que los actos y conductas descritos en el mismo:

> "constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes -incluyendo violencia sexual y de género-, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela." (par. 151).

A esos hechos y conductas se agregan en el ***Informe***, los crímenes de:

> "asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas […] y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física."

Dichos crímenes, considera la Misión que constituyen "crímenes de lesa humanidad," y algunos de ellos, específicamente el crimen de

lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma" (par. 161).

En particular, en las ***Conclusiones detalladas*** se analizaron muchos de dichos crímenes, entre los que se destacar los relativos a la *represión política selectiva* (Capítulo III) y los cometidos en el contexto de "violaciones en un *contexto de seguridad o control social* (Capítulo IV), que la Misión igualmente consideró que algunos de ellos "pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución" (par. 2085), consistente:

> "una privación intencional y grave de los siguientes derechos: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a violación y otras formas de violencia sexual, y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios. En conjunto, estas violaciones pueden constituir actos de persecución, pero también pueden constituir distintos crímenes de lesa humanidad" (par. 2085).

En las ***Conclusiones detalladas***, en relación con este *crimen de "persecución,"* la Misión destacó lo que son sus "elementos material distintivos,"

> "a saber, el hecho de dirigirse a una o varias personas o a un grupo por motivos discriminatorios, se manifiesta cuando el ataque se basa, entre otras cosas, en "motivos políticos"." Las víctimas directas de los crímenes examinados en los Capítulos citados (III y IV) fueron objeto de ataques debido a su identidad como presuntos opositores políticos al régimen (par. 2085).

Para mayor claridad, la ***Misión*** especificó en las ***Conclusiones detalladas*** que esos crímenes incluyen:

> "a. El encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física en violación de las normas fundamentales del derecho internacional, los actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual, y otros actos inhumanos de carácter similar documentados en el Capítulo III (*Represión Política Selectiva),* así como los actos

> de tortura, violación y otras formas de violencia sexual, y otros actos inhumanos de carácter similar documentados en el Capítulo V (*Violaciones en el contexto de las protestas*).
> b. Los asesinatos (denominados ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales a lo largo del Informe), el encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física en violación de las normas fundamentales del derecho internacional, las desapariciones forzadas3647, los actos de tortura y otros actos inhumanos de carácter similar, cometidos contra miembros de la población civil en el contexto de operaciones de seguridad o control social" (par. 2087).

III

El *segundo aspecto* que quería destacar, es que todas las violaciones y crímenes reseñados y analizados por la ***Misión***, como dejó constancia en el ***Informe,*** formaron parte de ***una política de Estado***, teniendo la misma "motivos razonables para creer que la *mayoría*":

> "se cometieron en el marco de un *ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil*, con conocimiento del ataque, de conformidad con dos políticas estatales distintas o en apoyo de las mismas. En primer lugar, *se aplicó la política de silenciar, desalentar y anular la oposición al Gobierno* del Presidente Maduro, incluso atacando a las personas que, por diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron consideradas contrarias a él, así como a sus familiares y amigos que fueron objeto de ataques por estar asociados/as con ellos. En segundo lugar, existía una política de lucha contra la delincuencia, que incluía la eliminación de las personas consideradas "delincuentes" mediante su ejecución extrajudicial" (par. 160).

Ello lo reiteró la Misión en las ***Conclusiones detalladas,*** al indicar que:

> "tiene motivos razonables para creer que la mayoría de las violaciones y los crímenes documentados en el presente informe se cometieron *en el marco de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil*, con conocimiento del ataque, de

> conformidad con una política estatal o en apoyo de ella. En relación con estos crímenes, la Misión tiene motivos razonables para creer que en Venezuela se cometieron crímenes de lesa humanidad en el periodo examinado" (par. 2086).

Sobre esto mismo, en las ***Conclusiones detalladas***, la Misión fue por lo demás explícita sobre estos crímenes, al indicar que:

> "se cometieron como parte de un *ataque dirigido contra la población civil*. De hecho, en primer lugar, los actos constituyeron una *línea de conducta que implicó la comisión múltiple de actos, que formaban parte de un contexto general de eventos*, en contraposición a los crímenes cometidos por individuos aislados y descoordinados que actuaban aleatoriamente por su cuenta. En segundo lugar, el *ataque se dirigió contra la población civil como objetivo principal, y no incidental*, del ataque. Como se señala a continuación, los actos cometidos contra miembros de las fuerzas armadas que han quedado de fuera de combate pueden entrar en esta definición. En tercer lugar, los crímenes enumerados anteriormente se cometieron, respectivamente, en cumplimiento de las siguientes dos políticas estales distintas:
> a. Una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno del Presidente Maduro, incluso dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a él, y a sus familiares y amigos que blanco de ataques por estar asociados con ellos.
> b. Una política para combatir la delincuencia, incluida la eliminación de las personas percibidas como "delincuentes" mediante la ejecución extrajudicial" (par. 2088).

IV

El *tercer tema fundamental* que deriva del ***Informe*** y de las ***Conclusiones Detalladas*** de la ***Misión***, es que los crímenes documentados, en su mayoría, como antes se ha indicado de citas de los mismos. fueron calificados por la *Misión* expresamente, como ***crímenes de lesa humanidad***, en particular aquellos cometidos en el marco de "la represión en un contexto de seguridad y control social," y de "violaciones en el

contexto de protestas," es decir, configurándose como una ofensa a la sociedad venezolana y a la humanidad; precisando que:

> "corresponden a conductas que pueden calificarse jurídicamente, en virtud del artículo 7 del Estatuto de Roma, como ***crímenes de lesa humanidad*** de asesinato, encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, tortura, violación o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, desaparición forzada3645 de personas y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física"(par. 2084).

V

En *cuarto lugar*, en cuanto a las ***responsabilidades***, el ***Informe*** fue por demás claro y preciso, expresando que 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 represivas" (par. 164);

Y además, también para creer que:

> "los directores de las entidades de seguridad e inteligencia que participaron en la comisión de los delitos documentados en el presente informe ordenaron o contribuyeron a la comisión de esos delitos y, al tener la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas" (par 165).

Sobre estas responsabilidades en las ***Conclusiones detalladas***, la ***Misión*** fue también extremadamente cuidadosa y explícita al señalar sobre las graves violaciones y crímenes *contra disidentes políticos selectivos* ocurridos en el SEBIN (par. 1982), que:

> "existen motivos razonables para creer que el Presidente tenía conocimiento de violaciones y crímenes, en particular las detenciones

> arbitrarias y los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluidos los actos de violencia sexual, documentados en este informe y realizados en el SEBIN desde 2014. Existe información que en ocasiones dio órdenes al Director General y a los directores de otras unidades del SEBIN. La Misión también cree que el Vicepresidente sabia o debía saber de los mismos crímenes. Si bien tenían la autoridad efectiva para hacerlo, no previnieron los crímenes y violaciones, ni los sancionaron" (par.1988).

Igualmente, en relación con la actuación de, los funcionarios de la DGCIM, la ***Misión*** expresó que los mismos:

> "participaron en un patrón de violaciones de los derechos humanos y crímenes contra disidentes militares, incluidas detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas de corta duración y torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluidas violaciones y otros actos de violencia sexual" (par. 1996).

Más adelante, en las mismas ***Conclusiones detalladas***, sobre las responsabilidades relativas a los crímenes documentados, ***la Misión*** también fue cuidadosa y precisa al indicar CM que:

> "tiene motivos razonables para creer que el Presidente Maduro, dada su posición de autoridad y control efectivo sobre la DGCIM, y el sistema de denuncia existente, tenía conocimiento de las violaciones cometidas en la DGCIM contra militares disidentes y asociados, en particular, actos de tortura y/o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y no ha adoptado las medidas necesarias para impedir que se produzcan esos actos o para sancionarlos. En varios casos existe información fidedigna de que participo directamente, ordenando o instigando determinados actos delictivos" (par. 2006).

Luego, en las mismas ***Conclusiones detalladas*** la ***Misión*** Independiente, deja constancia que:

> "cuenta con información que indica que el Presidente y los Ministros del Interior y de Defensa tenían conocimiento de los crímenes. Estaban en estrecho contacto con otros miembros de la FANB,

incluido la GNB, y también con los directores de la PNB, el CICPC, el SEBIN y la DGCIM. Daban órdenes, coordinaban actividades y proporcionaron recursos para llevar a cabo los planes y políticas establecidos en el informe" (par. 2100)

Y se concluye en las ***Conclusiones detalladas***:

"Por todas estas razones, la Misión tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Interior y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los crímenes documentados en el presente informe, y teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión (par. 2103)".
"La Misión también tiene motivos razonables para creer que los directores de las entidades de seguridad e inteligencia que participaron en la comisión de los crímenes documentados en el presente informe ordenaron o contribuyeron a la comisión de esos crímenes y, teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión" (par. 2104).

VI

Y por último, en *quinto lugar*, en relación con el ***Estado de derecho***, todas estas violaciones a los derechos humanos, muchas de las cuales como se ha dicho, se han calificado como crímenes de lesa humanidad, tal como se indica en el ***Informe*** – y no podía ser de otro modo - "*se produjeron en medio de una ruptura gradual de las instituciones democráticas y del estado de derecho en Venezuela desde 2014*" (par. 12), que provocó el consiguiente "*debilitamiento de los mecanismos de rendición de cuentas democráticos, judiciales e institucionales*," habiendo ello dado lugar a "una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno" (par. 2088.a, CD), en medio de "una creciente impunidad, lo que exacerbó las violaciones."

Específicamente, la ***Misión*** constató, por ejemplo, cómo "la Asamblea Nacional, el poder legislativo del Estado, se ha visto continuamente obstaculizada desde que la coalición de partidos de la oposición obtuvo dos tercios de los escaños en diciembre de 2015 (par. 14,

Informe); cómo "los parlamentarios de la oposición se convirtieron en un foco de represión" afirmando que "al momento de redactar el informe, los parlamentarios de la oposición seguían siendo reprimidos" (Par. 28 IM); y, en contra de la Constitución, cómo "la Asamblea Nacional Constituyente se ha convertido en un poder legislativo de facto" (par. 129, ***Informe***).

La ***Misión*** constató, además, cómo en contra de la Constitución, "uno de los elementos que contribuyen a las violaciones y delitos determinados … es la falta de independencia del poder judicial" (par. 148, ***Informe***), habiendo "el Tribunal Supremo dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado" (154, ***Informe***), y "el propio poder judicial" quedado "convertido en un instrumento de represión" (IM par 165, ***Informe***).

Sobre ello, en particular, la ***Misión***:

> "documentó casos en que miembros del poder judicial participaron, por acción u omisión, en la perpetración de graves violaciones de los derechos humanos. Esto es especialmente en el caso del enjuiciamiento penal de opositores políticos, casos que han demostrado violaciones recurrentes de las garantías procesales. Además, los casos investigados por la Misión muestran que el Estado ha recurrido cada vez más a los tribunales militares para juzgar a los disidentes políticos". (par. 164, ***Informe***).

Específicamente respecto de los derechos políticos, la ***Misión*** encontró "motivos razonables para creer que durante el período examinado se utilizaron detenciones arbitrarias contra personas por su afiliación, participación, opiniones o expresión política" (par. 34, ***Informe)***; "que algunos opositores políticos y personas asociadas a ellos fueron objeto de desaparición forzada de corta duración durante el período examinado;" (par. 46, ***Informe***) y que "se aplicó la política de silenciar, desalentar y anular la oposición al Gobierno …, incluso atacando a las personas que, por diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron consideradas contrarias a él, así como a sus familiares y amigos que fueron objeto de ataques por estar asociados/as con ellos" (160, ***Informe***).

VII

Es decir, tanto el ***Informe*** como las ***Conclusiones detalladas*** de la ***Misión*** Independiente, ponen de manifiesto la total ausencia de Estado de derecho en Venezuela, y con ello, la carecía absoluta de los elementos esenciales de la democracia definidos en la carta Democrática Interamericana, que están montados siempre sobre el principio de la separación e independencia de los poderes públicos, de manera que se pueda asegurar que el ejercicio del poder esté sometido a control, particularmente a cargo de una Justicia autónoma e independiente, pues, en definitiva, sin separación de poderes y sin un sistema de control del poder, simplemente no pueden realizarse verdaderas elecciones libres, justas y confiables; no puede haber pluralismo político, ni acceso al poder conforme a la Constitución; no puede haber efectiva participación en la gestión de los asuntos públicos, ni transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, ni rendición de cuentas por parte de los gobernantes; en fin, no puede haber sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes, así como subordinación de los militares al gobierno civil; no puede haber efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.[3]

Por ello, es relación con la ilegítima e inconstitucional convocatoria realizada por el régimen de elecciones parlamentarias para diciembre de 2020, la *Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* Michelle Bachelet, se refirió específicamente al poder judicial, manifestando su preocupación por los fallos del Tribunal Supremo de Justicia "que obstruyen la libertad de selección de los representantes de siete partidos políticos y el nombramiento no consensuado de los miembros de Consejo Nacional Electoral;" así como su inquietud por la modificación "del mecanismo de selección de representantes indígenas para la Asamblea Nacional, de los cambios al sistema electoral

[3] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Prólogo" al libro de Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos Nº 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49.

y a la composición de la Asamblea Nacional sin un proceso inclusivo de consulta previa."[4]

VIII

Y fue precisamente en ese marco de violaciones de derechos, y entre ellos, de derechos políticos, de persecución política y de ausencia de elementos mínimos de un régimen democrático que, como lo observó Luis Almagro, el *Secretario General de la Organización de Estados Americanos*, al conocer y apoyar el ***Informe*** el 16 de septiembre de 202

O, simplemente:

> "Es absurdo pensar que los criminales de lesa humanidad que reprimen y eliminan oposición y disidencia puedan organizar elecciones libres y justas." [5]

Por ello, el propio *Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos* unos meses antes, en su sesión del 26 de junio de 2020 (Resolución CP/RES. 1156 (2291/20), en particular en materia político electoral, ya había resuelto "*desconocer la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte del Tribunal Supremo de Justicia;" reconociendo en cambio a la Asamblea Nacional como "la única institución democráticamente electa."

El Consejo Permanente, además, condenó "el continuo acoso ejercido por el régimen *ilegítimo* de Nicolás Maduro contra las funciones que las leyes venezolanas le otorgan a la Asamblea Nacional;" rechazando también "en los más enérgicos términos" y decidiendo *desconocer,* "la *ilegal designación* de las directivas de los partidos políticos Primero Justicia y Acción democrática."[6]

---

4 Véase en: ews.un.org/es/story/2020/09/1481232. Igualmente, en *El Nacional* 25 septiembre 2020, en https://www.elnacional.com/venezuela/bachelet-expreso-preocupacion-por-la-obstruccion-de-la-libertad-en-venezuela-ante-las-elecciones-parlamentarias

5 Véase "Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre Informe de la ONU sobre crímenes de lesa humanidad en Venezuela," 16 de septiembre de 2020; disponible en: https://www.oas.org/es/cen-tro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-096/20

6 Véase: http://scm.oas.org/doc_public/spanish/hist_20/cp42611s03 .docx

En el mismo sentido, el *Grupo de Lima*, con fecha 18 de junio de 2020 expresó que "*rechazan y desconocen la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral de Venezuela mediante una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia."[7]

En consecuencia, como lo observaron los mismos miembros del *Grupo de Lima* en comunicado del 17 de septiembre de 2020, al también conocer el ***Informe*** de la Misión Independiente, evidentemente que en Venezuela "no se cumplen las condiciones para un proceso electoral transparente, inclusivo, libre y justo," debiendo "eliminarse todos los obstáculos a la participación política para que se lleve a cabo un proceso electoral significativo," lo que exige – dijeron–:

> "respeto del mandato constitucional de la Asamblea Nacional elegida democráticamente, la devolución del control de los partidos políticos a sus administradores legítimos, el cese de la inhabilitación y el enjuiciamiento de los líderes políticos, el pleno restablecimiento de sus derechos y de otros candidatos a la igualdad política y participación, la actualización integral del padrón electoral, incluyendo a votantes jóvenes y venezolanos en el exterior, y un CNE independiente y equilibrado, y participación igualitaria y acceso irrestricto a todos los medios." [8]

Todo ello la habían expresado diversas instituciones dentro y fuera del país en el sentido de que elecciones parlamentarias convocadas en las condiciones actuales no responden a principio democrático alguno ni a los principios y estándares internacionales para que puedan realizarse elecciones libres, justas, verificables, confiables y transparentes.[9]

Ello incluso motivó a la Asamblea Nacional, mucho antes de conocerse el ***Informe***, el 30 de junio de 2020, a adoptar el "*Acuerdo que*

---

7 Véase en *El País*, 18 de junio de 2020, disponible en: http:// www.elpais.cr/2020/06/16/grupo-de-lima-desconoce-designacion-de-consejo-electoral-venezolano/

8 Comunicado de 17 de septiembre de 2020; disponible en: Disponible en: https://evtvmiami.com/grupo-de-contacto-internacional-dice-que-no-hay-condiciones-para-elecciones-en-venezuela/

9 Véase los Comunicados y pronunciamientos más importantes en el libro publicado por IDEA, con presentación de Asdrúbal Aguiar: Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegitima e inconstitucional convocatoria a elecciones parlamentarias en diciembre de 2020,* Iniciativa democrática España y las Américas IDEA, 2020.

ratifica la ruta política integral planteada al país, que permita elecciones presidenciales libres y transparentes como salida a la crisis generalizada y que produzca la reinstitucionalización democrática en Venezuela," en el cual, desconociendo "la ilegal designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte de quienes usurpan el Tribunal Supremo de Justicia," precisó cuáles son la "condiciones necesarias" para que puedan realizarse dichas elecciones, enumerando las siguientes:

> "Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, dentro y fuera del país, por lo que es necesario contar con un Registro Electoral confiable y auditado.
> Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.
> Cese de las inhabilitaciones, enjuiciamiento y prisión de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.
> Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de su dirigencia natural y el uso de sus símbolos, colores y bienes.
> Nuevo Poder Electoral legítimo, designado por la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, y de esta forma contar con un cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos correspondientes, una campaña electoral equitativa y el adecuado comportamiento del Plan República, respetando el proceso electoral y prohibiendo cualquier intervención ajena a la protección del acto electoral.
> Auditoría de todos los procesos del sistema electoral, así como observación electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso."

El 2 de agosto de 2020, también antes de la aparición del ***Informe*** de Misión de la ONU, veintisiete (27) partidos políticos venezolanos emitieron una Declaración titulada: "*Unidos debatimos y unidos decidimos: NO participaremos en el fraude, Sí lucharemos por verdaderas elecciones libres*," acordando "de manera unánime" su decisión de "*no participar en el fraude electoral"* convocado por el régimen,

considerando que lo convocado "*no es una elección*," rechazando en consecuencia el "nuevo intento de la dictadura para disfrazar de elección a un proceso que no lo es, tal como lo hizo en el año 2018 al secuestrarnos la elección presidencial que correspondía celebrar conforma a nuestro orden constitucional."[10]

En dicha Declaración, por lo demás, insistieron en que las "condiciones para lograr elecciones *libres*, justas y competitivas," conforme a los estándares mínimos aceptados por todos los países democráticos del mundo, son:

> "1) Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, incluyendo a los que han tenido que emigrar (Registro Electoral confiable y auditado).
> 2) Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.
> 3) Cese de las inhabilitaciones y enjuiciamiento de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.
> 4) Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de sus legítimas autoridades cesadas por la írrita intervención, así como el uso de sus símbolos y colores partidistas.
> 5) CNE independiente, nombrado por la Asamblea Nacional, conforme a lo señalado por la Constitución Nacional y la Ley. Designación de todos los órganos subordinados de manera independiente, así como las Juntas Electorales y miembros mesa. Respeto al trabajo de los testigos electorales y demás funcionarios en todos los procesos.

[10] Véase el texto en "Por unanimidad: los partidos políticos de la Unidad deciden no participar en el fraude y convocan a un pacto nacional para la salvación de Venezuela," Asamblea nacional, Centro de Comunicación Nacional, Caracas 2 de agosto de 2020, disponible en: https://presidenciave.com/presidencia/por-unanimi-dad-los-partidos-politicos-de-la-unidad-deciden-no-participar-en-el-fraude-y-convocan-a-un-pacto-nacional-para-la-salvacion-de-venezuela/. Véase además la información en Alonso Moleiro, "La oposición a Maduro oficializa su decisión de no participar en las elecciones legislativas. Los partidos que apoyan a Guaidó defienden la celebración de una votación con garantías en Venezuela", *El País*, 2 de agosto de 2020, disponible en: https://elpais.com/inter-nacional/2020-08-02/la-oposicion-a-maduro-oficializa-su-decision -de-no-participar-en-las-elecciones-legislativas.html; y en "La oposición de Venezuela no participará en las próximas elecciones legislativas," en público.com, 2 de agosto de 2010, disponible en: https:// www.publico.es/internacional/oposicion-venezuela-no-participara-proximas-elecciones-legislativas.html

> 6) Cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos para cada una de las actividades del proceso desde su convocatoria.
> 7) Campaña electoral equitativa, con igual acceso a los medios de comunicación públicos y privados; prohibición de cadenas. Acceso equitativo a los espacios públicos y garantía de libre tránsito por todo el territorio nacional.
> 8) Adecuado comportamiento del Plan República respetando que el proceso electoral es esencialmente un acto civil. Prohibición de indebidas intervenciones en el proceso.
> 9) Auditorias de todos los procesos del sistema electoral, incluyendo las nuevas máquinas de votación y el sistema para el proceso automatizado.
> 10) Observación Electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso y en las diversas fases del ciclo electoral. Acompañamiento electoral calificado en cada proceso electoral."[11]

Es evidente que ninguna de esas condiciones mínimas para que pueda haber elecciones democráticas libres y transparentes está actualmente asegurada en Venezuela, y menos aún puede pensarse que las mismas puedan existir en el marco de la situación denunciada en el ***Informe*** de la ***Misión*** Independiente de la ONU.

En consecuencia, las elecciones parlamentarias convocadas ilegítima e inconstitucionalmente para diciembre de 2020, si se llegaran a realizar en las condiciones actuales (octubre 2020), el resultado solo sería una supuesta "elección" de diputados a la Asamblea Nacional la cual ha sido declarada de antemano como ilegítima por la Asamblea Nacional, con la consecuencia ineludible de que la misma (al igual que ocurrió con la supuesta elección de Nicolas Maduro en mayo de 2018), igualmente deberá ser considerada como "inexistente" por vicios en la manifestación de voluntad de los votantes y en el objeto de la misma, por estar regulados en "normas" y "reglamentos" dictados por un Consejo Nacional Electoral cuyos miembros fueron nombrado inconstitucionalmente, los cuales son violatorios de la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, por ser una elección convocada por "orden" de un

[11] *Idem*.

órgano que no tiene competencia para darla, como es la Sala Constitucional, lo que hizo mediante la sentencia No. 68 de 5 de junio de 2020 (Punto sexto de la decisión),[12] y por realizarse sin que existan las condiciones mínimas elementales para poder ser elecciones libres, justas, confiables, verificables y transparentes.

En este caso, por tanto, como ocurrió con aquella supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018, el denominado "principio de la conservación de la voluntad electoral *presunta"*[13] tampoco se podría aplicar pues sería una elección ilegítima e inconstitucional, razón por la cual los supuestos diputados que pudieran ser "electos" no podrían asumir legítimamente sus funciones para integrar la Asamblea Nacional que deberá funcionar a partir del 5 de enero de 2021.

[12] En el punto Sexto de la "decisión" contenida en la sentencia la Sala Constitucional: "Se *ordena* al Consejo Nacional Electoral (CNE) convocar los comicios para elegir a los diputadas y diputados de la Asamblea Nacional, cuyo mandato expira el 4 de enero de 2021."

[13] Al cual se refirió Claudia Nikken, en "Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional," en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en https://www.venezuelablog.org/reflexio-nes-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/

EL INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE VENEZUELA DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL: EL DERECHO A LA VERDAD.

DRA. MILAGROS BETANCOURT C.*

SUMARIO

Introducción. I. La determinación de los hechos. el derecho a la verdad. II. El derecho a la verdad en Venezuela, ante un posible proceso de justicia transicional. Bibliografía.

* Abogado egresado de la UCAB. Estudios de postgrado en Derecho Administrativo y en Derecho Internacional Público en la Universidad de Alcalá de Henares, España y Academia de Derecho Internacional de La Haya. Embajador retirado del Servicio Exterior de Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Público en la UCAB.

Páginas: 925-332 ISSN: 0798-1457

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos el derecho que tiene la sociedad y en particular las víctimas de violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales a conocer los hechos que dieron lugar a estas situaciones. El derecho a la verdad, y como se relaciona con el contenido y significado del Informe de la Misión Internacional independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela, designado por el Consejo de Derechos Humanos, presentado el 16 de septiembre de 2020.

La justicia transicional es un concepto de se ha ido construyendo como un enfoque de la justicia desde el que se abordan los problemas jurídicos, políticos y éticos que se plantean en una etapa de transición, referidos principalmente a las violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales ocurridos bien sea en un régimen dictatorial o en un conflicto armado. Busca la construcción o el retorno hacia un orden pacífico y democrático.[1]

De manera sencilla puede definirse como la justicia asociada a periodos de cambio políticos que deben generar respuestas legales para afrontar los delitos cometidos por los regímenes represores anteriores.[2] Es un concepto que trasciende la excepción de la norma para convertirse en un paradigma del estado de derecho[3].

Se fundamenta en la rendición de cuentas y la reparación a las víctimas. Reconoce su dignidad como ciudadanos y como seres humanos.[4] Se le llama también justicia restaurativa o reparadora.

---

1 Isabel Turegano Mansilla, en *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*. Universidad del Rosario. Bogotá 2014. Prólogo ix

2 Ruti G. Teitel. "Genealogía de la justicia transicional", en *Justicia Transicional:Historia y actualidad*. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi. Pamplona, España. página 31

3 Ibid página 35

4 https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional

La doctrina, la práctica y la jurisprudencia internacional han convenido que la justicia transicional descansa en cuatro pilares fundamentales:

- La determinación o esclarecimiento de la verdad a través de órganos no judiciales. Suelen centrarse no sólo en los acontecimientos, sino en sus causas y consecuencias.
- Aplicación de la justicia mediante procesos penales, por lo menos contra los principales responsables de los crímenes más grave;
- Reformas jurídicas e institucionales que pueden afectar a la policía, la justicia, el ejército y los servicios de información militar, para garantizar la no repetición de los hechos.

Estos cuatro pilares soportan todas las actuaciones dirigidas a alcanzar el objetivo final que es la reconciliación de la sociedad. Como señalado al inicio, me centraré en el primero de ellos.

I. LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS. EL DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad está vinculado al contexto de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario, así como las conductas atroces que constituyan crímenes internacionales; el mismo implica conocer de manera plena los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos, su motivación y las circunstancias específicas en el que ocurrieron, En definitiva, saber qué sucedió[5]. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) en el estudio realizado sobre este tema en 2006, el derecho a la verdad **es un derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y velar para que haya recursos efectivos y se obtenga reparación.**

[5] https://www.un.org/es/observances/right-to-truth-day

Posteriormente en 2009, en el informe presentado por la misma Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se incluye un estudio sobre las prácticas óptimas para el ejercicio efectivo del derecho a la verdad, en particular las prácticas relacionadas con los archivos y los expedientes de violaciones manifiestas de los derechos humanos, así como los programas de protección de testigos y otras personas que sean parte en juicios por tales violaciones.

En un proceso de justicia transicional, en el que el eje central es la víctima, el derecho a la verdad se convierte en columna vertebral del mismo y es por ello que la construcción de una memoria histórica y jurídica, que se realiza a través de instituciones no judiciales usualmente llamadas comisiones de verdad y reconciliación, permite establecer un registro de los hechos y las víctimas y servir de medio para la rendición de cuentas y ayudar a los individuos y a la sociedad a alcanzar un acuerdo de convivencia. Se trata de organismos centrados en las víctimas.[6]

II. EL DERECHO A LA VERDAD EN VENEZUELA, ANTE UN POSIBLE PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL.

La situación de Venezuela es muy grave; ha sido calificada como una *Emergencia humanitaria compleja*, y por sus características pudiéramos decir que, aun cuando no estamos técnicamente en un conflicto armado como lo define el derecho internacional, sus consecuencias son igualmente devastadoras.

Cuando existen violaciones generalizadas, patrones comunes de acción, participación activa de agentes del Estado o de instituciones públicas, operación impune de grupos armados, etc., como es el caso de Venezuela, tal como ha sido documentado en el Informe que hoy analizamos, será necesario con toda seguridad, cuando se produzca el cambio político en el país iniciar un proceso de justicia transicional para poder abordar una situación con tales características. Aún no tenemos certeza de cómo se producirá este cambio político, pero en todo

[6] Darcy Shane. "Comisiones de la verdad, Unión Europea y reparaciones desde el ámbito de los negocios" en *Justicia transicional: Historia y actualidad*. Thomson Reuters ARANDAZI, Editorial arandazi. Pamplona, España, 2017. Pág. 163

caso, el primer paso para poder avanzar en la aplicación de la justicia, una vez iniciada la transición, será esclarecer los hechos, determinar la verdad, y responder a las víctimas por las consecuencias sufridas por las atrocidades cometidas.

El Informe de la Misión Internacional independiente de determinación de los hechos que ahora comentamos, describe de manera descarnada y rigurosamente documentada, los actos delictivos que se han cometido en Venezuela desde el año 2014, de manera sistemática y generalizada, lo que los ha llevado a concluir que estamos frente a crímenes de lesa humanidad en particular de aquellos referidos a su mandato.

La comisión de verdad o la institución que haya de crearse deberá responder la pregunta sobre qué verdades deben ser esclarecidas para contribuir a la convivencia democrática y para diseñar instituciones que la garanticen en el futuro. Deberá responder también a la necesidad de investigar y generar procesos que permitan que esas verdades sean reconocidas como ciertas y aceptadas como lecciones fundamentales para guiar la reconstrucción del país luego de una crisis profunda. Sólo entendiendo con mayor profundidad lo ocurrido se podrá garantizar que ellos no se repetirán.

Es aquí donde el informe de la Misión Internacional Independiente toma particular relevancia. Sin perjuicio del trabajo de investigación que debe desplegar la institución a la que corresponda determinar los hechos en cuanto al contacto directo con las víctimas, escuchar sus testimonios y verificar las evidencias que le sean presentadas, el contenido del Informe de la Misión de verificación de los hechos puede representar un punto de partida en lo que respecta al período investigado por la Misión, los contextos analizados y las conductas delictivas que han sido determinadas.

Tengamos presente, que el mandato de la Misión conforme la Resolución 42/25 del CDH se delimitó a "investigar ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias y torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes desde 2014 con el fin de garantizar la rendición de cuentas y la justicia para las víctimas", y subrayó esto último.

Así mismo debe considerarse que la propia Misión indicó en su Informe en lo referido a la metodología que: "utilizó como estándar

de valoración de la prueba: "motivos razonables para creer" y que este estándar "no da lugar a la determinación de responsabilidad penal. Corresponde a las autoridades penales competentes investigar los hechos y las conductas documentadas en el informe y establecer la responsabilidad penal".

Resulta difícil pensar que en los actuales momentos esto pueda suceder en Venezuela, por lo que, luego de un cambio, los mecanismos de justicia transicional que se establezcan tendrán que acometer esta tarea. Probablemente, y por sus especiales características y la complejidad de la situación de nuestro país, tal vez sea necesario ser creativos e innovar en el diseño de los mecanismos de justicia transicional para poder atenderán los innumerables problemas que habrá de enfrentarse.

Concluyo con una cita de Paul Seils, uno de los integrantes de la Misión de verificación de los hechos en su reciente artículo "La justicia transicional. Tiempo para repensarla":

> "En sociedades seriamente afectadas por conflictos, necesitamos enmarcar el proyecto de justicia como algo tangible, pasando de lo abstracto a lo concreto más rápido y más convincentemente. Esto implica adoptar un enfoque genuinamente centrado en la víctima para hacer una verdadera diferencia en el corto y mediano plazo".[7]

BIBLIOGRAFÍA

TUREGANO MANSILLA, Isabel, en "*La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias"*. Universidad del Rosario. Bogotá 2014. Prólogo.

TEITEL. Ruti G., "Genealogía de la justicia transicional", en *Justicia Transicional: Historia y actualidad*. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi. Pamplona, España

DARCY, Shane, Comisiones de la verdad, Unión Europea y reparaciones desde el ámbito de los negocios, en *Justicia Transicional: Historia y actualidad*. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi. Pamplona, España.

[7] https://www.openglobalrights.org/paul-seils/Transitional-justice-time-for-a-rethink/?lang=English

SIELS, Paul. "La justicia transicional. Tiempo para repensarla" en Open Global Rights. https://www.openglobalrights.org/paul-seils/Transitional-justice-time-for-a-re-think/?lang=English

Justicia transicional. Centro Internacional para la justicia transicional https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Resolución 42/25 del https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session42/Pages/ResDecStat.aspx

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos Informes sobre el Derecho a la verdad. https://www.un.org/es/observances/right-to-truth-day

NOTAS REFERIDAS A LA RESPONSABILIDAD DE QUIENES SE ENCUENTRAN EN EL TSJ SEGÚN EL INFORME DE LA MISIÓN DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE VENEZUELA.

CECILIA SOSA GÓMEZ.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Informe de la Misión Internacional Independiente. 3. Un Poder Judicial comprometido políticamente. 4. Recomendaciones.

Páginas: 933-941 ISSN: 0798-1457

1. INTRODUCCIÓN

Es mi objetivo en esta presentación ubicar la responsabilidad de quienes se encuentran ejerciendo el cargo de magistrado en el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) según el informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela de fecha 15 de septiembre de 2020.

2. INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE

En atención a ello, me permito presentarles una relación de lo señalado por la Misión Independiente, respecto de la responsabilidad de quienes se encuentran ocupando el Tribunal Supremo de Justicia, en el período que va desde el 2014 hasta la fecha del informe, y que siguen ocurriendo día a día.

Resulta relevante que dentro de los parámetros del mandato otorgado a la Misión, que se ***trató no sólo de establecer y verificar los incidentes e investigar las violaciones de los derechos humanos y los delitos previstos en el mandato, sino también de identificar a los responsables de esas violaciones y delitos***. Asimismo, que, en la oportunidad de investigar las pruebas de la vinculación entre los delitos y los responsables, trató de determinar las estructuras de mando, los patrones de conducta y los indicadores de control y disciplina.

En cuanto a el TSJ afirma con determinación la Misión vinculación estrecha con la cual actuaron quienes se encuentran en el TSJ con el régimen de Nicolás Maduro, una vez que se convirtieron en brazo ejecutor de las políticas de éste, al barnizar de lo que pretendían fuera jurídico, cuando en realidad al desmontar toda la estructura del sistema

de justicia se convirtieron en responsables directos por acción u omisión de un sinnúmero de delitos que se extienden a crímenes de lesa humanidad dada la entidad que los caracteriza.

En el punto 76, la Misión señala el tema de la declaratoria de los estados de excepción y emergencia económica "*el cual no fué aprobado por la Asamblea Nacional. También permitió a las organizaciones ciudadanas de las comunidades locales, coordinarse con las fuerzas militares y policiales del Estado a fin de mantener el orden público".*

En el punto 77 expone que "*El Tribunal Supremo confirmó la constitucionalidad de estos decretos y de todos los decretos subsiguientes que declaraban los estados de excepción y de emergencia económica,* sosteniendo *el 9 de junio de 2016, que la Asamblea Nacional no podía legislar en los asuntos cubiertos por el estado de excepción, y que éstos se reservarían al Presidente".*

Expresa el informe que "*El 1 de abril, el Tribunal Supremo retrocedió parcialmente en partes clave de sus decisiones, revocando la transferencia de poderes legislativos de la Asamblea Nacional al Tribunal Supremo y restableciendo la inmunidad parlamentaria*. Todo ello lo hizo por una petición del Nicolás Maduro. "*Sin embargo, siguieron las graves interferencias con la Asamblea Nacional".*

En el punto 92 señala que "*Paralelamente, la disidencia dentro de las filas del Estado y de los militares iba en aumento, y se intensificaba la represión selectiva de los disidentes políticos. El 24 de junio de 2017, ante miembros de las fuerzas armadas, el Presidente Maduro se refirió a los planes de un golpe de Estado y dijo que todos los detenidos estaban bajo jurisdicción militar y serían "juzgados de manera severa" A continuación, se refirió a los diversos poderes del Estado presente, incluidos el Tribunal Supremo y el Ministerio Público, y les pidió que tomaran medidas contra los "dirigentes políticos" ..., afirmando: "Pido justicia. Pido la cárcel".*

Lo señalado permitirá a Ustedes comprender la grave responsabilidad de quienes representan al Poder Judicial al permitir tal grado de interferencia que derivó en la total destrucción y desmantelamiento de nuestro sistema de justicia.

Es por lo anterior que el punto 148 del informe señaló enfáticamente que "*Uno de los elementos que contribuyen a las violaciones*

y delitos determinados por la Misión es la falta de independencia del poder judicial".

La Misión destaca en el informe en el punto 154 que "*El Tribunal Supremo ha dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado. En particular, la Sala Constitucional tiene amplias facultades para anular las decisiones de todos los demás poderes del Estado. Desde enero de 2016 hasta la fecha, el Tribunal Supremo de Justicia ha anulado de manera consistente las decisiones de la Asamblea Nacional dirigida por la oposición".*

En el punto 609 del informe se relaciona un hecho que revela la descarada decisión de quienes se encuentran en el Tribunal Supremo de Justicia coludidos con quien ocupa el Ministerio Público al señalar lo siguiente "*El 8 de agosto de 2018, el Fiscal General notificó al Tribunal Supremo de Justicia la detención del Sr. Requesens. Ese mismo día, la Sala Plena del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente del Tribunal el Juez Maikel Moreno, aceptó las acusaciones preliminares del fiscal contra el Sr. Requesens. En opinión del tribunal, el Sr. Requesens había cometido presuntamente delitos de carácter permanente, por lo que se encontraba en una situación de flagrancia. El tribunal ordenó que se mantuviera la custodia del Sr. Requesens, hasta que la Asamblea Nacional Constituyente pudiera decidir sobre el levantamiento de la inmunidad parlamentaria. El Sr. Requesens permaneció en El Helicoide, a pesar de las disposiciones constitucionales que estipulan que los diputados permanecerán bajo arresto domiciliario mientras se estudia el levantamiento de su inmunidad parlamentaria".*

En el informe se relata, 1523, que "*El Tribunal Supremo de Justicia declaró que las manifestaciones que se produzcan sin autorización previa "podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad [intervengan] en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constituciones". Quienes no reciban la autorización para celebrar manifestaciones serán, asimismo, responsables penales por desobediencia a la autoridad".*

Por ello en el punto 1524 el informe destaca que "*La Misión observa que la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia parece contradecir las obligaciones internacionales de Venezuela sobre el derecho de reunión pacífica. Las limitaciones al ejercicio del derecho de*

reunión pacífica deben ser necesarias y proporcionales y ajustarse a un propósito público legítimo. Las normas de derechos humanos imponen a los Estados la obligación correspondiente de permitir que se celebren reuniones pacíficas sin interferencias injustificadas y de facilitar el ejercicio del derecho".

Finalmente, en el CAPÍTULO VII del Informe referido a la RESPONSABILIDAD, se expone:

> *"Las violaciones de los derechos humanos y los crímenes descritos en el presente informe generan* ***responsabilidad del Estado y responsabilidad penal individual****, ya sea en virtud del derecho penal interno o del derecho penal internacional, o de ambos."*

Consideró la Misión en el punto 1977 "*que los hechos están establecidos, si hay motivos razonables para afirmarlos. Este criterio es inferior tanto al criterio requerido para una condena penal (convicción más allá de toda duda razonable) como a la prueba de equilibrio o probabilidad en asuntos civiles (lo que significa que es más probable que algo haya sucedido). Las conclusiones de la Misión no equivalen a una condena penal y la información que se presenta aquí es, en la mayoría de los aspectos, inferior a la que se necesitaría para lograr una condena penal. La determinación de la responsabilidad penal individual de las personas mencionadas en esta sección debe ser realizada por las autoridades judiciales competentes".*

Es importante resaltar el papel de fiscales y jueces ya que el Informe en el punto 2008 señala que la responsabilidad individual de determinados jueces y fiscales por violaciones del poder judicial y en tal sentido afirma que *"o crímenes, por actos u omisiones, merece una investigación adicional. La posible responsabilidad de los y las fiscales y jueces en las violaciones de los derechos humanos contra los disidentes políticos y militares* ***es doble".***

Sólo mencionaré dos aspectos referidos a jueces y fiscales, ya que exceden el tema:

En casos determinados los fiscales han tenido un papel directo en los casos de detenciones arbitrarias. Algunos jueces han violado los procedimientos establecidos y los jueces han fabricado pruebas

o que eran insuficientes con conocimiento de causa. Es decir, actuaron intencionalmente.

3. UN PODER JUDICIAL COMPROMETIDO POLÍTICAMENTE

Las violaciones que la Misión investigó se produjeron en medio de una ruptura gradual de las instituciones democráticas y del estado de derecho, incluyendo una erosión de la independencia judicial en Venezuela.

El poder judicial de Venezuela no sirvió para controlar a otros agentes del Estado. Es necesario seguir investigando hasta qué punto la influencia política indebida ha obstaculizado la independencia judicial.

> *"**Las violaciones deben cesar. Y la impunidad debe terminar.** Las autoridades venezolanas deben llevar a cabo de inmediato investigaciones rápidas, eficaces, exhaustivas, independientes, imparciales y transparentes sobre las violaciones y los crímenes, haciendo que los autores rindan cuentas e impartan justicia para las víctimas. Las víctimas deben recibir plena reparación por el daño que han sufrido," (declaraciones de Marta Valiñas, miembro del Comité de Expertos Independientes[1]).*
> *"Otras jurisdicciones, de conformidad con sus leyes nacionales, así como la Corte Penal Internacional, también deberían considerar la posibilidad de emprender acciones legales contra los individuos responsables de violaciones y crímenes que la Misión identificó."*

En el punto 2011 se señala "*La Misión encuentra motivos razonables para creer* ***que actores políticos de alto nivel ejercieron una presión considerable sobre determinados miembros del poder judicial***

---

[1] https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26247&LangID=S
La Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela, integrada por Marta Valiñas (presidenta), Francisco Cox Vial y Paul Seils, se estableció en virtud de la **resolución 42/25,** el 27 de septiembre de 2019. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas le encomendó durante un año investigar las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos en Venezuela desde 2014.

para influir en el resultado de los casos*. La influencia política sobre el poder judicial aumentó tanto de jure como de facto durante el período examinado, incluso mediante el proceso de selección y destitución de jueces. Esa influencia ha comprometido la independencia de los y las jueces y fiscales, contribuyendo directamente a las violaciones descritas en el presente informe".*

El punto 2080 se indica como una sentencia es *"principal titular de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, un Estado es responsable de todos los actos que le son atribuibles y que constituyen una violación de una obligación internacional. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y* ***judicial****) y otras autoridades públicas o gubernamentales, a cualquier nivel, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad de los Estados. El Estado también puede ser considerado responsable del comportamiento ilícito de personas o grupos no estatales cuando éstos actúan en total dependencia del Estado y bajo su dirección o su control efectivo, o con la aquiescencia del Estado".*

En relación con la Responsabilidad penal individual el informe destaca en el punto 2083 que "*Las violaciones y los crímenes documentados en el presente informe dan lugar a responsabilidad* ***penal individual****, ya sea bajo el derecho* ***penal nacional o el derecho penal internacional, o ambos".***

Concluyendo en el punto 2085 que, "*Algunas de las mismas conductas también pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución. La Misión tiene motivos razonables para creer que la conducta establecida en los Capítulos III y V del presente informe* ***constituye una privación intencional y grave de los siguientes derechos: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a violación y otras formas de violencia sexual, y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios.*** *En conjunto, estas violaciones pueden constituir actos de persecución, pero también pueden constituir distintos crímenes de lesa humanidad. El elemento material distintivo de la persecución, a saber, el hecho de dirigirse a una o varias personas o a un grupo por motivos discriminatorios, se manifiesta cuando el ataque se basa, entre otras*

cosas, en "motivos políticos". Las víctimas directas de los crímenes examinados en los Capítulos citados fueron objeto de ataques debido a su identidad como presuntos opositores políticos al régimen".

4. RECOMENDACIONES

En cuanto a las recomendaciones a la República Bolivariana de Venezuela, puedo decirles que son exactamente las instrucciones precisas de lo que debe hacer el Estado: Garantizar, asegurarse la garantía de los acusados a la presunción de inocencia; el cumplimiento de los plazos establecidos; respeto al principio de legalidad; independencia de los jueces y fiscales; criterios objetivos; determinar la admisión a la carrera judicial; evitar los jueces provisionales; la estabilidad de los jueces; la disciplina y/o destitución por procedimientos públicos; garantizar que los tribunales militares se limiten a delitos militares cometidos por miembros activos de las fuerzas armadas; en suma tiene 65 recomendaciones detalladas sobre las medidas que deben tomarse para abordar violaciones y crímenes documentados, incluidos los factores estructurales que contribuyen a las violaciones.[2]

---

[2] **En cuanto a las Recomendaciones a la comunidad internacional destacan:**

- Asegurar que la futura cooperación en materia de seguridad y las transferencias de equipo policial y militar estén supeditadas a que Venezuela se comprometa a garantizar que sus fuerzas de seguridad cumplan sus obligaciones internacionales en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.
- Los Estados deberían considerar la posibilidad de iniciar acciones legales contra los individuos responsables de las violaciones y los crímenes identificados en el presente informe, de conformidad con su legislación interna pertinente.
- Encomendar, por medio del Consejo de Derechos Humanos y/o la Asamblea General, nuevas investigaciones sobre las violaciones de los derechos humanos y los crímenes destacados en el presente informe.
- **Que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional tenga en cuenta la necesidad de que se haga justicia oportunamente a las víctimas de los crímenes investigados por la Misión y a los que están bajo su consideración.**

VIDEOCONFERENCIA DISFUNCIÓN DEL BOLÍVAR Y DOLARIZACIÓN DE FACTO DE LA ECONOMÍA. 14 DE OCTUBRE DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN AL FORO A CARGO DE LA DRA. SARY LEVY-CARCIENTE, VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 945-952 ISSN: 0798-1457

Señoras y Señores Individuos de Número de las Academias Nacionales de Venezuela, Docentes universitarios, colegas, estimados participantes de este foro virtual, que nos acompañan desde distintas latitudes.

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Academia Nacional de Ciencias Económicas y el Instituto de Estudios Superiores de Administración, es para mí un placer darles la más cordial bienvenida al Foro titulado "**Disfunción del bolívar y dolarización *de facto* de la economía**" en el cual, a partir de distintas perspectivas y enfoques profesionales se revisará un tema de importancia capital, como lo es el pronunciado deterioro de nuestro signo monetario, sus determinantes, impactos y alternativas.

El envilecimiento de nuestro signo monetario, producto de las nefastas políticas del modelo del Socialismo de Siglo XXI, ha pulverizado el poder adquisitivo del ingreso de la ciudadanía venezolana; y el bolívar, otrora símbolo de fortaleza y estabilidad, es hoy rechazado por la población local y no es aceptado internacionalmente. Un continuado proceso hiperinflacionario junto con una depreciación profunda y acelerada, muestra la incapacidad del ente de emisión central, en este siglo, de cumplir con su objetivo central, que no es otro que mantener el valor interno y externo de la moneda.

En las últimas dos décadas el bolívar ha sido objeto de dos reconversiones, con la supresión de 8 ceros en su escala numeraria, se depreció en un 316 millardos % y la inflación acumulada del período es del 53,3 millardos %. Estas cifras son difíciles de expresar, y hasta de asimilar. Pero lo que indican es el empobrecimiento de una sociedad a partir de la disfuncionalidad de la moneda nacional, que ya ni es relevante como unidad de cuenta, ni útil como medio de pago y ni de lejos funge como reserva valor. El bolívar, aunque sea moneda de curso legal es tan disfuncional que, nomina tan solo un 30% de las transacciones

que se realizan en el territorio, no es referente válido para preciar las transacciones en las que se utiliza; y en físico, prácticamente no circula.

De forma espontánea, desordenada e irregular, la moneda nacional ha sido sustituida por la divisa de mayor presencia nacional, el dólar estadounidense. Primero, como medio de reserva de valor, luego, como referente de contratos y obligaciones; y finalmente, para realizar transacciones. Una dolarización transaccional.

Si bien el dólar estadounidense no es la moneda de curso legal en el país, circula lícitamente y se ha convertido en la moneda de referencia y de pago de transacciones. En la arruinada y minimizada economía venezolana, el uso del dólar genera estabilidad y confianza, permitiendo sustentar y proyectar alguna dinámica económica.

La disfuncionalidad del bolívar, trasciende el espacio transaccional, impacta a su vez la cuantificación de los estados de resultado de empresas y personas naturales. Su uso en los reportes financieros genera desinformación contable, dificultando la comparabilidad e inhibiendo su capacidad para orientar la toma de decisiones. Si a ello se le suman otras regulaciones, como la exclusión de los ajustes por inflación, las distorsiones derivadas son enormes, pudiendo manifestar ganancias ficticias, cuando lo que se pueden haber sucedido son enormes pérdidas.

A estas consideraciones dedicamos el presente foro. Un esfuerzo de las academias nacionales en su compromiso por contribuir con la difusión de ideas que faciliten la recuperación de la economía nacional y el restablecimiento de una república en la que impere la libertad, la justicia y la paz.

Contamos para ello con un grupo de profesionales y académicos connotados en la materia económica, financiera, contable y legal. Un panel de lujo que engalana nuestra mañana. Y a quienes agradecemos en nombre de la Academia Nacional de Ciencias Económicas y de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Así como agradecemos al IESA por su coauspicio institucional y a la a Fundación Universitas, por su apoyo tecnológico para esta transmisión.

Iniciaremos revisando el deterioro de nuestro signo monetario en la dimensión económica de la mano del Dr. Pedro Palma, seguidamente Mercedes Rodríguez y Jhon Beaujon revisarán el impacto de esta realidad en la capacidad de mostrar información relevante y confiable de los

estados financieros, el Dr. Humberto Romero-Muci nos ilustrará sobre la legalidad del cambio de moneda funcional y finalmente el Dr. Juan Cristóbal Carmona Rojas considerará la alternativa criptica del Petro.

Cada uno de ellos contará con 15 minutos para su exposición y finalizadas las cinco ponencias, procederemos a responder algunas inquietudes.

Dr. Pedro Palma: Individuo de Número Fundador y ex presidente de la ANCE. Profesor Emérito del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Socio Fundador de MetroEconómica, firma de consultoría económica basada en Caracas, creada en 1977, que se fusionó con la empresa de consultoría Ecoanalítica en 2010, organización de la que es Director.

En su ponencia "La dolarización de la economía" analizará las razones que llevaron a la población a perder la preferencia por mantener activos líquidos en bolívares y a dejar de usar la moneda nacional como medio de pago, lo que ha devenido en una sustitución del bolívar por el dólar para la valuación y para la realización de transacciones de compra-venta de todo tipo de bienes y servicios. Asimismo considerará ¿qué tan extendida es la dolarización transaccional de la economía?, ¿de dónde salen los dólares que hoy circulan?, ¿cuáles son las formas de pago más comunes hoy en día en Venezuela?, y ¿cuál ha sido la incidencia de la COVID en el uso del dólar?

Mercedes Rodríguez: Egresada de la Universidad Central de Venezuela, con MBA Ejecutivo, The Next eMBA, patrocinado por Mazars, firma de la cual es actualmente socia auditora, con una dilatada carrera previa en Arthur Andersen. Mercedes Rodríguez es reconocida por su experticia en metodología de auditoría, normas contables, gestión de riesgos, asuntos financieros y éticos.

Esta mañana nos ofrecerá un análisis técnico que permite comprender los dilemas al seleccionar la moneda funcional en una economía hiperinflacionaria y con factores híbridos. Para ello no ilustrará sobre qué es la moneda funcional y cómo su selección incide en los análisis de gestión, cuáles son los criterios técnicos que permite comprender

los dilemas de seleccionarla en una economía hiperinflacionaria y qué hacer para que la información financiera sea coherente y útil.

John Beaujón: Contador público, Especialista en Derecho Financiero y Magíster en Finanzas del IESA donde es Profesor visitante de Contabilidad y Análisis Financiero. Socio de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), miembro de la International Fiscal Association (IFA) y de la Federación de Contadores Públicos de Venezuela.

En su ponencia titulada "Impacto de la moneda funcional en el análisis financiero" nos mostrará la incidencia de la moneda funcional en la información financiera con propósito general y su relevancia en el análisis financiero y la toma de decisiones de inversión y financiamiento en un entorno con moneda de curso legal distinta.

Dr. Humberto Romero-Muci: Individuo de Número y Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Es Abogado con Maestría en Leyes de la Facultad De Derecho de Harvard y Doctorado en Derecho de la UCV. Es Profesor Titular y Jefe de la Cátedra De Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello. Ejerce profesionalmente en D'Empaire Reyna Abogados, firma de la que es socio.

La ponencia del Dr. Romero-Muci se titula "Aspectos legales y fiscales del cambio de moneda funcional" y en la misma expondrá los criterios de validez jurídica del cambio de moneda funcional para fines financieros, su recepción para fines legales y su aplicación a los dominios de la base imponible del impuesto sobre la renta (renta territorial y renta extraterritorial). Particularmente, el expositor ponderará si las funciones de la moneda de curso legal (el bolívar) son exclusivas y excluyentes en la determinación tributaria respecto de cualquier otra unidad monetaria o si pueden limitarse al solo reporte o declaración, documentación y respaldo de la información fiscal.

Dr. Juan Cristóbal Carmona Borjas: Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sillón #30. Abogado, Especialista en Derecho Financiero, con Maestría en Derecho Comparado de Georgetown University. Se desempeña como docente de Postgrado de la UCV, la UCAB y el IESA

Su presentación "El Petro como sucedáneo monetario" expondrá sobre las intenciones ocultas y los fracasos evidentes en torno al uso del Petro para asignarle roles propios del dinero por parte del gobierno. En todos estos ámbitos está presente la intención de sustituir o complementar al bolívar y de poner una venda en los ojos de los venezolanos ante la evidente y generalizada dolarización de la economía nacional.

PREGUNTAS:

DR. PEDRO PALMA:

¿Cuál ha sido la incidencia del Covid en el uso de la divisa en el país?

¿Qué tamaño tendrá la economía informal (sin libros) versus la formal (con libros)?

¿Cómo se compagina la Circular BCV del 9-10-20 que prohíbe a bancos el uso de productos financieros que faciliten pago en divisas con «ley antibloqueo»?

Dado el envilecimiento de nuestra moneda y el avance de la dolarización transaccional, resulta obligatorio preguntarse sobre la factibilidad y conveniencia de una dolarización plena o un bimonetarismo formal de nuestra economía, sus pros y contras a la hora de un proyecto de recuperación de nuestra economía. Pros y Contras que habría que sopesar con los costos de mantener y estabilizar la moneda nacional, tanto en un corto como en el largo plazo. Si nos pudiera comentar al respecto.

MERCEDES RODRÍGUEZ:

Nos mostró en su presentación el impacto, la importancia de la escogencia de la moneda funcional. ¿Qué elementos de entorno son los más relevantes para su definición? ¿Cuáles son las distorsiones del uso del bolívar en la contabilidad bancaria?

¿En las redes sociales de Mazars Venezuela, se podrá tener acceso al *paper* mencionado por la Lic. Mercedes Rodríguez?

JOHN BEAUJON:

Nos podría aclarar los criterios de para convertir los estados financieros medidos en bolívares para el cambio a moneda funcional dólar

DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI:

Si los estados financieros que se registran en el registro mercantil son en bolívares y el ente lleva contabilidad funcional en dólares, ¿cómo se calcula el dividendo?

Damos por terminado este foro virtual esperando que haya sido de interés y provecho para todos los participantes. En nombre de la Academia Nacional de Ciencias Económicas y de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ofrecemos nuestro agradecimiento a todos los expositores por sus valiosas y valientes intervenciones, al IESA por su coauspicio institucional y a Fundación Universitas por el apoyo tecnológico.

Dra. Sary Levy-Carciente,
Vicepresidente (ANCE)

LA DOLARIZACIÓN TRANSACCIONAL DE LA ECONOMÍA VENEZOLANA.

DR. PEDRO A. PALMA.*

SUMARIO

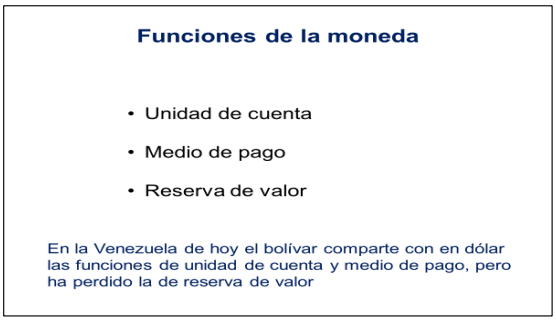
• La dolarización transaccional. •Medios de pago utilizados. •Origen de las divisas.
• A modo de conclusión.

* Profesor Emérito del Instituto de Estudios Superiores de Administración, IESA. Director de Ecoanalítica. Individuo de Número Fundador y ex presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Economista de la UCAB, con MBA de la Escuela Wharton de Universidad de Pensilvania, donde también obtuvo el PhD en economía.

En toda economía, la moneda debe cumplir tres funciones fundamentales:

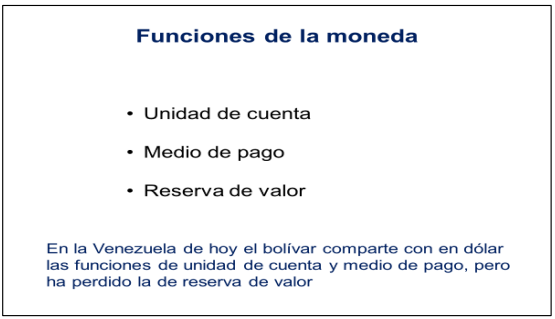
- la de unidad de cuenta,
- la de medio de pago, y
- la de reserva de valor.

Es la unidad de cuenta porque todos los bienes y los servicios se valoran en términos de esa moneda, bien sea el bolívar, el dólar u otra divisa. También cumple la función de medio de pago porque las transacciones de compra y venta de bienes y de servicios se hace a través de la utilización de esas de esa moneda. Y, finalmente, cumple la función de reserva de valor porque en la medida en que se mantengan activos líquidos en esa moneda, su valor se preserva en el tiempo. El cumplimiento de esta última condición es la que hace que la preferencia del público por mantener activos líquidos en esa moneda se mantenga, estimulándose el ahorro y, en consecuencia, facilitándose el financiamiento del consumo y la inversión.



La situación hiperinflacionaria que ha sufrido la economía venezolana durante los últimos años ha hecho desaparecer el valor del bolívar, ya que la cantidad de esa moneda que se necesita para realizar cualquier

transacción, por más insignificante que esta sea, es desproporcionadamente alta y crece a gran velocidad. De allí que la preferencia por mantener activos líquidos en esa moneda haya desaparecido totalmente. Si una persona decidiere ahorrar en bolívares dejando inmovilizada una cantidad importante de esa moneda en forma de un depósito bancario por un período prolongado, digamos un año, al cabo de ese lapso el poder adquisitivo de esos bolívares habría mermado significativamente. Eso se potenciaría si los intereses pagados por el banco custodio son muy inferiores a la inflación que se materializó durante ese año, es decir, si las tasas de interés reales existentes son muy negativas, como es el caso en la Venezuela de hoy.[1] En otras palabras, el bolívar ha perdido su condición de reserva de valor.



La descomunal inflación que padecemos prácticamente ha pulverizado el bolívar. Basta decir que en el presente (mediados de octubre de 2020), el precio de un dólar estadounidense está en niveles algo mayores a los 450.000 bolívares soberanos, los cuales equivalen a algo más de 45 billones (millones de millones) de los bolívares que estuvieron vigentes hasta fines de 2007.[2] Un bolívar hoy no compra prácticamente nada.

---

1 La tasa de interés real es igual a la tasa de interés nominal menos la tasa esperada de inflación.

2 El primero de enero de 2008 se produjo una reconversión monetaria introduciendo el "bolívar fuerte (VEF)" equivalente a 1000 bolívares tradicionales (VEB). Ulteriormente, en agosto de 2018 se materializó una segunda reforma monetaria, introduciendo el "bolívar soberano (VES)", equivalente a 100.000 bolívares fuertes. Por lo tanto, un bolívar soberano equivalía a 100 millones de bolívares tradicionales. De allí que, si se toma como referencia un tipo de cambio de 450.000 bolívares soberanos por dólar, 1 USD = 45.000.000.000.000 VEB.

Otra razón que ha llevado al público a perder su preferencia por mantener activos líquidos en bolívares, y ha dejado de utilizar esa moneda como medio de pago, es la imposibilidad de utilizarla en forma de efectivo, porque no hay billetes y mucho menos monedas acuñadas en circulación que puedan ser utilizados para la realización de transacciones de cualquier tipo. A pesar de que el Banco Central reporta que 3,1 % de la liquidez monetaria está formada por billetes y monedas acuñadas, esas expresiones monetarias brillan por su ausencia. Nadie tiene acceso a ellas porque esos billetes o esas monedas prácticamente no pueden adquirir absolutamente nada. Corre el rumor de que próximamente se pondrá en circulación un billete de 100.000 bolívares soberanos, pero esto, de ser cierto, no cambiaría las cosas, ya que el mismo equivaldría aproximadamente a 0,20 dólares, por lo que ese billete tendría una capacidad de compra ínfima, que desaparecería en breve plazo por la alta inflación existente.

Otro factor que ha contribuido a que el público no desee mantener activos líquidos en bolívares, y que se utilice poco para la realización de transacciones de compra y venta de bienes y servicios, es la práctica eliminación del crédito bancario. Eso se ha debido a la decisión gubernamental de elevar el encaje requerido a la banca a niveles exorbitantemente altos con fines antiinflacionarios. Hoy ese encaje requerido está en promedio en 93%, es decir que, por cada 100 bolívares de depósito que tenga un banco, tiene que inmovilizar 93 en el Banco Central. Eso minimiza la posibilidad de otorgamiento de crédito de la banca. Una de las fuentes principales de financiamiento para la realización de actividades de consumo, que es el crédito bancario, prácticamente ha desaparecido, limitando las posibilidades de usar el bolívar como medio de pago.

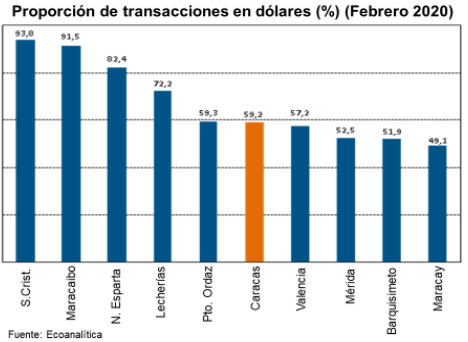
Un factor adicional que ha llevado a los agentes económicos a no mantener activos líquidos en bolívares, es la pérdida de poder de compra de la población. Los salarios son sumamente bajos, por lo que la personas no tienen capacidad de ahorro, teniendo que destinar prácticamente la totalidad de sus ingresos a la adquisición de bienes y de servicios necesarios para satisfacer sus necesidades. Esta realidad se ha potenciado con la situación de confinamiento debido a la pandemia del COVID-19, que ha hecho que múltiples personas pierdan su trabajo, y

que muchas empresas se hayan visto severamente afectadas por la paralización de sus actividades. Tal es el caso de las empresas dedicadas al esparcimiento, como restaurantes y cines, al transporte, como líneas aéreas, al turismo, como hoteles y pensiones, y a ventas presenciales al detal, tales como centros comerciales y pequeños comercios. Ello ha agravado la recesión que se ha vivido en el país desde 2014, contribuyendo a una profundización en la paralización de la economía. Esta situación se ha traducido en una reducción importante del consumo, particularmente en áreas de esparcimiento, transporte, viajes, turismo, etc., y en una concentración de las transacciones al detal para la adquisición de productos de primera necesidad, como alimentos y artículos para el cuidado personal.

LA DOLARIZACIÓN TRANSACCIONAL

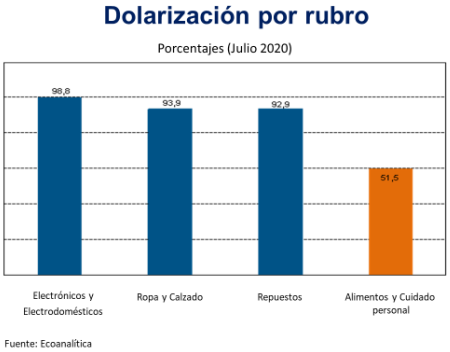
Si bien el bolívar ha perdido su condición de reserva de valor, aún mantiene su condición de unidad de cuenta y de medio de pago, aunque de forma mermada y compartida con otras monedas. Aquella pérdida de la condición de reserva de valor ha llevado a muchas personas a dejar de utilizar el bolívar para la realización de las transacciones y ha migrado al dólar. En otras palabras, ha ido sustituyendo al bolívar por el dólar en el cumplimiento de las funciones de unidad de cuenta y medio de pago, y ha sustituido totalmente al bolívar en su condición de reserva de valor, ya que si alguien quiere mantener activos en forma líquida, no lo va a hacer en bolívares sino en dólares.

Dolarización transaccional generalizada



En otras palabras, si bien el bolívar sigue siendo utilizado para la realización de muchas transacciones de compra y venta de bienes y de servicios que se siguen valorando en términos de esa moneda, en los últimos tiempos ha tenido que compartir esas funciones con otras divisas, particularmente con el dólar estadounidense.

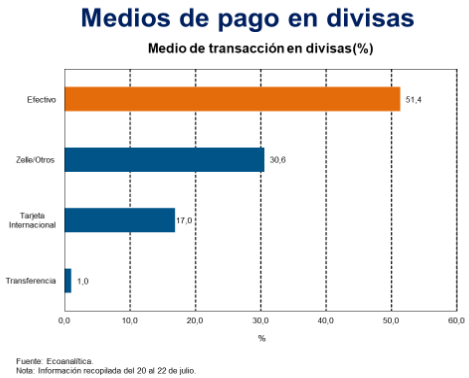
En el mes de febrero de 2020 Ecoanalítica realizó una investigación para determinar cuáles eran los medios de pago que se utilizaban en las transacciones al detal en diez de las principales ciudades del país. Como se ve en el gráfico anterior, en San Cristóbal y Maracaibo, dos ciudades fronterizas, más del 90 % de las transacciones al detal se realizaban en dólares o en monedas distinta al bolívar. En el caso de Caracas el 59 % de las transacciones se realizaba con monedas distintas el bolívar, y en Maracay, la ciudad menos dolarizada de las analizadas, el 49 % de las transacciones realizaba en esas otras monedas. En términos promedio, alrededor de 60% de las transacciones al detal en las zonas urbanas a nivel nacional, se realiza en monedas distintas al bolívar, principalmente en dólares estadounidenses. El resultado de esta encuesta refleja la dolarización transaccional tan profunda que se ha venido operando en el país durante los últimos meses.



Ahora bien, ¿qué tipo de rubros son los que se compran principalmente con dólares y cuáles otros se siguen comprando con bolívares? Tradicionalmente en Venezuela, y desde hace varios años, algunos bienes durables, como apartamentos, automóviles, electrodomésticos y artículos electrónicos, se tranzan en dólares, por lo que se puede decir que ya existía una dolarización transaccional de esos bienes muy arraigada. Sin embargo, ahora también las transacciones de ropa y calzado,

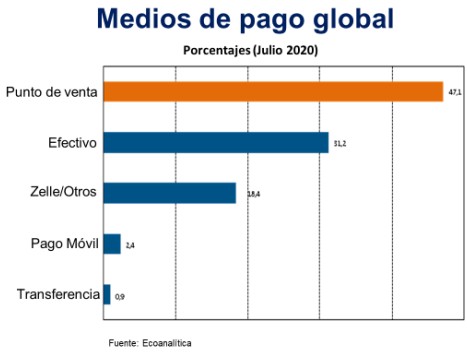
así como de repuestos, se han dolarizado, ya que más del 90 % de éstas se realizan en esa moneda. No obstante, en el caso de los alimentos y de los artículos de cuidado personal solo la mitad de las transacciones se realizan en dólares.

La mayor concentración en las transacciones de compra y venta de alimentos y artículos de cuidado personal que se ha producido durante el período de confinamiento por la pandemia del Covid-19, ha contribuido a preservar el uso del bolívar como medio de pago durante el año 2020, ya que, como fue dicho, cerca de la mitad de las transacciones para adquirir esos bienes tradicionalmente se hacen con esa moneda.



MEDIOS DE PAGO UTILIZADOS

Ahora bien, ¿cuáles son los mecanismos de pago que se utilizan para la realización de las distintas transacciones al detal? Cuando nos referimos a transacciones realizadas en divisas, más del 50 % de los montos transados se realiza en efectivo, fundamentalmente en billetes que están circulando en la economía, un 30 % se realiza a través de operaciones bancarias que se hacen con productos muy ágiles, como el Zelle, PayPal y otros, y un 17 % se hace a través del uso de tarjetas de crédito internacionales, cuya utilización se está popularizando cada vez más en el país. El uso de las criptomonedas para la realización de transacciones al detal aún no se ha popularizado en Venezuela, aunque es lógico esperar que la utilización de las billeteras electrónicas (wallets) se difunda en un futuro.



En cuanto a los mecanismos de pago que se utilizan en Venezuela para la realización de la totalidad de las transacciones al detal, tanto las que se hacen en bolívares como las que se efectúan en dólares o en otras monedas, hay que decir que algo más de 40% de esas transacciones se hace a través de puntos de venta. Estas son principalmente las transacciones que se hacen en bolívares, porque ya dijimos que la utilización del efectivo, como los billetes y las monedas acuñadas, es inexistente. Prácticamente todas las transacciones que se realizan en bolívares se hacen a través de la utilización de tarjetas de débito y de crédito que se movilizan con puntos de venta. De esta forma se hacen cargos contra los depósitos bancarios que se mantienen en forma líquida por períodos sumamente breves. Cualquier persona a quien se le deposite bolívares en su cuenta bancaria local por la recepción de un pago o de la remuneración de su trabajo, rápidamente utiliza esos recursos a través de su tarjeta de débito o de crédito con el fin de comprar bienes y servicios. De esta forma evita ser víctima de la rápida pérdida de valor de aquellos recursos líquidos que recibe.

En Venezuela el uso de las tarjetas de débito es mucho más generalizado que el de las tarjetas de crédito. Eso se debe que los límites máximos de estas últimas son muy bajos debido a las severas limitaciones que tiene los bancos para el otorgamiento de financiamiento. Eso hace que ese límite se alcance rápidamente, y que se agote cada vez con mayor celeridad en la medida en que avanza el fenómeno hiperinflacionario.

El 31 % de las transacciones totales al detal se realizan en efectivo, siendo estas básicamente transacciones en dólares porque, como

ya se dijo, el uso del efectivo en bolívares ha desaparecido. Un factor que ha contribuido a popularizar el uso de divisas en efectivo para la realización de las transacciones al detal ha sido la proliferación de la dolarización de parte de las remuneraciones laborales y del pago por la prestación de servicios de la más diversa índole, tales como servicio doméstico, reparaciones y mantenimiento de todo tipo, mensajería, transporte menor, etc. Eso, combinado con la recepción de remesas enviadas por familiares que han emigrado, ha hecho que muchas personas de bajos ingresos dispongan de divisas con qué realizar sus compras, aun cuando en cantidades limitadas.

Es importante mencionar, que al no existir en Venezuela la disponibilidad de monedas acuñadas fraccionarias del dólar, ello dificulta el uso de esa moneda para la realización de transacciones al detal de bajo monto, ya que no hay forma de entregar al comprador el vuelto del dinero entregado de sobra al momento de realizarse la operación. Eso lleva a la popularización del redondeo con un efecto inflacionario indiscutible, debido a que los precios tienden a ajustarse hacia arriba hasta expresarse en términos enteros, evitándose así su fraccionamiento ante la imposibilidad de devolverle al comprador los centavos de dólar que hubiese pagado de más. En ciudades fronterizas es frecuente el uso de la divisa del país vecino como unidad de cuenta y medio de pago.

El 18% de las transacciones al detal se realizaban a través de métodos de pago por transferencia de fondos mantenidos en instituciones financieras, tales como Zelle, PayPal, Venmo y otras. Estos son mecanismos ágiles y seguros que facilitan notablemente las operaciones de compra y venta de bienes y de servicios. Sin embargo, su uso se limita, ya que tanto el comprador como el vendedor tienen que estar bancarizados en instituciones bancarias que posibiliten la realización de estas transferencias. Dadas las restricciones que se le imponen a las instituciones financieras en Venezuela para la realización de operaciones en divisas, el uso de estos métodos de pago se circunscribe a personas que tienen cuentas en divisas en bancos extranjeros. En la medida en que las restricciones locales se eliminen o flexibilicen, es lógico prever que el uso de los métodos de pago por transferencias bancarias se ampliará notablemente, reduciéndose el porcentaje de transacciones en divisas que se realizarán en efectivo.

ORIGEN DE LAS DIVISAS

También habría que preguntarse ¿de dónde proceden los dólares que se están utilizando para la realización de las transacciones? Para contestar esa pregunta hay que decir que los venezolanos desde hace varias décadas han venido acumulando cantidades muy importante de divisas en el exterior, que hoy podrían totalizar unos 300.000 millones de dólares. Estos recursos pueden ser movilizados a través de distintos mecanismos, como las tarjetas de crédito internacionales, el Zelle y otros mecanismos que ofrecen los bancos foráneos, facilitándose el acceso y uso de esos recursos para la realización de transacciones en Venezuela.

Características de la dolarización transaccional

- Mecanismos de pago
  - Punto de venta
  - Zelle
  - Efectivo en USD
  - Transferencias
- Origen de los dólares
  - Depósitos en el exterior de personas privadas
  - Remesas
  - Efectivo vendido a través de los bancos
  - Lavado de dinero

Las remesas también son otra fuente importante de generación de divisas que pueden ser utilizadas localmente para la adquisición de bienes y de servicios. Esas remesas, que el año pasado se calcularon en torno a los 3500 millones de dólares, este año podrían estar en niveles próximos a los 1500 millones de dólares. La reducción se produciría por la pérdida de trabajo y por las dificultades que están afectando a muchos venezolanos en el exterior, mermado su capacidad de transferencia de recursos a sus familiares en el país. Otra fuente importante de moneda extranjera en efectivo que está siendo utilizada para la realización de transacciones en Venezuela la constituye la venta de divisas en efectivo que ha venido haciendo el Banco Central a través de la red de bancos, aun cuando en cantidades moderadas. Durante 2019 estas operaciones fueron hechas en euros y, en lo que va del 2020, en forma de dólares.

Por último, otra fuente importante de moneda extranjera que puede ser utilizada localmente está relacionada con el lavado de dinero. Estas

son operaciones a través de las cuales se inyectan importantes cantidades de recursos a la economía provenientes del narcotráfico, el contrabando, la corrupción y otras actividades ilícitas. Sin duda, el proceso de dolarización transaccional que se venido operando en Venezuela ha facilitado enormemente el lavado de dinero a través de la inyección de divisas en efectivo. Es lógico inferir que mucho del efectivo que está circulando en la economía son billetes que han tenido orígenes ilícitos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Se escucha con frecuencia la idea de que la dolarización transaccional que se ha producido en Venezuela es la primera etapa de un proceso irreversible hacia una dolarización plena de la economía. Eso no necesariamente es así. La dolarización plena implicaría la eliminación total del bolívar y su sustitución por el dólar, pasando a ser esta última moneda la única que circularía en la economía, utilizándose para la realización de todas las contrataciones y transacciones. Si bien la dolarización plena podría generar una serie de beneficio en lo inmediato, por ejemplo, coadyuvando al abatimiento de la alta inflación que se padece, en el mediano y largo plazo una medida de este tipo podría acarrear consecuencias y limitaciones muy negativas. Entre otras cosas, podría obstaculizar el avance del imperioso e impostergable proceso de diversificación de la economía.[3]

Creo que la dolarización transaccional que se vive debería evolucionar hacia un sistema bimonetario, donde el dólar y el bolívar, o un sustituto de este último, circulen libremente en la economía durante un proceso de ajuste, que habrá que implementar con el fin de abatir la inflación y corregir una serie de desequilibrios económicos. Una vez logrados esos objetivos se debería avanzar hacia un proceso de desarrollo sustentable de largo alcance dentro de una economía estabilizada, balanceada y en franco proceso de diversificación, en la que se disponga de una moneda propia que cumpla a cabalidad las funciones que le corresponde.

---

[3] Para un análisis más amplio sobre estos temas, ver Pedro A. Palma, *La política cambiaria en Venezuela. Más de cien años de historia*, Editorial Jurídica Venezolana y Ediciones IESA, Caracas, 2020. Capítulo 18.

EL DILEMA DE ELEGIR LA MONEDA FUNCIONAL EN UNA ECONOMÍA HÍBRIDA Y SUS EFECTOS EN EL ANÁLISIS DE GESTIÓN.

LIC. MERCEDES RODRÍGUEZ S.*

SUMARIO

1. ¿Qué motiva este estudio?, 2. Contexto económico. ¿Cuál es el entorno?, 3. Contexto legal. ¿Qué moneda debe usarse según el marco legal?, 4. Análisis contable. ¿Cómo preparar estados financieros útiles? A. Selección de la moneda funcional en los estados financieros. B. Efectos de la selección de la moneda funcional en el análisis de gestión. 5. Una técnica práctica para calcular la pérdida del poder adquisitivo del dólar. Conclusiones y Recomendaciones.

* Contador Público y Auditor.

1. ¿QUÉ MOTIVA ESTE ESTUDIO?

¿A quién no le ha pasado que va al mercado y para entender el precio debe convertir su valor a dólares, que algunos productos los entiende mejor en dólares, pero otros en bolívares, que necesita ver su flujo de caja, personal y/o de la empresa, en dólares y en bolívares para poder administrar sus recursos, que no entiende por qué los resultados de su estado financiero ajustado por inflación no se parecen a su flujo de caja? ¿Quién no ha pensado en descartar esos estados financieros porque no los entiende?.

Desde hace muchos años, los estados financieros ajustados por inflación son los estados financieros de propósito general y, con base en ellos, se toman las decisiones de las compañías; son los que se aprueban en las asambleas de accionistas y se toman en cuenta para el reparto de dividendos y son la base para la contabilidad fiscal; así como para cualquier otro propósito. No obstante, en los años recientes, muchos ejecutivos, directivos y accionistas sienten que estos no son comprensibles, llegando a pensar que dejan de ser útiles y pierden; por tanto, su objetivo y razón de ser.

Esto ha llevado a muchos a pensar que la norma contable es errónea porque no permite reflejar la realidad de nuestra economía**. ¡Nada más alejado de la realidad!**

¿Cómo hacer que los estados financieros sean razonables y útiles para tomar decisiones? ¿Cuál debe ser la moneda de reporte? ¿la contabilidad ha considerado esto?

La respuesta es Sí, las normas de contabilidad prevén situaciones como la nuestra y dictan la pauta de acción.

Con esta posición técnica pretendemos dar respuesta a sus interrogantes y dar herramientas técnicas para entender cómo abordar este

dilema y a interpretar la información financiera de manera que le sea útil para tomar decisiones.

Así, es importante saber que para aplicar la norma contable y proporcionar información financiera útil es necesario entender el contexto económico, el contexto legal y la norma técnica contable. De allí nacen nuestras recomendaciones basadas en análisis técnico dedicado a estudiar el contexto y la aplicación de las normas; así como su efecto en el análisis financiero.

2. CONTEXTO ECONÓMICO - ¿CUAL ES EL ENTORNO?

La situación descrita es parte de los efectos de la realidad económica en un contexto de hiperinflación, que ha generado que el bolívar haya perdido las cualidades de dinero, éstas son:

Medida de valor: los efectos de la hiperinflación agigantan de tal forma los valores en bolívares que éstos pueden hacerse incompresibles y, por tanto, se recurre a entender el valor de muchos bienes y servicios en una moneda más estable, como el dólar o el euro.
Reserva de valor: está claro que en hiperinflación nadie buscará ahorrar en moneda local por su inminente pérdida de poder adquisitivo.
Medio de pago: el dólar ha venido desplazando al bolívar como medio de pago en muchos escenarios y ya hay estudios de economistas que hablan del aumento de la transaccionalidad en dólares del 40% (2019) al 60% (2020) y, en algunos sectores como electrodomésticos y calzado puede llegar al 90%.

Nuestro ingreso tradicional, la renta petrolera, ha venido decreciendo de tal forma que ya no sustenta la actividad económica y el consumo, lo que ha llevado al mercado venezolano a encontrar otros mecanismos para la obtención de divisas, por ejemplo, las remesas del exterior y la actividad comercial de importación en manos privadas, con un efecto importante en la economía por la cantidad significativa de efectivo en dólares.

Sin embargo, no todo es tan claro, ya que el proceso de dolarización en Venezuela, si bien es legal, no es una dolarización formal proveniente de políticas económicas. Un proceso de dolarización informal divide a la sociedad en dos sectores, los que pueden obtener divisas y los que no. En algunos sectores, como servicios, exportadores, empresas de consumo, electrónicos, se observa alta transaccionalidad en dólares, pero asalariados, jubilados, sector público, que son una gran parte de la población, no tiene acceso a las divisas en tales proporciones.

Un proceso de dolarización informal, como el caso venezolano, tampoco permite establecer medidas de política monetaria para controlar la inflación, que debe ser la razón de existir de los bancos centrales, y hemos visto que, si bien, la inflación se ha desacelerado, los niveles hiperinflacionarios ya alcanzan los 34 meses, aún ante la aceptación de facto de la dolarización para permitir la actividad económica. Sin embargo, esta dolarización automática enfrenta el riesgo de que la autoridad monetaria tome medidas para restringir la circulación de la moneda extranjera de manera autónoma y no previsible.

La banca, que en los últimos dos años ha estado limitada a desempeñar su actividad principal como consecuencia de las medidas de política monetaria de restricción de liquidez mediante el encaje legal, responde a este contexto creando mecanismos para la bancarización de estos recursos, con ciertas restricciones de movilización derivadas del control cambiario. También, este año comenzamos a ver el financiamiento bancario en divisas, ya sea bajo la forma de los créditos UVCC indexados al IDI, un índice basado en el dólar, o en moneda dura.

Por otra parte, el proceso de hiperinflación sigue vigente y esto, junto a otros factores, ha generado que el dólar también pierda poder de compra en el contexto económico venezolano, ya que la hiperinflación no se comporta de forma simétrica con la devaluación. Por tanto, bajo el entorno económico local, $100 en Venezuela compran mucho menos que $100 en Estados Unidos y, peor aún, $100 de hace un año compran menos que $100 hoy en nuestro país; producto del efecto de la hiperinflación en los bolívares; causas atribuibles al "entorno económico donde la entidad opera", condición técnica para elegir la moneda funcional para preparar estados financieros que estudiaremos más adelante.

Vale enfatizar que, bajo este contexto económico, los indicadores de hiperinflación y devaluación no tienen correlación alguna y, por tanto, no se produce ningún comportamiento medianamente estable o predecible en los precios y costo de la vida en ninguna de las monedas, ni en bolívares ni en divisas extranjeras.

Entonces, ¿cuál debe ser la moneda de reporte? ¿En qué moneda debemos preparar los estados financieros bajo una economía híbrida e hiperinflacionaria? ¿Cómo debemos establecer nuestros precios?

Profundicemos entonces en este análisis.

3. CONTEXTO LEGAL - ¿QUÉ MONEDA DEBE USARSE SEGÚN EL MARCO LEGAL?

En contabilidad, es necesario analizar qué instruye la ley al momento de analizar la aplicación de cualquier norma contable. Por tanto, para decidir la moneda de reporte de la información financiera debemos saber primero que dice el ordenamiento jurídico y cómo nos adaptamos a ello, técnicamente, en el ámbito contable.

Palabras más o palabras menos, en este respecto el artículo 129 de la Ley de Banco Central de Venezuela señala que en la **contabilidad los valores se expresarán en Bs. y se presentarán en Bs. para efectos de trámites ante un tribunal u oficina pública y que cualquier moneda diferente al bolívar es moneda extranjera**.

Traduciendo esto en el idioma contable significa que la ley nos lleva a:

Moneda de registro: la contabilidad en bolívares.
Moneda extranjera: cualquier moneda diferente al bolívar.
Moneda de presentación: estados financieros en bolívares para tribunales y oficinas públicas, incluyendo el registro mercantil.

Esto es totalmente compatible con las normas contables, sin que ello signifique que no se puedan presentar estados financieros en otras monedas para propósitos generales (excepto los que van a ser usados para los propósitos indicados arriba).

Veamos como lo abordan las normas de contabilidad.

4. ANÁLISIS CONTABLE - ¿CÓMO HACER ESTADOS FINANCIEROS ÚTILES?

La NIC-21 – *Efecto de las variaciones de las tasas de cambio en moneda extranjera* cubre el tratamiento contable de:

- Transacciones y saldos en moneda extranjera.
- Conversión de estados financieros a otra moneda para fines de consolidación
- Conversión de estados financieros a moneda de presentación.

El **primer concepto contable** que abordaremos es que, como veremos más adelante, no es lo mismo contabilizar transacciones en moneda extranjera que convertir un estado financiero completo a una moneda extranjera. Cada uno tiene una metodología contable particular. En esta metodología un factor importante es si la economía es, o no, hiperinflacionaria porque involucran procedimientos de cálculo distintos y, por tanto, cifras distintas.

El **segundo concepto contable** es el papel importante que juega la definición y tipos de **moneda**. La NIC-21 contempla las monedas para registro y presentación mencionadas en el contexto legal anteriormente explicado, pero el génesis de todo lo tiene la definición de la **"Moneda Funcional", la** que define el método a utilizar. Veamos estas definiciones y como se relacionan con el contexto legal:

Moneda funcional: es la moneda del entorno económico principal donde la entidad opera[1]. Es decir, cualquier moneda fiduciaria puede ser moneda funcional **(aclaro, los criptoactivos no son moneda).**

Moneda de registro: la moneda en la que se llevan los libros contables[2]. En Venezuela debe ser el bolívar, de acuerdo con la Ley del BCV.

[1] NIC-21, párrafos 8 y 9.
[2] NIC-21, párrafos 34.

Moneda extranjera (divisa): cualquier moneda distinta a la moneda funcional de la entidad[3]. Por ejemplo, si la moneda funcional es el bolívar, el dólar es la moneda extranjera; pero si el dólar se define como moneda funcional, entonces el bolívar es moneda extranjera. Esto es crucial en la aplicación de la metodología de conversión.

Moneda de presentación: es la moneda en que se presentan los estados financieros[4]. Importante mencionar que la NIC-21 permite que la entidad presente estados financieros en cualquier moneda, siempre y cuando se respete la metodología de cálculo, de acuerdo con el análisis de hiperinflación contemplado en la NIC-29 *Información financiera en economías hiperinflacionarias* y la selección de la Moneda Funcional con base en la NIC-21 *Efecto de las variaciones de las tasas de cambio en moneda extranjera*

Como hemos dicho, estas definiciones son compatibles con la ley venezolana; por tanto, la Gerencia debe decidir cuál es su moneda funcional y preparar estados financieros para la toma de decisiones acordes con su realidad económica particular y expresarlos en la moneda que mejor refleja dicha realidad. No olvidemos que la contabilidad recoge los fenómenos económicos.

No obstante, ninguna entidad puede tener dos juegos de estados financieros de propósito general, esto no es posible. La NIC-1 *Presentación de estados financieros* establece que solo un juego de estados financieros es de propósito general y cualquier información adicional debe ser identificada como tal. Por tanto, cualquier juego de estados financieros adicional sería una información complementaria solo para propósitos de análisis adicional y así debe identificarse claramente.

Entonces, corresponde a la entidad definir cuál será la moneda de sus estados financieros de propósito general y cuál será la información adicional (comúnmente conocida como complementaria).

---

3 NIC-21, párrafos 8 y 20.

4 NIC-21, párrafos 8 y 19.

A. Selección de la moneda funcional en los estados financieros

Aclaremos primero que la unidad de medición para presentar estas financieros siempre será una "unidad monetaria" y no cualquier unidad de medición (los criptoactivos no son moneda). Siendo la Moneda Funcional la que determinará la metodología para presentar estados financieros, es necesario entonces entender que es la moneda funcional y los factores por considerar para seleccionarla.

En ese proceso, se tiene que tomar en cuenta que la selección de la moneda funcional tiene incidencia para identificar cuáles son los estados financieros básicos y cuáles son adicionales; para distinguir su utilidad para fines financieros y su utilidad para fines legales. Además, se debe tomar en cuenta que una vez se decida cuál es la moneda funcional, ésta no puede cambiarse.

La Moneda Funcional es…"la moneda del entorno económico principal donde opera…"

Separamos entonces el concepto en tres frases y vemos, que como hemos dicho:

"Moneda", puede ser cualquiera (Bs., US$, €, pesos);
"donde opera la entidad" significa que no necesariamente es la moneda del país donde está ubicada, que la entidad elige su moneda funcional según su operatividad propia y esta elección, por tanto, no es una decisión estándar impuesta por ninguna Autoridad Contable[5] para todas las compañías;
"entorno económico principal", se refiere a la moneda de la economía, aquella **donde normalmente se genera y se usa el efectivo[6]**, y es allí donde en nuestro país se conjugan una serie de factores contradictorios que afectan el comportamiento de la(s) moneda(s); tanto bolívares como dólares, euros o pesos. Es esa la pieza difícil de definir para muchos y donde comienza la discusión producto de un ambiente parcialmente dolarizado.

[5] En Venezuela, la autoridad contable es la Federación de Colegios de Contadores Públicos.
[6] NIC-21, párrafo 9.

El entorno económico representa un conjunto de condiciones sociales, económicas y políticas que afectan a cualquier entidad. Este concepto, conectado al elemento territorial de identificación del país o región, se vincula a una entidad cuando el mismo incide en forma directa en la generación y empleo del flujo de efectivo de la entidad.

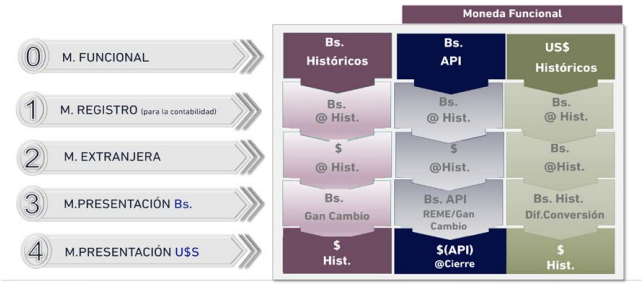
Se trata entonces de un asunto de juicio.

Se preguntan entonces **¿cómo elegir la moneda funcional en un ambiente económico híbrido?**

Muchos, olímpicamente, interpretan que la moneda funcional es el dólar por la dolarización o porque pagamos en dólares. **No es así de simple y esta visión "práctica" puede traer consecuencias negativas para un adecuado análisis de gestión**.

Como hemos descrito en la sección anterior, el análisis económico presenta características de ambas monedas como se ve a continuación:

Recordemos que la selección de la moneda funcional tiene efecto en las cifras finales por la aplicación de la metodología técnica y debemos decir que esto tiene todo el sentido económico y financiero porque aportan datos para el análisis de gestión. Para verlo claro presentamos a continuación como serían los efectos de esta selección en los estados financieros en el siguiente cuadro:



Comprender esto es importante porque la selección de la moneda funcional conlleva a metodologías distintas de conversión, ya que para cada tipo de economía (hiperinflacionaria o no) se contempla un método distinto de conversión que difiere en cuanto a cuál tasa de cambio se aplica a cada partida a convertir: la tasa de cambio de la fecha del balance (tasa de cambio corriente) o la tasa de cambio de la fecha de las transacciones (tasa de cambio histórica), según el tipo de partida. Teóricamente, la aplicación práctica de estos métodos sería: si la moneda funcional es de una economía hiperinflacionaria (bolívar) y se va a presentar estados financieros en una moneda extranjera (dólares), el método de conversión requiere el ajuste por inflación antes de aplicar la tasa de cambio de cierre a todas las partidas (sin distinción de partidas porque todas están expresadas en valores corrientes); método que, para fines prácticos, llamaremos **Método Corriente**. Si la moneda funcional es la de una economía no hiperinflacionaria (el dólar americano que es una moneda estable en su país de origen, aunque no lo es así en Venezuela) sus cifras no se ajustarían por inflación, sino que los estados financieros de presentación en dólares se convertirían a otra moneda aplicando la tasa de cambio de cierre a activos y pasivos monetarios y la tasa de cambio histórica a los activos no monetarios, ingresos, gastos y patrimonio; lo que llamaremos, para fines prácticos, **Método Histórico**.

B. Efectos de la selección de la moneda funcional en el análisis de gestión

Como hemos dicho, en Venezuela, los estados financieros en bolívares convertidos por el método corriente para presentar estados financieros en dólares son distintos a preparar estados financieros en dólares bajo el método histórico; ya que el primero incluye el efecto inflacionario que tiene el entorno venezolano en el dólar y el otro no. Veamos un ejemplo:

Supongamos que una compañía tiene solo un inmueble y en 2019 vendió solo US$ 100 (ingresos) y los mantiene en efectivo. En la **Tabla 1** veremos los estados financieros con la moneda funcional el dólar y su equivalente en bolívares (o sea, sin efectos de hiperinflación venezolana).

MF = US$	Fecha de cierre		Método histórico (sin hiperinflación)	
	31/12/2019	%	31/12/2019	%
BG	US$		Bs.	
Efectivo	$100		4.650	
Inmueble	$175		2.778	
	$275		7.429	
Capital	$200		3.175	
UND	$75		1.191	
Dif. Convers			3.063	
	$275		7.429	
GyP				
Ingresos	$100	100%	1.588	100%
Depreciación	-$25	-25%	-397	-25%
REME			-	0%
Gan Cambio			-	
	$75	75%	1.191	75%

Tabla 1: EEFF en $ y en Bs. sin considerar inflación

En la **tabla 2** veremos los estados financieros considerando como la moneda funcional el bolívar y su equivalente en dólares si se decide presentarlos en otra moneda para fines de análisis adicional (con efectos de la hiperinflación). Para fines prácticos se ha considerado que la Compañía redujo el valor del inmueble al valor del avalúo (que es igual al valor en dólares histórico) y reconoció una pérdida por deterioro, ya que el inmueble no conservó su valor ajustado por inflación.

MF = Bs.	Método corriente (con hiperinflación)			
	31/12/2019	%	31/12/2019	%
BG	Bs.		US$	
Efectivo	4.650		$100	
Inmueble	8.138		$175	
	12.788		$275	
Capital	307.553		$6.613	
UND	-294.765		-$6.338	
Dif. Convers	-		$0	
	12.788		$275	
GyP				
Ingresos	153.777	100%	$3.307	100%
Depreciación	-38.444	-25%	-$827	-25%
REME	-152.189	-99%	-$3.273	-99%
Pérd. x deterioro	-260.971	-170%	-$5.612	-170%
Gan Cambio	3.063	2%	$66	2%
	-294.765	-192%	-$6.338	-192%

Tabla 2: EEFF en $ y en Bs. considerando hiperinflación

Como se observa, la rentabilidad, con dólares como la moneda funcional (bajo el supuesto que no sufren pérdida de poder adquisitivo) sería de 25% mientras que la rentabilidad en bolívares como moneda funcional sería –192%. Es decir, este último escenario refleja la pérdida del

poder adquisitivo del dólar en el entorno venezolano. Si la Compañía no ajusta sus precios en dólares en consideración a esa pérdida de poder adquisitivo, pierde. También, hay que entender el efecto sobre la disponibilidad para dividendos y el concepto de mantenimiento de capital.

Esto ocurre porque cuando tiene una economía hiperinflacionaria los estados financieros distribuyen las cuentas patrimoniales para asegurar el mantenimiento del capital al no poder ser repartido. Mientras que en la economía estable, supuestamente la del dólar, los estados financieros reflejan que puedes confiar en el flujo de caja sin descapitalizar la compañía por dividendos porque el capital social mantiene su valor en el tiempo (no hay que ajustarlo).

Sin embargo, dijimos que eso de decidir que el dólar es la moneda funcional y aplicar el método histórico no es tan simple, ni automático ni puede reducirse a ver la forma de pago de las transacciones porque el dólar que se usa en Venezuela no es estable, sino que pierde poder adquisitivo, ni tiene el mismo poder de compra del dólar de hace un año, ni puede comprar lo mismo que un dólar en el país de su emisión, Estados Unidos. Por tanto, ese dólar que vamos a llamar hipotéticamente **"dólar venezolano" viene a ser una tercera moneda que se mueve en una economía particular y que no es** estable, se ve afectado por la hiperinflación en el país, pero como los índices oficiales de inflación se miden solo en bolívares no hay cifras oficiales de inflación en dólares que puedan usarse para utilizar el método corriente en la preparación de estados financieros en dólares.

Esto, porque en Venezuela la dolarización es informal, a diferencia de otros países como Panamá donde se han generado dolarizaciones formales y, por tanto, los índices de inflación miden la inflación en moneda local (balboa) y en dólares. No obstante, si es posible calcular el gap entre inflación y devaluación y estimar el efecto de la inflación en la moneda "dólar venezolano" y más adelante te damos la técnica.

El efecto de lo antes referido se observa claramente también cuando toca decidir el reparto de dividendos. ¿Qué pasaría si meses después, cuando se celebre la asamblea de accionistas, se quiere repartir dividendos calculados en dólares con base en estados financieros de propósito general en dólares?

Veamos el mismo ejemplo, qué pasa con el balance de cierre cuando 6 meses después se registra el dividendo, tomando ambos modelos, el dólar como moneda funcional y el bolívar como moneda funcional:

Primer ejemplo: el dólar como moneda funcional, por tanto, se aplica el método histórico:

MF = US$	Fecha de cierre	Método histórico (sin hiperinflación)	
	31/12/2019	DIVIDENDOS	30/6/2020
BG	US$		US$
Efectivo	$100	-$75	$25
Inmueble	$175		$175
	$275		$200
Capital	$200		$200
UND	$75	-$75	$0
Dif. Convers			
	$275		$200

Tabla 3: EEFF a la fecha del dividendo (en dólares método histórico)

MF = US$	Fecha de cierre	Método histórico (sin hiperinflación)	
	31/12/2019	DIVIDENDOS	30/6/2020
BG	Bs.		Bs.
Efectivo	4.650	-15.293	5.098
Inmueble	2.778		2.778
	7.429		7.876
Capital	3.175		3.175
UND	1.191	-15.293	-14.102
Dif. Convers	3.063		18.802
	7.429		7.876

Tabla 4: EEFF a la fecha del dividendo (en bolívares método histórico)

En este primer ejemplo aplicamos el **Método Histórico** suponiendo que el dólar es estable (el "dólar venezolano" no lo es) y obtenemos estados financieros expresados en Bs. y US$ (tablas 3 y 4), los accionistas simplemente se llevaron la ganancia producida en una economía y monedas estables y su capital social se mantiene porque no pierde poder adquisitivo.

Veamos el segundo ejemplo, el bolívar como moneda funcional bajo el método corriente:

En el segundo ejemplo donde la Moneda Funcional es el bolívar y se obtienen estados financieros en Bs. y en US$ bajo **Método Corriente** (tablas 5 y 6), se muestra que el dólar perdió poder adquisitivo, que

la compañía no pudo trasladar esa pérdida a los precios y, por tanto, los accionistas se llevan parte del capital si declaran dividendos. Si bien los accionistas tienen derecho a llevarse su capital, pueden haber tomado su decisión confiando en cifras que no reflejan lo que realmente está ocurriendo.

MF = Bs.	Método corriente (con hiperinflación)		
	31/12/2019	DIVIDENDOS	30/6/2020
BG	US$		US$
Efectivo	$100	-$75	$25
Inmueble	$175		$198
	$275		$223
Capital	$6.613		$7.466
UND	-$6.338	-$75	-$7.244
Dif. Convers			$0
	$275		$223

Tabla 5: EEFF a la fecha del dividendo (en dólares método corriente)

MF = Bs.	Método corriente (con hiperinflación)		
	31/12/2019	DIVIDENDOS	30/6/2020
BG	Bs.		Bs.
Efectivo	4.650		5.098
Inmueble	8.138		40.284
	12.789		45.382
Capital	307.553		1.522.389
UND	-294.765	-15.293	-1.477.007
Dif. Convers			
	12.789		45.382

Tabla 6: EEFF a la fecha del dividendo (en bolívares método corriente)

Vale también decir que los estados financieros en Moneda Corriente reflejarán las pérdidas monetarias y las ganancias en cambio por mantener posiciones en moneda extranjera, este neto representa la ganancia o pérdida financiera neta de operar en divisas en el entorno venezolano.

5. TÉCNICA PRÁCTICA PARA CALCULAR LA PÉRDIDA DEL PODER ADQUISITIVO DEL "DÓLAR VENEZOLANO"

Cuando aplicamos el **Método Corriente** en la contabilidad recogemos el efecto de la inflación en el poder adquisitivo, tanto al preparar estados financieros en bolívares como en cualquier divisa. Sabemos que un "dólar venezolano" de hoy no compra lo mismo que hace un año; perdió poder adquisitivo, pero ¿cómo lo cuantifico para tomar decisiones?.

Este efecto lo podemos visualizar mediante un cálculo que incluya los indicadores de inflación del país y la tasa de cambio. Si bien no es exacto para todos los productos es una referencia. Veamos un ejemplo con indicadores reales:

¿Cuántos dólares necesito para comprar los mismo que compraba con $100 de hace un año?

	Fecha anterior	Inflación o devaluación en Bs. y $
Monto en US$ del año anterior	$100	
TdC Bs/US$ del año anterior	25.950,42	
Bs. equivalentes en el año anterior	2.595.042	
Factor de inflación en Bs.:	37,50	3650%
Bs. constantes año actual	97.327.013	
TdC Bs/US$ del año actual	345.123	1230%
Monto en US$ del año actual	$282	182%

Como se observa, $ 100 del año anterior a la tasa de esa fecha equivalían a Bs. 2.595.042 y ese monto en bolívares ajustados por los índices de inflación nos da Bs. 97.327.013 que es lo que se necesitaría para comprar los mismos productos este año. Al dividir ese monto en bolívares entre la tasa de cambio actual, nos resultaría que necesitaríamos el equivalente de US$ 282. En este ejemplo que toma indicadores del mes de agosto de 2020 observamos que la inflación fue de 3650%, la devaluación fue 1230% y esta asimetría produce una pérdida de poder adquisitivo del dólar del 182%. Esto es el 200% de inflación en dólares del cual hablan los analistas y economistas.

No obstante, en un ambiente tan volátil como el nuestro estos porcentajes no son estáticos entre un mes y otro, sino que varían significativamente porque depende de cómo se comporta la inflación y la devaluación en cada mes. Por ejemplo, si hacemos este escenario con octubre 2020 ese 182% baja a **66%.**

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Una vez efectuado este análisis es nuestra posición que:

1. No es correcto interpretar que dolarización, transaccionalidad y/o forma de pago es igual a Moneda Funcional. No es una decisión automática ni un análisis tan simple.
2. Tampoco que la moneda funcional tiene que ser la moneda de curso legal del país (bolívares). La Moneda Funcional es aquella del entorno económico donde opera la entidad, y éste es, normalmente, aquel en el que se genera y utiliza el efectivo, con independencia de la moneda de curso legal del país donde te encuentres o uses como medio de pago. Una vez más, no es una decisión tan simple ni automática.
3. El entorno económico no lo define la "moneda de pago" sino una serie de factores que definen los precios y costos, financiamiento y ahorro. El usar una moneda dura en un entorno económico híbrido, incierto, impredecible y complejo no convierte a ese entorno estable, no-inflacionario o invulnerable ni hace lo mismo con la moneda que uses.
4. En el contexto del párrafo anterior, el hecho de que se utilice el dólar como moneda de transacción en la actividad no significa que éste sea estable en el entorno venezolano; por el contrario, el <u>dólar en Venezuela</u> es vulnerable (aunque mucho menos que el bolívar) porque pierde poder adquisitivo en la economía donde opera (la venezolana).
5. No existen índices oficiales para medir la inflación que afecta el poder adquisitivo del dólar porque en Venezuela la <u>dolarización es informal</u> y esto cae en un limbo dentro de la medición de los resultados de la política monetaria del país.

6. La dolarización informal agrega un grado de incertidumbre adicional porque la hace vulnerable a las decisiones imprevisibles que pueda tomar un banco central que, además, no tiene autonomía ante el poder ejecutivo.
7. Los factores que definen los precios y costos, financiamiento y ahorro que se utilizan de referencia para elegir la moneda funcional pueden incluir diversas características mixtas, digamos híbridas, que hacen difícil ver con claridad la Moneda Funcional y, por tanto, elegir equivocadamente por descarte y no con base en un fundamento financiero. Es necesario analizar cómo se comporta cada moneda en la economía.
8. Los estados financieros en **moneda funcional** dólar podrían no ser adecuados porque utilizan por defecto el método histórico y, por tanto, no reflejan la pérdida monetaria que sufre por efecto de la hiperinflación del país donde opera, la cual si debe considerarse si ese efecto es mayor a 100% en tres años bajo lo establecido en la normativa contable internacional, pero que se reduce a 10% anual, según Ven-NIF, una importante diferencia de principios contables.
   Sin embargo, esa pérdida monetaria no es equivalente a la inflación que medimos en bolívares, ni puede calcularse con los índices de inflación oficial calculados sobre la moneda de curso legal (el bolívar).
9. Los estados financieros en moneda funcional bolívar recogen los efectos hiperinflacionarios de la economía en esa moneda; pero son difíciles de entender por las cifras agigantadas y no se corresponden con el flujo de caja. Estos mismos estados financieros convertidos a dólares como moneda de presentación recogerían los efectos financieros de la inflación y serían más comprensibles.
10. El Método Corriente (primero ajuste por inflación y luego convertir a dólares) refleja el resultado financiero neto de pérdida (ganancia) monetaria menos ganancia (pérdida) en cambio.
11. El Método Histórico (dólares sin inflación) es apropiado solo en aquellos casos donde se concluye que la moneda funcional

es el dólar y que la pérdida de poder adquisitivo de éste (en el entorno económico de la entidad) no es mayor a 100% en tres años.

Este asunto difícil de definir porque la dolarización solo tiene 2 años (2019 y 2020), es informal, y, por tanto, no hay indicadores oficiales de los efectos de la inflación en dólares, aunque ya hay estudios de expertos que proyectan un 200% de pérdida de poder adquisitivo del dólar solo en el último año.

12. No obstante, es necesario comprender las cifras resultantes. Interpretar lo que quieren decir y cómo éstas recogen los eventos económicos.
13. Una elección equivocada de la Moneda Funcional tiene consecuencias, ya que una vez elegida no puede cambiarse, a menos que se pueda justificar un verdadero cambio en las condiciones; de lo contrario conduce a errores contables.

Recomendaciones

Bajo este contexto, nos permitimos recomendar:

1. Seleccionar como moneda funcional aquella que técnicamente le sea aplicable y preparar sus estados financieros de propósito general.
2. Preparar estados financieros con moneda de presentación dólar para fácil y útil interpretación, pero bajo la metodología aplicable a su moneda funcional real.
3. Preparar ambos escenarios, Bs. y US$, aplicando las distintas metodologías en la que asume la moneda funcional dólar y moneda funcional bolívar y evalúe la que mejor refleja su realidad de gestión.
4. Interpretar lo que estas cifras quieren decir desde el punto de vista financiero y bajo su contexto económico, el entorno en opera la entidad.
5. Analizar los escenarios fiscales resultantes de las cifras.
6. Evaluar la utilidad de la información financiera bajo los otros escenarios y presentarla a la dirección como información adicional (complementaria) para la toma decisiones.

7. Consultar a un experto sobre cómo aplicar las metodologías y le ayude a interpretar y dar las explicaciones financieras sobre tales resultados. Estos análisis son muy importantes para la fijación de precios, proyecciones, análisis de rentabilidad, análisis de mantenimiento de capital, etc. y proyectar el futuro de la compañía.

RESUMEN

Con esta investigación desmitificamos ciertos criterios financieros respecto al reconocimiento de la dolarización en los estados financieros y su relación con la inflación en el contexto económico actual, que contempla transaccionalidad en divisas y en bolívares bajo un ambiente hiperinflacionario y ¿A quién no les pasa que va al mercado y tiene que ver los precios en US$ y Bs. para entenderlos? ¿Quién no ha hecho flujos de caja en Bs. y $? ¿Quién no ha tenido problemas para entender los estados financieros en bolívares porque las cifras son enormes? ¿Por qué mi estado financiero no se parece a mi flujo de caja? ¿Cuáles estados financieros son más realistas, en divisas o en bolívares? ¿Cómo interpreto la información financiera?

Un análisis de los efectos de una economía hiperinflacionaria con indicios de dolarización en los registros contables y en los estados financieros y, por tanto, en los análisis de gestión para la toma de decisiones.

Como contadores muchas veces hemos visto el desconcierto de accionistas, directivos y gerencia por la falta de entendimiento de los resultados que arrojan los estados financieros ajustados por inflación, cifras tan altas que no permiten la toma de decisiones simples y dudas sobre la posibilidad de expresar éstos en otra moneda menos volátil. Se hace necesario entonces que el usuario pueda ver una correlación entre el negocio y las cifras.

Vemos también un ruido importante en algunos profesionales que dan por hecho que la solución es llevar la contabilidad en dólares dado el aumento de la transaccionalidad en divisas. Es necesario explicar entonces que no es así de simple.

En este trabajo analizamos y te recomendamos cómo afrontar este dilema de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados (Ven-NIF), producir estados financieros útiles y entender que es lo que estos nos están mostrando. Para ello, aquí analizamos los factores económicos, financieros y legales en la aplicación práctica de la norma contable, contemplada en la NIC-21 – *Efecto de las variaciones de las tasas de cambio en moneda extranjera* y en la NIC-29 – *Información Financiera en Economías Hiperinflacionarias*, bajo el contexto de la economía venezolana que presenta factores e indicadores híbridos junto a una hiperinflación que no solo afecta el poder adquisitivo de la moneda local sino también de las monedas más estables como el dólar. También te dejamos saber nuestra posición técnica respecto a la posibilidad de llevar estados financieros en otras monedas bajo el contexto de la normativa legal vigente.

IMPACTO DE LA MONEDA FUNCIONAL EN EL ANÁLISIS FINANCIERO.

DR. JOHN BEAUJÓN.

SUMARIO

1. Panorama actual de la información financiera. 2. Moneda funcional y análisis financiero. 3. Información financiera con propósito general. 4. Características cualitativas de la información financiera útil. 5. Proceso del análisis de negocio. 6. Elementos de los estados financieros. 7. Perspectiva financiera: ecuación contable. 8. Perspectiva financiera: estado de situación. 9. Perspectiva financiera: estado de rendimiento. 10. Negocio en el extranjero: caso Venezuela.

Páginas: 987-993 ISSN: 0798-1457

1. PANORAMA ACTUAL DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA

Existencia de una moneda de curso legal: el bolívar (VES).

Entidades que realizan actividades económicas en diversas monedas: entorno multimoneda.

Tipo de cambio de referencia publicado por el Banco Central de Venezuela (BCV).

Devaluación del bolívar respecto al dólar americano en 838,79%, desde diciembre de 2019 hasta septiembre de 2020, de acuerdo con la estadística publicada por el BCV.

Aplicación de Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) en la preparación de reportes financieros con propósito general.

Precios de bienes y servicios fijados en dólares americanos (USD).

2. MONEDA FUNCIONAL Y ANÁLISIS FINANCIERO

El concepto de moneda funcional debe considerarse al momento de reconocer en los estados financieros lo siguiente:

- Transacciones en moneda extranjera.
- Negocios en el extranjero.
- Reporte de la información financiera en una moneda distinta.

El análisis financiero consiste en la aplicación de técnicas y herramientas analíticas a los estados financieros con propósito general y datos relacionados para evaluar el desempeño del negocio y realizar estimaciones útiles para la toma de decisiones financieras.

La toma de decisiones financieras podría resumirse en dos preguntas: ¿En qué activos invertir? y, ¿Cómo obtengo el capital requerido para la inversión?

3. INFORMACIÓN FINANCIERA CON PROPÓSITO GENERAL

Su objetivo es proporcionar información financiera que sea útil a los inversionistas existentes y potenciales para tomar decisiones sobre el suministro de recursos a la entidad.

Los informes financieros con propósito general no proporcionan ni pueden proporcionar toda la información necesaria, por ello, los usuarios necesitan considerar otras fuentes, por ejemplo, las condiciones económicas generales y las expectativas, los sucesos y la situación política, y las perspectivas del sector y de la empresa.

Los informes financieros con propósito general no están diseñados para mostrar el valor de la entidad, pero proporcionan información para ayudar a estimarlo.

4. CARACTERÍSTICAS CUALITATIVAS DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA ÚTIL

Si la información financiera ha de ser útil, debe ser relevante y representar fielmente lo que pretende representar. La utilidad de la información financiera se mejora si es comparable, verificable, oportuna y comprensible.

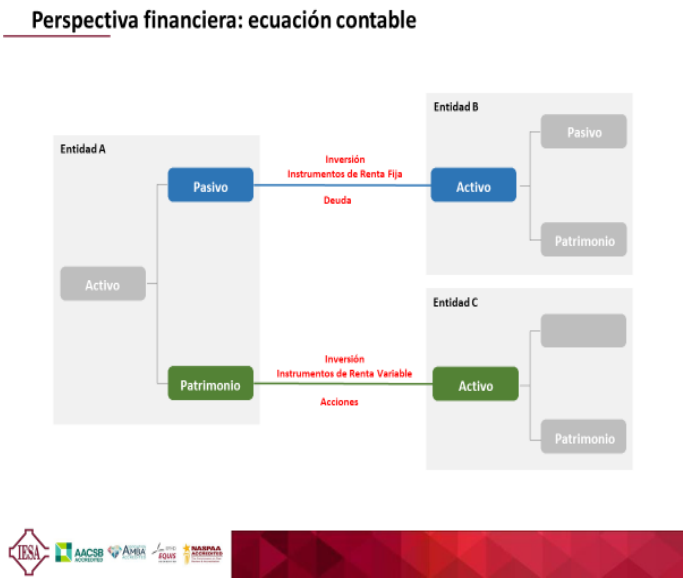
Para ser útil, la información financiera debe no sólo representar las transacciones relevantes, sino que también debe representar de forma fiel la esencia de los fenómenos que pretende representar.

En muchas circunstancias, la esencia de un fenómeno económico y su forma legal son las mismas. Si no lo son, el suministro de información solo sobre la forma legal no representaría de forma fiel el fenómeno económico.

5. PROCESO DEL ANÁLISIS DE NEGOCIOS

6. ELEMENTOS DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

7. PERSPECTIVA FINANCIERA: ECUACIÓN CONTABLE

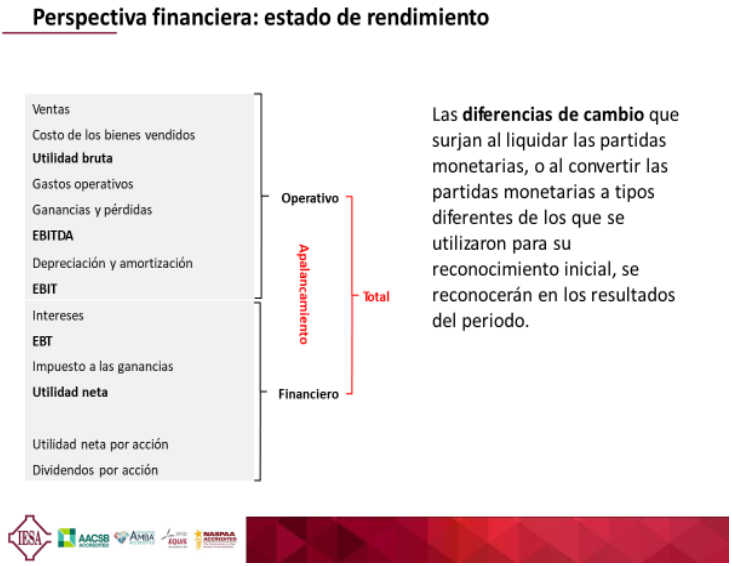


8. PERSPECTIVA FINANCIERA: ESTADO DE SITUACIÓN

Partida monetaria es el derecho a recibir (activo) o la obligación de entregar (pasivo) una cantidad fija de unidades monetarias.

Partida no monetaria es la ausencia de un derecho a recibir o una obligación de entregar una cantidad fija de unidades monetarias.

9. PERSPECTIVA FINANCIERA: ESTADO DE RENDIMIENTO



10. NEGOCIO EN EL EXTRANJERO: CASO VENEZUELA

Negocio en el extranjero es toda entidad subsidiaria, asociada, acuerdo conjunto o sucursal de la entidad, cuyas actividades están basadas o se llevan a cabo en un país o moneda distintos a los de la entidad que informa.

La **consolidación** implica presentar los activos, pasivos, patrimonio, ingresos, gastos, y flujos de efectivo de la controladora y sus subsidiarias como si se tratase de una sola entidad económica.

Cuando una controladora **pierda el control** de una subsidiaria, dará de baja en cuentas los activos y pasivos de la entidad que ha dejado de ser subsidiaria del estado de situación financiera consolidado.

LA *DISFUNCIÓN* DEL BOLÍVAR Y LA *DOLARIZACIÓN* DE FACTO DE LA ECONOMÍA*

<aspectos legales y fiscales>.

HUMBERTO ROMERO-MUCI.**

---

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje al profesor Luis Cova Arria auspciado por la Academia de Ciencias Politicas y Sociales. En expresión de reconocimiento y admiración por su trayectoria académica y por su impronta de venezolano ejemplar. Agradecimiento muy especial al Economista Dr. Urbi Garay por la información sobre inflación y depreciación del bolívar. A los profesores Contadores John Beaujon, Luis Aguilera y Carmelo Segreto, por la revisión de los conceptos y opiniones contables. A Rayma Suprani por el uso de su ingeniosa caricatura sobre bolívar disfuncional. Por supuesto la responsabilidad de todo lo aquí expuesto, opinado y presentado es exclusivamente del autor.

** Abogado ***summa cum laude*** de la **Universidad Católica Andrés Bello**, Magister en Leyes de **Harvard Law School**, Doctor en Derecho de la **Universidad Central de Venezuela**, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14). Socio en el escritorio jurídico **D'Empaire**.

SUMARIO

Introducción. 1. Sobre la moneda funcional y la moneda de reporte. a. La NIC 21 sobre el efecto de las variaciones en la tasa de cambio de la moneda extranjera, b. La moneda funcional, c. La moneda de presentación, d. La moneda funcional y la moneda extranjera. Diferencias con la moneda de curso legal. e. Reconocimiento de las diferencias en cambio. f. El cambio de moneda funcional, g. La utilización de una moneda de presentación distinta de la moneda funcional. El bolívar como moneda de presentación. 2. Sobre la legalidad del cambio de moneda funcional al dólar. 3. Sobre el tratamiento fiscal de los ajustes contables por el cambio de moneda funcional. 4. Sobre el tipo de cambio aplicable a la valoración de los EEFF en dólares. 5. Sobre la valoración y registro contable de activos y pasivos en moneda extranjera. 6. Sobre las implicaciones del tipo de cambio vigente. 7. Sobre la valoración de las cuentas en moneda extranjera para fines del impuesto sobre la renta. 8. Sobre la valoración de las transacciones en moneda extranjera para fines del impuesto sobre la renta. 9. Sobre el tratamiento de las ganancias y pérdidas en cambio para fines del impuesto sobre la renta. 10. Sobre la posibilidad jurídica de la valoración directa de la base imponible del ISR en moneda funcional dólar. 11. Sobre el tratamiento a los fines del Impuesto al Valor Agregado y del Impuesto de Importación. 12. Otros tributos que se determinan sobre ingresos brutos. Conclusiones. Bibliografía.

Páginas: 995-1064 ISSN: 0798-1457

INTRODUCCION

La hiperdevaluación e hiperinflación pulverizaron el poder adquisitivo del bolívar, colapsando el sistema monetario nacional. El bolívar lleva dos reconversiones y la quita de ocho ceros[1]. En 20 años se depreció 316 millardos (mil millones) %[2]. La inflación acumulada es de 5.303 millardos (mil millones) %[3]. Estas cifras son difíciles de expresar, asimilar y entender.

---

[1] La ***reconversión monetaria*** es una ***redenominación*** del valor nominal del bolívar como moneda de curso legal. Sólo afectó la función del bolívar como **"unidad de cuenta"**. No incidió sobe el poder adquisitivo del bolívar o su poder liberatorio como moneda de curso legal (tasa de precios), ni en su convertibilidad externa (tasa de cambio). (i) ***Gaceta Oficial* No. 38.638** , de fecha 6 de marzo de 2007, Decreto Ley 5.229 de fecha 06 de marzo de 2007 y (ii) ***Gaceta Oficina***l No. 41387 del 30 de Abril de 2018. Ver nuestro trabajo, **"Contribución al estudio de la reconversión monetaria del bolívar: Aspectos jurídicos, financieros y fiscales",** en ***La reconversion monetaria*,** Serie Eventos No. 24, Academia de Ciencias Politicas y Sociales, Caracas 2007, p. 20. Ver sobre la inefectividad de la reconversión sin políticas efectivas de eliminación de la inflación. Pronunciamiento de las Academias Nacionales **"Las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del gobierno nacional. 10 de abril de 2018"**, en ***Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*** *Nº 157 – enero-diciembre 2018 pp.: 57-61 ISSN: 0798-1457.*

[2] Según la información que aparece en la página del BCV, el IPC (2007=100) tiene los siguientes valores:
Febrero, 1999: 20,99; Mayo, 2020: 66.382.249.099,5. Es decir, algo que valía 20,99 Bs. en febrero de 1999, valdría 66.382.249.099,5 en mayo de 2020 (último mes reportado por el BCV). Una vez que se le agregan al bolívar los 8 ceros que se le quitaron por las dos reconversiones (tres ceros en 2008 y cinco ceros en 2018). Así que, entre febrero de 1999 y mayo de 2020, los precios han subido un 316 millardos (mil millones) porciento. Obviamente, estas cifras son difíciles de asimilar y de entender. Es importante recordar que desde 2017 la Asamblea Nacional calcula un índice de inflación distinto al del BCV (decidió hacerlo ante los retrasos recurrentes del BCV en divulgar esa información). Ese índice difiere del calculado por el BCV. Por ejemplo, en 2018, la tasa de inflación anual según el BCV fue de 130.060%, mientras que según los cálculos de la AN fue 1.698.488%, es decir, fue unas doce veces más alta.

[3] Según BCV en febrero de 1999, la cotización Bs/$ fue Bs.576/$. Hoy la cotización es Bs.305.500 (24 de agosto 2020) Al agregarle los 8 ceros de las reconversiones del bolívar, la

Solo puede decirse una cosa: Hoy el bolívar es una moneda disfuncional. Como moneda perdió su capacidad para servir como unidad de cuenta, como medio de pago y para atesorar valor[4]. El bolívar, aunque sea de curso legal es tan disfuncional que, casi no circula, ni se usa.

En su lugar la economía se dolarizó de facto[5]. El dólar norteamericano (dólar) desplazó el bolívar como medio para atesorar valor, para denominar obligaciones y servir como medio de pago. Ese desplazamiento funcional ocurre no solo en transacciones con el exterior, sino dentro de la propia economía. Así las cosas, internamente, el dólar se convirtió **"…en la moneda del entorno económico principal en el que se transa la operación de la mayoría de los agentes económicos en el país".**

Si bien el dólar no es moneda de curso legal en el país, lo cierto es que circula lícitamente[6] y se convirtió ***de facto*** en el medio de cambio que genera y se emplea fundamentalmente como efectivo o para indexar pagos en bolívares. En palabras resumidas, en la arruinada economía venezolana, el uso del dólar genera confianza entre sus usuarios por su estabilidad, mientras que el bolívar perdió aceptación por su volatilidad extrema.

---

cotización actaul sería de Bs.30.550.000.000.000 de aquel entonces, es decir, treinta millardos quinientos cincuenta mil millones. El bolivar se depreció 53 millardos 38 millones 194 mil 444 veces.

4 Ver sobre las propiedades jurídicas del dinero, Brewer-Carías, Allan, **"Aspectos del régimen jurídico de la moneda"**, en ***Revista de Derecho Público*** N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 5 y ss; del mismo modo, Rodener, James-Otis, ***El dinero,*** Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 34 a la 70.

5 Sobre la dolarización transaccional de la economía venezolana, ver Palma Carrillo, Pedro, ***La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)***, Editorial Juridica Venezolana, Ediciones IESA, Caracas 2020, p. 365; Garcia Larralde, Humberto, **"Critica del actual control de cambio en Venezuela"**, en web: [https://www.academia.edu/10234449/Cr%C3%ADtica_del_actual_control_de_cambio_en_Venezuela]; Ver sobre las posibilidades jurídicas de una dolarizacion formal, de derecho o propiemente dicha en Venezuela, Hernández G., José Ignacio, **"Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela"**, en ***Revista de Derecho Público***, No. 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, p**.** 314;

6 Nuestros analisis sobre la desregulación y despenalización del control de cambios, la potencial dolarizacion de facto creada por la libertad cambiaria y la disfuncion del bolivar ***Cfr***. Romero-Muci, Humberto, **"Notas sobre las oscuridades intencionales del régimen cambiario de 2018:<aspectos jurídicos y contables>"** en ***Revista de Derecho Tributario*** No. 160, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Octubre-Diciembre de 2018, Caracas, p. 23 y ss.

Que la economía se haya dolarizado ***de facto*** significa mucho más que el uso del dólar como moneda de cuenta y pago efectivo, significa también que, se convirtió en moneda funcional para la cuantificación de la situación y rendimiento financieros (resultados) de la gran mayoría de los operadores económicos en el país, aunque el reporte siga efectuándose en bolívares.

En efecto, el dólar representa la sustancia económica como ***unidad de cuenta*** o referencia para establecer precios, costos y gastos de sus operaciones y, además, es la moneda en la cual se mantiene el efectivo para el pago a terceros y accionistas.

El bolívar como moneda de curso legal quedó relegado a una simple función de reporte o presentación imperativa[7], que se cumple, cada día, con mayor precariedad, porque su denominación se hace inmanejable por la hiperinflación. Ni siquiera sirve para ser ajustado a valores constantes, o lo que es igual, ser ajustado por inflación porque el propio Banco Central de Venezuela (BCV) se encargó de generar todo tipo de dudas sobre la sinceridad de las cifras oficiales sobre inflación. Los INPC fueron subestimados, ocultados y demorados ostensiblemente, de modo que la corrección monetaria del bolívar nunca pudo ser un correctivo idóneo para garantizar la homogenización y comparabilidad de los valores denominados en esa moneda[8].

---

[7] La cualidad legal de moneda o unidad monetaria esta institucionalizada a través de la designación normativa del medio de pago y la atribución a dicho medio del poder liberatorio ilimitado de obligaciones pecuniarias en una jurisdicción política. En Venezuela solo el bolívar tiene reconocimiento como tal moneda de curso legal. Así lo confirman el artículo 318 Constitucional y los articulos 106 y 107 de la Ley del Banco Central de Venezuela (***Gaceta Oficial*** No. 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015). Los articulos 129 y 130 funcionaliza el bolivar como "lenguaje monetario" (generalización de sentido simbólico). Esta función linguística del bolívar busca hacer factible la reflexividad de los procesos comunicativos referido al valor económico mediante su uso obligatorio en los documentos que deben surtir efecto en Venezuela, sea (i) el reporte contable (Articulo 129) y (ii) en los memoriales, escritos, asientos y demas documentos relativos a operaciones internacionales (***recticus***: que involucren la referencia a la moneda extranjera) (articulo 130).

[8] ***Cfr***. Romero-Muci, Humberto, **"La mentira contable": crónica de incomunicación y engaño <Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>",** en ***Revista de Derecho Público*** No. 159-160, Julio-Diciembre de 2019, Editorial Juridica Venezolana, Caracas, p. 160; tambien en ***Revista Venezolana de Legislacion y Jurisprudencia***, N.º 13, Caracas 2020, pp. 385-407.

En este contexto, la disfunción del bolívar implica que, su uso genera desinformación contable. Tan sencillo como que, en bolívares el operador económico no se sabe si gana o si pierde. No puede tomar decisiones racionales sobre la disposición de sus recursos económicos. La contabilidad determinada en bolívares consiste en un batiburrillo informativo expresión de cifras incomparables, inconfiables e irrelevantes. Hoy ningún operador económico racional puede sostener con seriedad que los EEFF medidos en bolívares representan la ***imagen fiel*** del patrimonio y del resultado de una entidad económica[9].

Por esa razón, desde un punto de vista de la técnica contable, la necesidad de utilidad de la información financiera implica el uso de una unidad de cuenta que garantice la comparabilidad de esta[10]. Tal proceder se alinea con los mandatos de la técnica contable de aplicación en Venezuela. En esencia la Norma Internacional de Contabilidad No. 21 sobre **"efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera"[11]** ("NIC 21"), por reenvío de los principios de contabilidad de aceptación general ("PCGA") en Venezuela, declarados por la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela ("FCCPV"), denominados "VEN NIF".

Por tanto, para los operadores económicos la adopción del dólar como moneda funcional implicará un cambio de política contable, que será razonable siempre que, efectivamente, (i) el dólar sea la moneda del entorno económico principal de la entidad, (ii) esa posición contable esté técnicamente justificada por los VEN NIF y (iii) esté avalada por los contadores y auditores financieros, esto es, que la aplicación de la moneda funcional dólar y su traducción a bolívares, representa la imagen fiel del patrimonio de aquel.

De otro lado, la hiperinflación, la liberación del tipo de cambio y la exclusión del ajuste por inflación fiscal para los sujetos pasivos especiales en el ISR, se traducen en importantes distorsiones en la medición

---

9 ***Marco conceptual***, parrafo 5.

10 La nocióan de comparabilidad supone que la medida y presentación del efecto financiero de similares transacciones y otros sucesos, deben ser llevadas a cabo de una manera consistente por toda la empresa, a través del tiempo para tal empresa y también de una manera consistente para diferentes empresas. ***Marco Conceptual*** Parrafo 39.

11 ***Cfr***. https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-21-the-effects-of-changes-in-foreign-exchange-rates/#translations

de la renta gravable. Contradictoriamente induce a la imposición de ganancias monetarias ficticias, a la vez que omite la minoración de pérdidas reales por exposición a la inflación[12].

El tratamiento de las ganancias y pérdidas en cambio a los fines del ISR constituye uno de los asuntos de mayor interés y actualidad sobre valoración contable con consecuencias fiscales.

Es de sumo interés entender los criterios de pertinencia y validez de los cambios de la moneda funcional para fines financieros, su recepción para fines legales y su aplicación a los dominios de la base imponible del ISR (renta territorial y renta extraterritorial). Particularmente, ponderar si las funciones de la moneda de curso legal son exclusivas y excluyentes en la determinación tributaria respecto de cualquier otra unidad monetaria o si pueden limitarse al solo reporte o declaración, documentación y respaldo de la información fiscal.

Esas diferencias de valor plantean retos importantes para determinar cuándo y en qué contexto económico representan incrementos o decrementos patrimoniales que están disponibles o causados para fines impositivos, esto es, cuándo representan manifestaciones efectivas de capacidad contributiva.

El diseño de la base imponible del ISR no estuvo pensado para tan radical cambio de circunstancias. No estuvo pensado para aplicar en un contexto de anormalidad monetaria y colapso del bolívar como moneda de curso legal. Sí estuvo pensado para que funcionara la corrección monetaria de la base imponible, pero esta fue ilegítima y protervamente desaplicada a los llamados sujetos pasivos especiales.

La dolarización de facto de la economía y la adopción del dólar como moneda funcional pone en tensión los intereses técnicos que

---

[12] Ver nuestros comentarios en Romero-Muci, Humberto, **"Aspectos protervos en la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros"**, en ***Tributación y regulación. Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario***, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015; **"Aspectos financieros y fiscales del nuevo régimen cambiario de 2014"**, en ***VI Jornadas Aníbal Dominici. Homenaje Dr. Oswaldo Anzola P.***, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2014., Abache Carbajal, Serviliano, ***La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta (Sobre la «reforma jurisprudencial» de 2007, las «reformas ejecutivas» de 2014 y 2015, y el «Decreto Constituyente» de 2018)***, Serie Estudios No. 113, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2019.

justifican los criterios de cuantificación para fines financieros y para fines fiscales, los cuales deben ser ponderados con otros valores superiores del ordenamiento jurídico para estimar, no solo la justicia de la imposición, sino su efectividad según la capacidad económica del contribuyente.

A estas consideraciones dedicamos el presente trabajo, anticipando nuestra conclusión sobre la licitud del cambio de la moneda funcional al dólar siempre que se cumplan las condiciones técnicas exigidas por la normativa contable al respecto. Para este fin hacemos una completo análisis de la función de los conceptos moneda funcional, monde de presentación, moneda extranjera, sus diferencias con la moneda de curso legal, el reconocimiento de las diferencias en cambio para fines financieros. Del mismo modo, confirmamos la licitud de la dolarización de facto del tráfico jurídico y exploramos las alternativas jurídicas de la recepción del dólar como moneda funcional para fines de la determinación de la base imponible del ISR, los particularismos que exige la imposición sobre ganancias cambiarias efectivas y no simplemente nominales, así como las circunstancias para la minoración de pérdidas cambiarias realmente consumadas. Finalmente, damos cuenta del tratamiento de los ajustes por cambios metodológicos de la unidad de cuenta y su aplicación en otros tributos incididos por la variación de la moneda funcional y su diferencia con las situaciones de reporte.

1. SOBRE LA MONEDA FUNCIONAL Y LA MONEDA DE REPORTE

La contabilidad es el lenguaje técnico universal con el que se informa de los derechos de los individuos a los recursos económicos en condiciones de transparencia y utilidad informativa para la toma de decisiones racionales sobre la asignación de recursos en la economía. Para que la información financiera sea útil debe ser relevante y representar fielmente lo que pretende representar. La utilidad de la información financiera se mejora si es comparable, verificable, oportuna y comprensible[13].

[13] ***Cfr***. Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, ***El marco conceptual para la información financiera***, Parrafo 2.4, consultado en https://www.nicniif.org/home/iasb/que-es-el-iasb.html

Los informes financieros representan fenómenos económicos utilizando palabras y números. El leguaje contable se expresa (simboliza) fundamentalmente en forma cuantitativa. Los distintos elementos reconocidos en los estados financieros se cuantifican en términos monetarios.

Este proceso se denomina genéricamente como "valuación" y se cumple combinando dos criterios que son insolubles: De un lado el uso de una (i) ***base de medición***[14] (costo histórico o valor corriente <valor razonable, valor de uso o valor de cumplimiento>) y el uso de una (ii) ***unidad de medida*** con la que se expresa ese valor (moneda histórica o moneda de cierre)

Específicamente la ***unidad de medida*** representa un módulo o patrón representativo de un valor uniforme. En contabilidad la unidad de medida es típicamente una moneda o una unidad monetaria[15].

La moneda cumple una función fundamental como medio para denominar, intercambiar bienes y servicios y para atesorar valor. Permite la asignación de valor a las distintas transacciones, bienes y obligaciones, para después agregarlos y determinar cifras relevantes de los distintos elementos de los estados financieros de la entidad.

Se presume que por su uso general la moneada permite medir y representar en forma uniforme u homogénea el valor de las transacciones celebradas y el registro de los distintos elementos patrimoniales de una

---

[14] *Cfr*: "Una base de medición es una característica identificada del elemento que sea medido. La aplicación de una base de medición a un activo o pasivo crea una medida para ese activo o pasivo, asi como para cualquier ingreso y gasto relacionado" en *El marco conceptual para la información financiera* Párrafo 6.1, consultado en https://www.nicniif.org/home/iasb/que-es-el-iasb.html

[15] Por eso hemos dicho que, los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que los criptoactivos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, ***per se***, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda. "Porque los criptoactivos o el Petro no pueden utilizarse contablemente como unidad de medida contable, su pretendido uso como unidad de cuenta constituye jurídicamente un objeto ilícito y de imposible ejecución técnica, lo que hace inválido y nulo cualquier acto de aplicación que implique su uso obligatorio". *Vid.* Romero Muci, Humberto, "El petroengaño contable (análisis jurídico del Decreto No 4025, de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto de BA VEN NIF No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEFF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEFF medidos en criptoactivos)", en https://cedice.org.ve/observatoriogp/portfolio-items/3617/

entidad. La homogeneidad del valor facilita la calidad comparable de la información financiera.

Con toda razón se ha dicho que, **"Toda la formulación contable reside en el postulado fundamental de la permanencia del patrón monetario de medida, es decir, de la estabilidad monetaria. Cuando esta se altera, la contabilidad pierde su significado, su función representativa y pasa a exponer un conjunto heterogéneo de valores no comparables entre sí, porque vienen expresados en unidades de medida con igual valor nominal, pero con dinero de distinto poder adquisitivo, correspondientes a las fechas en que fueron realizadas las adquisiciones"[16].**

Por su parte la virtualidad sobre el valor fungible del dinero ha sido explicada con gran elocuencia por el profesor Chillida, señalando al efecto que, **"El dinero como unidad de cuenta se distingue de los demás bienes y servicios en que su precio no puede variar, ya que es siempre igual a uno; es decir, la relación de cambio de la unidad monetaria por otra unidad igual debe ser siempre uno. Por otra parte, los precios de los bienes, medidos en términos de dinero fluctúan libremente, dentro de ciertas limitaciones derivadas del mayor o menor grado de intervencionismo del Estado"[17].**

a. NIC 21 *sobre el efecto de las variaciones en la tasa de cambio de la moneda extranjera*

Contablemente, la unidad monetaria sirve para (i) ***cuantificar*** como para (ii) ***reportar*** la situación y resultados financieros.

Las reglas técnicas y las construcciones conceptuales elaboradas para organizar la medición de los EEFF están contenidas en la NIC 21 ***sobre efecto de las variaciones en la tasa de cambio de la moneda extranjera.***

La función de ***cuantificación*** se atribuye a la llamada "moneda funcional" y la función de ***reporte*** se atribuye a la llamada "moneda de presentación".

---

[16] *Cfr*. J. Ma. Fernández Pirla, *Comentarios a la Ley de regularización de balances,* Ariel, Barcelona 1963, p. 20, citado por Eva Andrés Aucejo, *op.cit.,* p. 19.

[17] *Cfr*. Carmelo Chillida, *Análisis e interpretación de balances,* Tomo I, <situación financiera a corto plazo>, Universidad Central de Venezuela, Tercera reimpresión, Caracas 2000, p.202.

Otro concepto central en la materia es la llamada "moneda extranjera" que designa cualquier otra moneda que no es la moneda funcional de la entidad. Sobre todos estos conceptos volveremos más adelante. Por ahora solo queremos destacar la racionalidad técnica que subyace a la unidad de cuenta y su finalidad institucional.

En sustancia el objeto de la NIC 21 es garantizar la cuantificación uniforme de los distintos elementos de los EEFF para asegurar la comparabilidad de las cifras utilizadas tanto para fines de cuantificación como de presentación de esa información[18]. Para ello asegura la homogenización de la unidad de cuenta utilizada en una sola unidad de medida que se selecciona como principal o funcional por ser la más efectiva para cumplir ese fin práctico. Cualquier transacción denominada en otra moneda (extranjera), tendrá que ser convertida en términos de la moneda funcional para uniformar la agregación de cifras que resulten después en la síntesis de valor asignado a los distintos elementos de los EEFF[19].

La NIC 21 prescribe cómo se identifica la moneda funcional, cómo se incorporan o reconocen en los estados financieros de la entidad las transacciones en moneda extranjera y cómo se convierten los estados financieros a la moneda de presentación elegida.

---

[18] "La contabilidad en su concepción clásica descansa sobre la hipótesis de la inmutabilidad del valor de la moneda. Para cumplir con sus objetivos recurre a una medida o patrón uniforme –o mejor, pretendidamente uniforme- como parte del lenguaje simbólico con el que intenta representar la actividad operativa real de la empresa. Ese patrón o unidad es la moneda. Pero sucede que la moneda no es una medida de valor inmutable. Este error proviene de confundir la obligatoriedad de su curso legal con su poder adquisitivo. Y cuando las situaciones que se muestran a través de ese patrón corresponden a momentos diferentes en el tiempo, se introducen en la medición distorsiones...". *Cfr.* López Santiso, Horacio y García, Fernando D., *Ajuste impositivo por inflación,* Ediciones Macchi, Buenos Aires 1988, p. 39.

[19] En los Estados Unidos rigen los principios contables emanados del Consejo de Normas de Contabilidad Financiera (FASB) Codificación de Normas de Contabilidad (ASC o Codificación). El equivalente de la NIC 21 es la ASC 830, Asuntos de moneda extranjera, proporciona los requisitos de cuantificación y presentación de informes para transacciones en moneda extranjera y la conversión de estados financieros de una moneda extranjera a la moneda de presentación. La ASC 830 también se aplica a la conversión de estados financieros para propósitos de consolidación, combinación o el método de contabilidad de participación. Ver para todo detalle Ernst & Young, *Financial Reporting Developments - Foreign currency matters, A comprehensive revised guide 29 Jul 2020* https://www.ey.com/en_us/assurance/accountinglink/financial-reporting-developments---earnings-per-share

Los temas principales que trata son (i) cómo se contabilizan las transacciones y los saldos en moneda extranjera, (ii) cómo se convierten los resultados y la situación financiera de la entidad en una moneda de presentación y (iii) como se presenta la tasa o las tasas de cambio a utilizar, y cual es (iv) la manera de informar sobre los efectos de las variaciones en las tasas de cambio dentro de los estados financieros.

b. La moneda funcional

La "moneda funcional" es aquella idonea para cumplir funciones de cuantificación. Esa aptitud viene dada por representar la sustancia o el entorno económico principal en el que opera la entidad[20]. Este ambiente se presume fundamentalmente a partir del uso de la moneda en que normalmente se genera y emplea efectivo y otras circunstancias técnicas significativas tales como la moneda que influye fundamentalmente en la denominación (cuenta) y liquidación (pago) de (i) los precios de venta de los bienes y servicios, (ii) los costos de la mano de obra, de los materiales y de otros costos de producción de los bienes y suministro de servicio, la denominación y pago de (iii) los fondos de las actividades de financiación, sea que corresponden a instrumentos de deuda o de patrimonio[21], o la (iv) moneda en que se mantienen los importes cobrados por las actividades operativas.

En caso de que los indicios comentados sean contradictorios y no resulte obvio cuál es la moneda funcional, la decisión será un juicio de la gerencia para determinar la moneda funcional que más fielmente

[20] NIC 29, párrafo 9. Hoy, por ejemplo, los precios de la gasolina y demás combustibles son fijados en dólares.

[21] NIC 21, párrafo 10. Del mismo modo, se estableció el ajuste de los creditos bancarios según indice vinculado a la variación de la variacion del tipo de cambio de refencia de mercado. La Resolución No. 19-09-01 el BCV estableció que "los créditos comerciales en moneda nacional a ser otorgados por las instituciones bancarias, deberán ser expresados únicamente mediante el uso de la Unidad de Valor de Crédito Comercial (UVCC)".. La indexación en términos de la UVCC, consiste en ajustar el monto nominal del crédito resultante de dividir el monto en bolívares a ser liquidado del crédito otorgado entre el índice de inversión vigente para dicha fecha, el cual será determinado por el BCV tomando en cuenta la variación del tipo de cambio de referencia de mercado y publicado diariamente en su página web. *Gaceta Oficial* Nro. 41.742 de fecha 21 de octubre de 2019. Ver http://www.bcv.org.ve/estadisticas/tipo-de-cambio

represente los efectos económicos de las transacciones y sucesos y condiciones subyacentes[22]. La prioridad la tiene la moneda que influye fundamentalmente en la denominación de los precios de bienes y servicios objeto de la operación de la entidad.

La moneda funcional de la entidad reflejará las transacciones, sucesos condiciones que subyacen y son relevantes para la misma. Por consiguiente, una vez escogida la moneda funcional no se cambiará a menos que se produzca un cambio en tales transacciones, sucesos o condiciones[23].

Si la moneda funcional es la moneda de una economía hiperinflacionaria, los estados financieros de la entidad serán reexpresados de acuerdo con la NIC 29 sobre ***información financiera en economías hiperinflacionarias***[24].

A pesar de que la reexpresión de la moneda es una técnica idónea para procurar la homogeneidad de la unidad de cuenta en una economía hiperinflacionaria y cuantificar los distintos elementos de los EEFF de manera uniforme, lo cierto es que, en el caso venezolano, la corrección monetaria del bolívar no es confiable por la política deliberada de opacidad del BCV en la publicación de las estadísticas sobre los INPC[25].

El incumplimiento informativo del BCV respecto de la publicación de los INPC (sobre la variación de la inflación) también produjo y produce todavía incomunicación. Todo ello redujo las oportunidades de los operadores económicos de reconocer la inflación en los EEFF.

La situación anotada derivó en que, en Venezuela la contabilidad ajustada por inflación se convirtió en un conjunto recargado de estimaciones inconfiables, no verificables, que derivaron en información irrelevante, incomparable y por lo tanto inútil.

La particular aplicación de la NIC 29 en Venezuela está adaptada en la BA VEN NIF 2, versión 4 "Criterios para el reconocimiento de la

---

22 NIC 21, párrafo 12.

23 NIC 21, párrafo 13.

24 NIC 21, párrafo 14.

25 Ver nuestro libro ROMERO-MUCI, Humberto**,** *Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. <Una reflexión sobre tributación indigna>*, Serie Estudios No. 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, 119 p. ISBN 978-980-12-9063-6.

inflación en los Estados Financieros" FCCPV[26], que contiene una aproximación a la solución del reconocimiento de la omisión de las estadísticas sobre los INPC y su publicación extemporánea y sobrevenida[27].

c. La moneda de presentación.

La "moneda de presentación" es la que sirve para exteriorizar cuantitativamente la información sobre los resultados y la situación financiera del ente. La moneda funcional y la moneda de reporte por lo general coinciden, pero en caso de que sean distintas la situación y el resultado medido en la moneda funcional deberá ser traducido a la moneda de presentación elegida[28].

El bolívar es la moneda de presentación obligatoria en Venezuela. Así lo confirma el artículo 129 de la LBCV, cuando ordena que **"…en la contabilidad de las oficinas públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el Código de Comercio, los valores se expresarán en bolívares".** Se deja a salvo que, la norma permite que puedan asentarse (registrarse) operaciones de intercambio internacional contratadas en monedas extranjeras, cuya mención puede hacerse en dichas monedas, aunque haciendo la respectiva traducción al contravalor en bolívares. Del mismo modo, pueden habilitarse libros auxiliares para las mismas operaciones, con indicaciones y asientos en moneda extranjeras.

d. La moneda funcional y la moneda extranjera. Diferencias con la moneda de curso legal.

Para fines técnicos contables la moneda funcional es la moneda que sirve para cuantificar las transacciones del entorno económico

---

26 La FCCPV *BA VEN NIF-2, versión 4,* "Criterios para el reconocimiento de la inflación en los estados financieros preparados de acuerdo con los VEN-NIF", Directorio Nacional Ampliado Extraordinario, Caracas, noviembre 2018, disponible en web: [https://www.ven-nif.com/normas/ba-ven-nif/ba-ven-nif-2.html]

27 Sobre la BA VEN NIF 2, verson 4 nuestros comentarios en "La mentira contable crónica de incomunicación y engaño *<Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>"*, en Revista de Derecho Público No. 159-160, Julio-Diciembre de 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 203.

28 NIC 21, párrafo 9.

principal en el que opera la entidad, esencialmente en la que se genera y emplea el efectivo.

El efecto práctico más importante del uso de la moneda funcional es el registro de las transacciones y la valoración de los elementos de activos y pasivos denominados en una moneda distinta a la funcional. Esa otra moneda se denomina a los fines técnico-contables "**moneda extranjera**".

En este contexto epistémico una transacción en moneda extranjera es toda transacción cuyo importe se denomina o se exige su liquidación en una moneda distinta de la funcional, tanto para la compra o venta de bienes y servicios, préstamo o toma de fondos prestados cuando estos se establecen para el pago en dicha moneda o se adquiere o dispone de activos o se asumen pasivos, siempre que estas operaciones se hayan determinado en dicha moneda.

Esta precisión terminológica es necesaria para no incidir en una falacia de ambigüedad, porque el término tiene un diferente significado jurídico. Por tal razón puede generar confusión ya que, en derecho la "moneda extranjera" es la que no es de ***curso legal***. Se entiende por moneda de ***curso legal*** aquella que es de recepción obligatoria para la liberación de cualquier tipo de obligación pecuniaria, en una determinada jurisdicción monetaria, salvo pacto en contrario[29].

Ese distinto sentido se evidencia del empleo prolijo del término en el contexto de la LBCV cuando se refiere a "moneda extranjera"[30] por oposición a la "moneda nacional", a "moneda distinta al bolívar"[31] o simplemente distingue entre "moneda extranjera y bolívares", incluso llega a utilizar el término "divisa" y "moneda fiduciaria internacional"[32]. Leyes y normas tributarias también se hacen eco del término "moneda extranjera".

En materia contable el concepto de la ***moneda funcional*** sirve para identificar la unidad monetaria que debe ser utilizada para cuantificar la

[29] Artículo 128 de LBCV. Precisamente, porque la moneda legal no implica ni excluye que pueda convenirse obligaciones denominadas o pagarse en monedas distintas (moneda extranjera) o corregir los cambios de valor del bolívar, el curso legal no implica curso forzoso, esto es, el uso exclusivo del bolívar como moneda de cuenta y pago.

[30] Artículos 127, 128, 129, 130 y 131 LIBCV.

[31] Artículo 127 de LBCV.

[32] Artículo 127 de LBCV.

situación y los resultados financieros de la entidad, porque representa la sustancia económica de la operación, independientemente de que sea de curso legal o no. En principio, la moneda funcional es la moneda de curso legal, pero puede diferir.

Como precisamos anteriormente, en contabilidad la moneda extranjera es cualquier moneda distinta a la moneda funcional. Por su parte, una transacción en moneda extranjera es toda transacción cuyo importe se denomina o exige su liquidación, en una moneda extranjera[33].

Así las cosas, toda transacción en moneda extranjera se registrará en el momento de su reconocimiento inicial utilizando la moneda funcional mediante la aplicación del importe en moneda extranjera de la tasa de cambio de contado a la fecha de la transacción entre la moneda funcional y la moneda extranjera[34]. Esta traducción de valor tiene por objeto asegurar la cuantificación de todos los elementos de los EEFF en una moneda homogénea.

Insistimos en la cautela semántica para evitar el equívoco que pueda llevar a una errada convicción de que siendo el bolívar moneda de curso legal y moneda de presentación obligatoria[35], esto implique también que es moneda funcional obligatoria, porque no es moneda extranjera.

Aparte de que la función de cuantificación es distinta de la de presentación y no necesariamente coinciden, el sentido del término moneda extranjera tiene un significado distinto para fines financieros (moneda distinta a la funcional) que el que tiene para fines legales (moneda distinta a la del curso legal). Su uso no desdice ni compromete la condición del bolívar como moneda de curso legal, ni convierte al dólar o a cualquier moneda que califique como funcional, en moneda de recepción obligatoria para las operaciones del ente que lo aplique.

Lo importante es entender que la disfunción del bolívar no implica su abandono para fines legales de presentación o reporte, implica su abandono como moneda funcional para fines financieros. Por supuesto eso tiene otras consecuencias jurídicas, pero en ningún caso es una

[33] NIC 21 párrafo 20.
[34] NIC 21, párrafo 21.
[35] Artículo 129 de la LBCV.

situación prohibida por el ordenamiento. Todo lo contrario, es una situación que potencia la calidad y utilidad de la información financiera y sus corolarios informativos en otros contextos institucionales como la tributación.

Paradójicamente, el bolívar se convierte, financieramente, en moneda extranjera en su propia jurisdicción, esto es, en el que circula con poder liberatorio obligatorio. Parece una ironía, pero es una consecuencia del *logos* objetivo de la realidad económica que termina siempre imponiéndose, para hacer patente el desenmascaramiento de las distorsiones acumuladas a la información financiera por la destrucción del bolívar como unidad de cuenta.

Probablemente, la denominación de la llamada "moneda extranjera" responde al hecho que las monedas son creaciones soberanas de los países, concretamente las monedas fiduciarias (***fiat money***) y son de curso legal en su jurisdicción (***legal tender***). La denominación "extranjera" sería el opuesto de "doméstica". Pero la condición de la moneda funcional no depende de la nacionalidad de la moneda, sino del fin utilitario que cumple. En todo caso, la denominación de moneda extranjera no es "funcional".

e. Reconocimiento de las diferencias en cambio

El concepto "partidas monetarias" es esencial a la contabilización de transacciones en moneda extranjera. El término se refiere a unidades monetarias en efectivo, así como activos y pasivos que se van a recibir o pagar, mediante una cantidad fija o determinable de unidades monetarias[36]. Es decir, son aquellas partidas cuyo valor no varía de un ejercicio a otro. Se liquidan por un valor fijo.

La diferencia en cambio es la que surge al convertir un determinado número de unidades de una moneda a otra moneda utilizando tasas de cambio[37] diferentes[38].

El reconocimiento de las diferencias en cambio que surgen de liquidar las partidas monetarias o al convertir las partidas monetarias a

[36] NIC 21, parrafo 8.
[37] NIC 21, parrafo 8. Tasa de cambio es la relacion de cambio entre dos monedas.
[38] NIC 21, parrafo 8.

tipos de cambio diferentes de los que se utilizaron para su reconocimiento inicial, ya se hayan producido durante el periodo o en estados financieros previos, se reconocerán en los resultados del periodo en el que aparezcan[39].

La mayor fuente de distorsión en la cuantificación de la información financiera por el uso de una unidad de cuenta que no es la moneda funcional se presenta fundamentalmente en las diferencias en cambio asociadas a las partidas monetarias en moneda extranjera. La valoración de estas partidas según el tipo de cambio de cierre puede generar ganancias o pérdidas que en realidad no existen. Simplemente deben reconocerse por consistencia con la técnica contable.

Por eso el uso de la moneda funcional idónea contribuye a homogenizar el cálculo de los agregados[40] de los distintos elementos de los EEFF y en consecuencia a sincerar la imagen fiel de cada una de esas

---

[39] NIC 21, párrafo 28.
Las diferencias de cambio pueden surgir por dos razones: (i) liquidar partidas monetarias y (ii) convertir las partidas monetarias a tipos diferentes de los que se utilizaron para su reconocimiento inicial. En cualquier caso, se reconocen en el resultado del periodo.
Los activos monetarios generarán ganancias cambiarias. Los pasivos monetarios generarán pérdidas cambiarias.
Ejemplo 1: Ganancia cambiaria:
La entidad tiene una cuenta bancaria en moneda extranjera por 1.000 USD. La tasa de cambio al momento de su reconocimiento inicial era 1,50.
Debe: Activo - Banco en moneda extranjera (1.000x1,50)..... 1.500,00
Haber: Activo - Banco en moneda funcional (1.000x1,50) 1.500,00

La tasa de cambio al cierre del periodo sobre el que se informa era 2,00.
Debe: Activo - Banco en moneda extranjera (1.000x(2,00-1,50))..... 500,00
Haber: Ingreso - Ganancia cambiaria (1.000x(2,00-1,50))..... 500,00
Ejemplo 2: Pérdida cambiaria:
La entidad compra mercancía a un proveedor por 1.000 USD. La tasa de cambio al momento de la transacción era 1,50.
Debe: Activo - Inventario (1.000x1,50)..... 1.500,00
Haber: Pasivo - Cuentas por pagar comerciales (1.000x1,50)..... 1.500,00

La tasa de cambio al momento de la liquidación del pasivo era 2,00.
Debe: Pasivo - Cuentas por pagar comerciales (1.000x1,50) 1.500,00
Debe: Gasto - Pérdida cambiaria (1.000x0,50)..... 500,00
Haber: Activo – Bancos 2.000,00

[40] La adición conjunta de activos, pasivos, patrimnomio, ingresos o gastos que tienen características compartidas y estan incluidos en la misma claisficación. Marco conceptual, definición de términos. M.C 7.20

partidas en la contabilidad de la entidad. Consecuentemente, una medición más razonable de sus resultados y de su situación financiera, facilita la comparabilidad de la información financiera, permite gestionar la planificación financiera de una manera óptima, disponer de una base más realista para la distribución de dividendos evitando la descapitalización de la entidad.

Vaya de muestra el siguiente ejemplo:

Si el entorno económico de una entidad es del dólar, esta no gana ni pierde en términos de dólar, porque la estabilidad de esa moneda afirma la homogeneidad en el cálculo de los agregados de los elementos de activos y pasivos que integran los EEFF.

La entidad gana o pierde por la tenencia del bolívar o de cualquier otra moneda que efectivamente cambie de valor durante el periodo de medición, al reconocerse las diferencias en cambio vinculadas a esas partidas por la variación de los tipos de cambio entre la moneda funcional y la moneda extranjera.

Cuando se pretende cuantificar EEFF con una moneda volátil en un entorno económico con sustancia del dólar, como sucede con el bolívar, se presentan ganancias o pérdidas que en realidad no existen, pero que se potencian por una exacerbación de la diferencia de las tasas de cambio entre el bolívar y esas otras monedas. Esta situación puede complicarse aún más al añadir cuantificaciones en bolívares distorsionados por la inflación.

En nuestro ejemplo solo consideramos la variación de las tasas de cambio entre monedas. Imaginemos una empresa con la siguiente composición patrimonial: Un activo de 90 dólares y otro en bolívares que al inicio del ejercicio representa 10 dólares. Un pasivo de 50 dólares y un patrimonio de 50 dólares. Consideremos que la variación de las tasas de cambio entre el dólar y bolívar se depreció 30% al cierre del ejercicio económico.

Comparemos cómo se mide la misma situación y cuáles son los resultados financieros si la moneda funcional es el dólar (ejemplo A) o el bolívar (ejemplo B).

Ejemplo A

Medido en US$							
Inicio				Cierre			
	Activo	Pasivo	Patrimonio		Activo	Pasivo	Patrimonio
US$	90	50	50	US$	90	50	50
Bs.	10			Bs.	7,7		
US$	100	50	50	US$	97,7	50	47,7 (50-2.3)

Ejemplo B

Medido en Bs.							
Inicio				Cierre			
	Activo	Pasivo	Patrimonio		Activo	Pasivo	Patrimonio
US$	90	50	50	US$	117	65	50
Bs.	10			Bs.	10		
Bs.	100	50	50	Bs.	127	65	62 (50+12)

En el ejemplo B la ganancia en cambio de Bs 12 por la tenencia de la posición del activo monetario neto en dólares no es real, sino aparente. El ente sigue teniendo los mismos dólares. Lo único que varió fue el valor de bolívar que se depreció, presentándose falazmente como un aumento de valor en bolívares de la posición monetaria neta en dólares. Este es el típico espejismo monetario que aparenta, en este caso, una ganancia ficticia.

La realidad es que, la única pérdida del caso se ubica en la tenencia de la posición neta acreedora en bolívares, que se depreció frente al dólar. En el ejemplo A la situación patrimonial medida en dólares permite evidenciar el importe deudor en el resultado de 2.31 dólares.

Lo cierto es que estos espejismos monetarios muestran una entidad medida en bolívares ganando (ejemplo B), cuando en realidad pierde por la tenencia de los bolívares (ejemplo A). La información contable en B no es razonable, no representa la imagen fiel de las distintas partidas del EEFF y, por lo tanto, no es útil.

Estas distorsiones se potencian con la inflación y por la volatilidad de las diferencias en cambio cuando la moneda de cuantificación no es la que representa la sustancia o el entorno económico del ente.

El gráfico que sigue abajo muestra las situaciones de distorsión comparativa por el uso inadecuado del bolívar como moneda funcional en un entorno económico dominado por el dólar. En la primera línea enfatiza la distorsión de los márgenes operativos, debido fundamentalmente a que los ingresos se cuantifican en bolívares actuales mientras que los costos se miden en bolívares históricos. Esto amplifica los márgenes operativos, cuando la realidad medida en la moneda funcional representa un margen bruto inferior.

La segunda línea muestra la medición en bolívares en dos ejercicios. La medición en bolívares aparenta un crecimiento que en realidad es solo inflación, esto es, mediciones en una misma moneda con igual valor nominal pero con distinto poder adquisitivo.

La tercera línea muestra una comparación más razonable producto del uso de una moneda homogénea, esto es, mediciones en una misma moneda con el mismo valor nominal y una estabilidad de poder adquisitivo.

Desviaciones en los análisis financieros como resultado del uso del bolívar en el entorno económico venezolano:

Año actual

DESCRIPCIÓN	Estado de Resultados (Bs.)		Estado de Resultados MF: Bs. MP: US$		Estado de Resultados MF: US$ MP: US$	
VENTAS NETAS	581.833.968.197		12.480.129		31.067.846	
COSTO DE VENTAS	(216.968.570.654)		(4.653.898)		(18.947.301)	
	364.865.397.543	63%	7.826.231	63%	12.120.546	39%

Margen bruto muy superior en bolívares (63%), cuando en realidad es de 39%.

Año actual — Año anterior

DESCRIPCIÓN	Estado de Resultados (Bs.)		Estado de Resultados (Bs.)		Variación (Bs.)	Variación (%)
VENTAS NETAS	581.833.968.197		3.700.513.386		578.133.454.811	15.523 ↑
COSTO DE VENTAS	(216.968.570.654)		(993.210.849)		(215.975.359.805)	21.645 ↑
	364.865.397.543	63%	2.707.302.537	73%	362.158.095.006	13.277 ↑

Al comparar estados financieros en bolívares se puede concluir erróneamente una situación excesivamente favorable, marcada por incremento importante en los ingresos.

Año actual — Año anterior

DESCRIPCIÓN	Estado de Resultados (US$.)		Estado de Resultados (US$.)		Variación (US$)	Variación (%)
VENTAS NETAS	31.067.846		31.245.521		(177.674)	(0,57) ↓
COSTO DE VENTAS	(18.947.301)		(19.047.672)		100.371	(0,53) ↓
	12.120.546	39,01%	12.197.849	39,04%	(77.303)	(0,63) ↓

Al convertir los estados financieros en moneda funcional dólar, la entidad en términos generales, mantuvo los niveles de margen bruto

f. El cambio de moneda funcional

El cambio de moneda funcional implica un cambio de política contable[41], esto es, un cambio en la base específica de cuantificación adoptada por la entidad en la elaboración y presentación de sus EEFF.

Cuando se produce un cambio en monedas funcionales en la entidad esta debe emplear los procedimientos de conversión que sean aplicables a la nueva moneda funcional de forma prospectiva desde la fecha del cambio. La conversión abarca todas las partidas a la nueva moneda

41 Norma Internacional de Contabilidad n º 8 (NIC 8) Políticas contables, cambios en las estimaciones contables y errores. Consultar en https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-8-accounting-policies-changes-in-accounting-estimates-and-errors/#translations

funcional utilizando la tasa de cambio a la fecha en que se produzca aquel. Los importes resultantes ya convertidos, en el caso de partidas no monetarias, se considerarán como su costo histórico.

g. La utilización de una moneda de presentación distinta de la moneda funcional. El bolívar como moneda de presentación

La disfunción del bolívar como moneda funcional implica su marginación a una limitada función de presentación o reporte. Esa función es perfectamente congruente con el sentido que se exige del bolívar como moneda de curso legal para el reporte, sea contable o documental **("…que se exprese en bolívares"**), cuando deban surtir efectos en Venezuela[42].

Sobre esto volveremos más adelante. Por lo pronto solo vale afirmar que esta exigencia se limita a una traducción de la información contable a valores **"…expres[ados] en bolívares"**. No implica que la situación y resultados financieros deben cuantificarse exclusivamente en bolívares. La medición deberá hacerse en la moneda funcional como prescribe la técnica y el principio contable, independientemente de que técnicamente pueda reportarse en otra moneda distinta a la de cuantificación, esto es, la llamada moneda funcional.

Como quiera que, la entidad puede presentar sus estados financieros en cualquier moneda, si la moneda de presentación difiere de la moneda funcional de la entidad esta deberá convertir sus resultados y situación financiera a la moneda de presentación elegida[43]

---

[42] Artículo 127 de la LBCV.

[43] NIC No. 21, párrafo 38.

Los resultados y la situación financiera de una entidad, cuya moneda funcional no se corresponda con la moneda de una economía hiperinflacionaria, serán convertidos a la moneda de presentación, en caso de que ésta fuese diferente, utilizando los siguientes procedimientos:

(a) los activos y pasivos de cada uno de los estados de situación financiera presentados (es decir, incluyendo las cifras comparativas), se convertirán a la tasa de cambio de cierre en la fecha del correspondiente estado de situación financiera;

(b) los ingresos y gastos para cada estado del resultado integral o estado de resultados separado presentado (es decir, incluyendo las cifras comparativas), se convertirán a las tasas de cambio de la fecha de cada transacción;

(c) y todas las diferencias de cambio resultantes se reconocerán en otro resultado integral.

La entidad deberá revelar en todos los casos la moneda funcional con la cual fueron elaborados los EEFF, así como la moneda utilizada para su presentación. Cuando la moneda de presentación sea diferente de la moneda funcional este hecho será puesto de manifiesto revelando además la identidad de la moneda funcional, así como la razón de utilizar una moneda de presentación diferente[44].

Cuando se hayan producido un cambio en la moneda funcional se revelará este hecho, así como la razón de dicho cambio[45].

2. SOBRE LA LEGALIDAD DEL CAMBIO DE MONEDA FUNCIONAL AL DÓLAR

No existe prohibición legal para que una entidad cambie la base de cuantificación a moneda funcional dólar y presente dichos EEFF traducidos a bolívares, en la medida que, efectivamente, (i) el dólar sea la moneda del entorno económico principal de la entidad, (ii) esa posición contable esté técnicamente justificada por los VEN NIF y (iii) esté avalada por los contadores y auditores financieros del contribuyente, esto es, que la aplicación de la moneda funcional dólar y su traducción a bolívares, representa la imagen fiel del patrimonio de aquel.

En nuestra opinión, el cambio de la base de cuantificación a moneda funcional dólar y la presentación de dichos EEFF traducidos a bolívares, es consistente con las reglas de presentación y cuantificación de la información financiera previstas en el artículo 129 LBCV y en los artículos 304 y 307 del CCom que establecen las bases de cuantificación y presentación de la información financiera de las sociedades anónimas en el derecho común mercantil venezolano.

Esta posición no contradice el texto ni la finalidad del enunciado del artículo 129 LBCV[46], que ***(i)*** solo obliga a que se expresen en

[44] NIC 21, párrafo 53.

[45] NIC 21, párrafo 54.

[46] Artículo 129 de la LBCV: "En la contabilidad de las oficinas, públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el Código de Comercio, los valores se expresarán en bolívares. No obstante, pueden asentarse operaciones de intercambio internacional contratadas en monedas extranjeras, cuya mención puede hacerse, aunque llevando a la contabilidad el respectivo contravalor en bolívares. Igualmente, pueden llevarse libros auxiliares para la misma clase de operación, con indicaciones y asientos en monedas extranjeras".

bolívares los valores que integran la contabilidad (la información contable) que sea de empleo obligatorio en las oficinas públicas o privadas de acuerdo con el CCom, enfatizando que, ***(ii)*** las transacciones en moneda extranjera deben contabilizarse al respectivo contravalor en bolívares y que ***(iii)*** la llevanza de estados financieros, libros y registros contables en moneda extranjera solo tiene carácter complementario o auxiliar.

El artículo 129 LBCV solo establece el bolívar como moneda obligatoria de presentación de los EEFF[47], porque el bolívar aparte de ser la moneda de curso legal en Venezuela[48], es la unidad monetaria[49] con la que, en principio se denominan los créditos y obligaciones pecuniarias de las transacciones que se realizan en el país y que expresan los resultados y la situación financiera que deben informar los comerciantes por imperativo del CCom. La presentación de la información contable en bolívares complementa el deber de presentación de la misma información en castellano[50-51], con el propósito de garantizar la comprensibilidad de esta por los usuarios o destinatarios de aquella. Así lo confirman los artículos 130 y 131 de dicha Ley. El primero establece **"…que todos los memoriales, escritos, asientos o documentos que presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativas a operaciones en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su**

---

47 NIC 21, párrafo 8, definiciones: *moneda de presentación* "…es la moneda en que se presentan los estados financieros". *Moneda funcional* "…es la moneda del entorno económico principal en el que opera la entidad". *Moneda extranjera (o divisa)* "…es cualquier moneda distinta de la moneda funcional de la entidad".

48 Artículo 116 de la LBCV: "Las monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada, sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribuciones u obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago".

49 Artículo 106 de la LBCV "La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República".

50 Artículo 32 del CCom: "Todo comerciante debe llevar en idioma castellano su contabilidad, la cual comprenderá obligatoriamente, el libro diario, el libro mayor y el de inventarios. Podrá llevar, además todos los libros auxiliares que estimará conveniente para el mayor orden y claridad de sus operaciones".

51 NIC 21, Párrafo 8. Definiciones. "moneda extranjera (o divisa) es cualquier moneda distinta de la moneda funcional".

equivalencia en bolívares". El segundo enfatiza que, si el documento ha sido otorgado o ha de producir efectos fuera de la República, **"… puede contener expresión de cantidades pecuniarias en moneda extranjera, sin necesidad de indicación de su equivalencia en bolívares".** Por lo tanto, solo debe expresarse en bolívares los documentos -incluidos los contables- que deban producir efectos en Venezuela.

En ningún caso del texto del artículo 129, de su contexto o de su finalidad se infiere que la obligación de uso del bolívar implique su condición de moneda funcional exclusiva y excluyente. Una limitación con ese alcance y finalidad requeriría texto expreso.

No creemos válido el argumento en contra de la tesis anterior, según el cual, el artículo 129 de la LBCV establece el bolívar como moneda de presentación y como moneda funcional, porque considera como **"moneda extranjera"** cualquier moneda distinta del bolívar y como quiera que, según principios contables, **"<<la moneda extranjera>> es la moneda distinta de la moneda funcional de la entidad"** a los fines del artículo 129, el bolívar debe ser moneda funcional porque no es **"moneda extranjera"** en Venezuela.

Que el bolívar sea moneda de presentación obligatoria, no implica que sea moneda funcional obligatoria. La moneda funcional puede diferir de la moneda de presentación. Se presume que la moneda funcional es la moneda de curso legal en una economía determinada, salvo prueba en contrario.

El principio contable es que, en caso de que la entidad tenga una moneda funcional distinta a la moneda de presentación, deberá convertir sus resultados y situación financiera a dicha moneda de presentación escogida[52] y, con mayor razón, ***a fortiori***, a la moneda de presentación que fuere obligatoria.

En el caso venezolano, la moneda de presentación obligatoria es el bolívar, independientemente de que resulte de la traducción de EEFF elaborados con otra moneda funcional. La referencia a la moneda extranjera como monedas de cuenta distinta del bolívar, y la permisión de la elaboración de EEFF con presentación en otras monedas con alcance auxiliar o complementario, solo enfatiza la finalidad de que el bolívar es

[52] NIC 21, párrafo 38, conversión a la moneda de presentación.

moneda obligatoria de presentación, esto es, que el bolívar es la moneda que surtirá efectos legales en los contextos institucionales en los que la información contable sea obligatoria, pero no que, de origen deba ser la base de cuantificación de dicha información. Otra razón confirma este aserto: Solo puede haber una contabilidad con efectos jurídicos. Esa es la que se registra en los libros de contabilidad exigidos por el ordenamiento jurídico y son los habilitados por el Registro Mercantil, ***ex*** artículos 22, 34, 36 y 37 del CCom. Cualquier otro documento sobre la contabilidad es complementario y simplemente informativo.

Hemos sostenido que, los VEN NIF como PCAG en Venezuela, no son fuente directa de derecho y por lo tanto obligatorios por sí mismos. Esto no quiere decir que no tengan aplicación con virtualidad jurídica. La aplicación legal de los VEN NIF, opera por la vía indirecta de ***conceptos jurídicos indeterminados***, que en nuestro caso permiten la activación de las técnicas de cuantificación y presentación de la información financiera para dar sentido a los enunciados de las normas de los artículos 35, 304 y 307 del CCom, en su referencia a la determinación del ***valor real del acervo social*** y de la medición de la ***utilidad liquida y recaudada*** como presupuestos de la distribución del beneficio como dividendo en el derecho de sociedades, la separación del socio de la sociedad (artículo 282), los reintegros y reducciones del capital, la liquidación de la sociedad (artículo 264). Se trata ***cláusulas generales*** que hace compatible la regla legal con la técnica contable. El principio contable tendrá virtualidad jurídica en la medida en que no contradiga expresamente alguna norma legal al respecto, para lo cual el aplicador deberá motivar la pertinencia técnica de la norma[53].

De otro lado, hemos dicho que[54], la solución de cualquier conflicto jurídico acerca de la contabilidad debe ser valorado y reconducido en función del valor jurídico de la utilidad de la información contable como expresión de la garantía de seguridad jurídica y como condición de eficiencia del sistema socio económico. La protección de la producción y el uso de información útil para la toma decisiones económicas, en función de las cualidades de comprensibilidad, relevancia, fiabilidad

[53] Vid. Romero-Muci, Humberto, *El derecho y el revés de la contabilidad,* Serie Estudios No. 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011, p. 73.

[54] *Ibíd.,* p. 132.

y comparabilidad de dicha información. Ese es el valor que expresa la unidad del derecho contable.

Por lo tanto, en el caso concreto, si para un contribuyente, conforme a las reglas contables es técnicamente idóneo y necesario el uso del USD como su moneda funcional para representar razonablemente la imagen fiel de sus resultados y los de la situación financiera, entonces, en ausencia de prohibición legal expresa al respecto, estará en conformidad con el CCom (estará permitido) el uso de dicha metodología de cuantificación de la información financiera según moneda funcional USD, debiendo ser traducida al bolívar como moneda de presentación obligatoria. Dicha traducción deberá cumplirse según las reglas técnicas y por los valores del bolívar en términos de moneda extranjera según el tipo de cambio que establece el ordenamiento jurídico en vigor. Sobre esto volveremos más adelante

Tampoco el cambio de moneda funcional al dólar está prohibido, porque la entidad haya llevado su contabilidad en moneda funcional bolívar en ejercicios anteriores. La llevanza de la contabilidad según esa otra moneda funcional no compromete la posibilidad técnica ni legal del cambio de su base de cuantificación, si ese cambio tiene por propósito representar de forma más razonablemente los resultados y la situación financiera de la entidad. Aparte de que la identificación de la moneda funcional y su cambio obedece a motivaciones técnicas contables, en derecho, los cambios metodológicos que tienen causa en los PCAG son admisibles cuando sean consistentes con dichos principios técnicos. Este es el principio jurídico que ha sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sala Político-Administrativa, al señalar que, los PCAG constituyen el marco normativo técnico pertinente, con virtualidad jurídica aplicable para regular las situaciones contables previstas en las leyes, cuando no haya regulación expresa en contrario sobre el particular, siempre que sea dentro de parámetros de razonabilidad, consistencia y buena fe[55].

[55] "…se observa la falta de regulación expresa que norme tal circunstancia, quedando al libre albedrío de las sociedades involucradas, dependiendo de variados factores, tales como la complejidad de la mercancía que manejen, por su naturaleza genérica, los volúmenes de inventarios que operan, la alta rotación del producto, el grado de dificultad que en un momento de coyuntura económica se les presente, entre otros. En razón de ello, se hace necesario

Finalmente, tampoco el cambio de moneda funcional al dólar implica el deber jurídico de reestructurar la presentación de la información financiera retroactivamente, esto es, desde la entrada en vigor del principio contable en 2008. El cambio será prospectivo. Sin embargo, porque la moneda funcional de la entidad refleja las transacciones, eventos y condiciones que subyacen y sean relevantes para la misma, una vez decida la moneda funcional, no se cambiará, a menos que se produzca un cambio en tales transacciones, eventos o condiciones[56].

3. SOBRE EL TRATAMIENTO FISCAL DE LOS AJUSTES CONTABLES POR EL CAMBIO DE MONEDA FUNCIONAL

Los ajustes contables por cambio del criterio de moneda funcional no tienen consecuencias fiscales, para (i) el ISR, ni para los impuestos de producto como (ii) los impuestos de producto como (ii) el impuesto municipal de actividades económicas ("IAE"), o la (iii) la contribución de ciencia, tecnología e innovación ("CLOCTI"). Dichos ajustes contables no se representan en la cuenta de ganancias y pérdidas, sino directamente en el patrimonio. Los aumentos de los activos por ajustes cambiarios se excluyen de las bases de cálculo de los impuestos de producto.

Los incrementos o decrementos de patrimonio que puedan resultar de los ajustes contables por cambio de política contable, tal como el de

---

precisar que, si bien es cierto que los contribuyentes pueden elegir uno cualesquiera de los métodos mencionados, conforme a los Principios de Contabilidad generalmente aceptados, no es menos cierto que la aplicación del nuevo método que escoja debe hacerse dentro de unos lineamientos de razonabilidad, consistencia y buena fe.

En estas circunstancias y conforme a las actas procesales, se observa en el caso bajo análisis que la contribuyente tiene como objeto la industrialización y comercialización de productos genéricos (cervezas y maltas) y que lleva su Contabilidad conforme a los artículos 32 y siguientes del Código de Comercio, 99 de la LISLR de 1986 y 190 del Reglamento de 1968, aplicable al caso por razón del tiempo; lo cual hace inferir a esta Sala, la sinceridad y necesidad de la actuación del contribuyente al efectuar el cambio de valoración de inventarios. Por esta razón, se estima también improcedente el reparo formulado por este concepto. Así se declara." Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, caso *Cervecería Polar del Centro, C.A. (Cepocentro)*. Consultada en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/04581-300605-2004-0592.htm

[56] NIC 21, párrafo 14.

la moneda funcional, no tienen incidencia en la determinación del ISR, ni como ganancias ni como pérdidas, pues los ajustes a las transacciones y a los valores contables de los activos o pasivos que le dieron causa, no se originan en operaciones del giro de la actividad productiva de rentas, sino que son ajenas a este. Así lo confirman los artículos 5[57], cuando establecen que solo son gravables los enriquecimientos disponibles desde que se realicen las ***operaciones que los producen*** y el artículo 6[58] que identifica al enriquecimiento territorial gravable como aquel que se origina en ***actividades económicas realizadas en el país***. Por interpretación a contrario, todo incremento de patrimonio que no tenga causa en el giro de negocios no es gravable a los fines del ISR. Por la misma razón, el decremento de patrimonio no será deducible como un gasto, por no estar causalmente vinculado a la producción de la renta.

En el caso de los impuestos de producto como el IAE, los ajustes contables no representan un ingreso y están expresamente excluidos de la base imponible correspondiente, según expresa disposición del artículo 212 (2) de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal ("LOPPM")[59]: **"...Los ajustes meramente contables en el valor de los activos, que sean resultado de la aplicación de las normas de ajuste por inflación previstas en la Ley de Impuesto sobre la Renta**

---

[57] Artículo 5 de la LISLR: "Los ingresos se considerarán disponibles desde que se realicen las operaciones que los producen, salvo en las cesiones de crédito y operaciones de descuento, cuyo producto sea recuperable en varias anualidades, casos en los cuales se considerará disponible para el cesionario el beneficio que proporcionalmente corresponda.
Los ingresos provenientes de créditos concedidos por bancos, empresas de seguros u otras instituciones de crédito y por los contribuyentes indicados en los literales b, c, d y e del artículo 7 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y los derivados del arrendamiento o subarrendamiento de bienes muebles e inmuebles, se considerarán disponibles sobre la base de los ingresos devengados en el ejercicio gravable.
Los enriquecimientos provenientes del trabajo bajo relación de dependencia y las ganancias fortuitas, se considerarán disponibles en el momento en que son pagados".

[58] Artículo 6 de la LISLR: "Un enriquecimiento proviene de actividades económicas realizadas en la República Bolivariana de Venezuela, cuando alguna de las causas que lo origina ocurra dentro del territorio nacional, ya se refieran esas causas a la explotación del suelo o del subsuelo, a la formación, traslado, cambio o cesión del uso o goce de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales o a los servicios prestados por personas domiciliadas, residentes o transeúntes en la República Bolivariana de Venezuela y los que se obtengan por asistencia técnica o servicios tecnológicos utilizados en el país".

[59] *Gaceta Oficial* No. 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

o por aplicación de principios contables generalmente aceptados, siempre que no se hayan realizado o materializado".

El tratamiento antes señalado sería igualmente predicable en la CLOCTI. Se trata de un de un tributo de producto, cuya base imponible está integrada por los ingresos brutos obtenidos por la actividad económica del contribuyente. Los aumentos de activos producto de los ajustes contables por cambio de moneda funcional, no constituyen ingresos ni son producto de la actividad económica del contribuyente, por lo que forzosamente también se excluyen de esta especie impositiva.

4. SOBRE EL TIPO DE CAMBIO APLICABLE A LA VALORACIÓN DE LOS EEFF EN DÓLARES

El Convenio Cambiario No. 1 ("CC No. 1")[60] celebrado por el Banco Central de Venezuela ("BCV") y el Ministerio para la Banca y Finanzas, el 7 de septiembre de 2018, derogó y eliminó el sistema de cambio controlado (entre ellos los tipos de cambio DICOM y DIPRO) previsto en los CC. Nos. 35, 36, 37 y 39.

La desregulación y la despenalización son las principales novedades de CC No. 1. Tanto (i) las contrataciones en moneda extranjera como las (ii) operaciones de cambio de monedas fueron sustancialmente liberalizadas, mediante (a) el efecto derogatorio de todas las normas sancionatorias a través del **"Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos"**[61] y el (b) desmontaje que hace el nuevo CC No. 1 de todos los convenios cambiarios que integraban el antiguo régimen cambiario. En su lugar, se crean y organizan unas nuevas opciones institucionales de intercambio para el comprador o vendedor del bolívar por la moneda extranjera denominado **"sistema de mercado cambiario"**.

El nuevo CC No. 1 confirma que hay plena ***libertad de contratación en moneda extranjera***, esto es, no hay restricciones para ofrecer pública o privadamente la venta o compra de bienes o la prestación de servicios en moneda extranjera o denominar, estipular y exigir el pago de obligaciones en moneda extranjera con exclusión de cualquier otra

[60] *Gaceta Oficial* No. 6.405 Extraordinario del 7 de septiembre de 2018.
[61] *Gaceta Oficial* No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

moneda[62], sin riesgo de que el deudor se libere en moneda de curso legal por razón de alguna restricción cambiaria alegando la aplicación del tipo de cambio oficial o corriente a la fecha del pago, incluso cuando el lugar del pago sea en Venezuela. Esta situación de libertad se extiende a la transferencia y recepción de fondos en moneda extranjera fuera y dentro del país[63].

Como corolario de lo anterior, desde un punto de vista lógico, si los particulares están facultados para convenir la denominación y pago con exclusión de cualquier otra moneda, ***a fortiori***, queda implícito**,** que también están facultados para convenir el pago de la obligación en moneda extranjera al contravalor en bolívares al valor referencial que decidan establecer libremente esas mismas partes.

Hoy no hay excusa válida para justificar el pago en bolívares de una obligación en moneda extranjera con cláusula de pago exclusiva, alegando la vigencia del control de cambio[64], pues desde la vigencia

---

62 Artículo 8 del CC No. 1: "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela, el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera será efectuado en atención a lo siguiente: a) Cuando la obligación haya sido pactada en moneda extranjera por las partes contratantes como moneda de cuenta, el pago podrá efectuarse en dicha moneda o en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago. o b) Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará, aun cuando se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias".
Este enunciado normativo se repite casi igualmente el texto del artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela: "Los pagos estipulados en moneda extranjera se cancelarán, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar a la fecha de pago".

63 Para algunos la única excepción sería la prohibición específica de contratación en moneda extranjera prevista en la Ley de protección al deudor hipotecario de viviendas, por tratarse de una regla prohibitiva ajena a la Ley del régimen cambiario y sus ilícitos. Nosotros consideramos que también se encuentra derogada por obra de la derogatoria genérica del "Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos". Sobre la validez jurídica del "Decreto Constituyente" volveremos más adelante. Por ahora solo enfatizamos sus efectos prácticos derogatorios, que comprende *(i)* La ley de régimen cambiario y sus ilícitos, *(ii)* el artículo 138 de la LBCV y *(iii) "*...todas aquellas disposiciones normativas en cuento colidan con lo establecido en este Decreto Constituyente". El alcance del decreto constituyente comprende el "régimen cambiario" y va más allá de la Ley del régimen cambiario y sus ilícitos, como lo comprueba su extensión al artículo 138 de la LBCV y la cláusula derogatoria genérica con la que finaliza.

64 Artículo 8 (b) de CC No. 1: "Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará, aun cuando se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias".

del CC No. 1 ***(i)*** el cambio no está centralizado en el BCV, ***(ii)*** hay libertad de cambio para adquirir y hacer circular moneda extranjera sea en los mercados creados y organizados por el mismo CC No. 1 o fuera de estos, ***(iii)*** siendo disponibles los medios alternativos legales para obtener divisas, aunque sean más onerosos, sin que ello devenga en imposible[65].

El nuevo CC No. 1 también reconoce ***libertad cambiaria*** para realizar operaciones de cambio, esto es, compraventa de moneda extranjera por bolívares bien en el contexto de los ***(i)*** mercados creados y organizados por el nuevo CC No. 1 o ***(ii)*** incluso fuera de estos. Solo hay ***(iii)*** centralización en el BCV de las ***(a)*** transacciones cambiarias del sector público y ***(b)*** parcialmente para el sector exportador privado y de

[65] De modo que, no obstante, el régimen de control de cambios, cuando se contrata en moneda extranjera y se promete pagar en la misma divisa, esta obligación debe ser cumplida tal como fue contraída, sin pretender forzar al acreedor para que reciba bolívares. La tenencia de divisas o la existencia de medios alternativos legales para obtenerlas, descarta el caso fortuito o la fuerza mayor como causa extraña no imputable para no cumplir. Existen medios medios alternativos legales para obtener divisas, aunque sean más onerosos, sin que ello devenga en imposible. La mayor onerosidad o dificultad no califica bajo el género *causa extraña no imputable*, ni dentro del subgénero *caso fortuito o de fuerza mayor*, ni tampoco dentro de la especie *hecho del príncipe*. Para que un evento sea liberatorio, la mayor onerosidad o dificultad no es suficiente, sino que se necesita la imprevisibilidad e irresistibilidad, que hacen imposible el cumplimiento. *Cfr*: ACEDO S., Carlos E., "La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (desde la Óptica del Derecho de las Obligaciones)", en *Libro Homenaje a Aníbal Dominici,* Asociación Civil Juan Manuel Cagigal, Caracas, 2008, p. 379 a 435; y en *Estudios sobre Regulacao e Crises dos Mercados Finaceiros,* coordinado por Aurilivi Linares Martínez y a. Saddy, Río de Janeiro, 2011, p. 735 a 774); más recientemente "Contratos, hiperinflación y mega devaluaciones", texto de la ponencia presentada en el Foro "Inflación, política y derecho", a celebrarse el día 21 de Marzo de 2019 en la Academia de Ciencias Politicas y Sociales de Venezuela (inédito).
Ver sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, 14 diciembre de 2017**,** caso *José Gregorio Medina Colombani, vs Sociedad Médicos Unidos Los Jabillos, C.A. (Policlínica Méndez Gimón),* "De acuerdo a la norma y a los criterios jurisprudenciales transcritos ut supra, cuando el pago de cualquier tipo de obligación haya sido pactada mediante convención especial, en moneda extranjera, antes de la entrada en vigencia del régimen de control de cambio, es solo a través del pago en dicha moneda pactada como se cumple con la obligación adquirida.
Si por el contrario la obligación en moneda extranjera fue pactada después de la entrada en vigencia del régimen de control de cambio, el pago se deberá realizar en bolívares al tipo de cambio vigente para el momento del pago y no para cuando la obligación fue causada". Consultada en web [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/206587-RC.000831-141217-2017-17-596.html]

turismo[66], el ***(ii)*** desmontaje que hace el propio CC No. 1 de todos los convenios cambiarios que integraban el antiguo régimen cambiario y ***(iii)*** por supuesto, el limitado carácter sublegal de la regulación cambiaria en el CC No. 1 que no es idóneo para crear restricciones a la libertad de cambio de la moneda de curso legal y que solo debe y puede ser interpretado en el limitado alcance textual de su enunciado normativo.

No existe prohibición ***expresa*** ni sanción de realizar operaciones de compra o venta de moneda extranjera por el bolívar fuera de los mercados cambiarios creados y organizados por el CC No 1. Estos mercados, al no ser obligatorios, resultan lógicamente facultativos para la compra o venta de divisas. Del mismo modo, son licitas y válidas las transacciones que tengan lugar en cualquier otro espacio de intercambio de bolívares por divisas.

La conversión de la moneda extranjera para la determinación de la base imponible de las obligaciones tributarias derivadas de las operaciones aduaneras se efectuará al tipo de cambio de referencia[67].

Las obligaciones tributarias estipuladas en moneda extranjera podrán ser pagadas a elección del contribuyente***(i)*** en la moneda extranjera en la que están denominadas, ***(ii)*** en su equivalente en otra divisa conforme a la cotización publicada al efecto por el BCV, ***(iii)*** en bolívares, aplicando el tipo de referencia[68].

5. SOBRE LA VALORACIÓN Y REGISTRO CONTABLE DE ACTIVOS Y PASIVOS EN MONEDA EXTRANJERA

El **Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos** de 2018 derogó implícitamente la Resolución

[66] Una lectura descontextualizada del CC No. 1 pudiera llevar a la convicción de que este supone y continua una restricción a la libertad cambiaria al establecer la creación y organización de unas opciones institucionales de intercambio aparentemente ***obligatorias*** para el comprador o vendedor del bolívar por la moneda extranjera. Sin embargo, esa conclusión es fácilmente desvirtuada por el radical cambio en la base normativa del régimen cambiario, particularmente del ***(i)*** efecto derogatorio de todas las normas sancionatorias a través del "Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos" (*Gaceta Oficial* No. 41.452 de 2 de agosto de 2018).

[67] Artículo 84 del CC No.1

[68] Artículo 86 de CC No. 1.

No. 16-03-01 del BCV ("Resolución 16-03-01") que fijó durante el régimen cambiario controlado los parámetros para la valoración de los estados financieros y el registro contable de los activos y pasivos denominados en moneda extranjera de los bancos, empresas de seguros, empresas del sector de mercado de capitales y, en general, de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que operan en Venezuela[69].

Bajo el régimen de libertad cambiaria según el CC No. 1 el reconocimiento de las transacciones de intercambio en moneda extranjera se realiza al tipo de cambio que represente la relación efectiva de intercambio entre la moneda extranjera y el bolívar según convengan las partes. Salvo prueba en contrario aplicará el tipo de **"cambio de referencia"** a que se refiere el artículo 9, parágrafo primero [70] del CC No. 1 o si la transacción se realiza a través del sistema de mercado cambiario mediante operadores cambiarios autorizados[71].

Por su parte, la valoración de los saldos de los activos o pasivos denominados en moneda extranjera también se realiza al tipo de cambio de referencia a la fecha en que se elaboren los estados financieros.

6. SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL TIPO DE CAMBIO

La determinación del tipo de cambio aplicable a la denominación y al pago de obligaciones en moneda extranjera debe hacerse atendiendo a lo dispuesto en el artículo 128 de la LBCV, según el cual: *"***Los pagos estipulados en moneda extranjera se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago***"*.

---

69 *Gaceta Oficial* No. 40.879 del 5 de abril de 2016**.** Por su parte la Resolución No. 16-03-01 derogó expresamente la Resolución No. 13-02-02 del BCV, del 8 de febrero de 2013, que ordenaba la valoración y el registro contable de activos y pasivos denominados en moneda extranjera a la tasa de cambio de Bs. 6,30 por US$ correspondiente a los mercados SIMADI, SICAD

70 El tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado; y será el de referencia de mercado a todos los efectos

71 Como quiera que, "el tipo de cambio que ha de regir para la compra y venta de monedas extranjeras fluctuará libremente de acuerdo con la oferta y la demanda de las personas naturales o jurídicas a través del Sistema de Mercado Cambiario. El Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera, en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna.

El artículo 128 es la disposición legal que regula el uso de las obligaciones denominadas en moneda extranjera, bien ***(i)*** ésta sea utilizada sólo como moneda de cuenta o ***(ii)*** simultáneamente como moneda de cuenta y moneda de pago con exclusión de cualquier otra moneda[72].

Cuando la moneda extranjera es utilizada sólo como moneda de cuenta, esto es, solo para denominar la obligación, el artículo 128 de la LBCV expresamente señala que la conversión a bolívares de la obligación denominada en moneda extranjera debe hacerse al tipo de cambio "corriente" en el lugar y fecha de pago.

Esto ha sido confirmado por la más reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en aplicación del artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en sentencia del 4 de marzo de 2016, caso ***José Gregorio Medina Colombani vs. Médicos Unidos Los Jabillos, C.A.***, en la que consideró lícito el pago por parte de la sociedad demandada en equivalente en Bolívares de una obligación expresada en moneda extranjera, al tipo de cambio corriente para la fecha de pago[73].

La noción **"corriente en el lugar y fecha de pago**" constituye un ***concepto jurídico indeterminado***, esto es, una noción cuyo enunciado se refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no se encuentran bien precisados, aun cuando se pretende delimitar un supuesto concreto[74],

---

72 Sobre la significación de moneda extranjera como moneda de cuenta y moneda de pago, ver José Melich Orsini*, Doctrina General del Contrato*, Serie Estudios No. 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2012, p. 623; y James Otis Rodner, ***El dinero,*** Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, p.316.

73 El anterior criterio ha sido confirmado en la reciente jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 10 de marzo de 2016, caso *Bandes vs. Banco Espírito Santo* en la que se acordó el embargo preventivo solicitado por la parte actora usando la tasa de cambio SIMADI (la cual era la tasa corriente en el lugar y fecha de pago a la fecha de la causa)

74 Aluden a realidades que no admiten otro tipo de determinación más precisa, sean conceptos de ***experiencia*** (***i.e***. incapacidad para el ejercicio de funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de ***valor*** (***i.e.***, buena fe, buen padre de familia, justo precio, etc.). La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de un término que no admite una cuantificación o determinación rigurosa "... pero que en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que no obstante la indeterminación del concepto permite ser precisado en el momento de la aplicación". Vid. Humberto Romero-Muci, *El derecho <y el revés> de la contabilidad,* Serie Estudios No. 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2012, p. 72.

Precisamente como consecuencia del carácter indeterminado del concepto jurídico en comentarios, su contenido es cambiante de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar y debe ser precisado en referencia a las condiciones fácticas y jurídicas de tiempo y lugar en que se aplica.

En nuestro criterio la tasa de cambio **"corriente en el lugar y fecha de pago"** no puede ser otra que la **"tasa de cambio de referencia"**, ya que es este el tipo de cambio que más comúnmente podrá circular en la plaza y a la cual los usuarios, según las normas que rigen el dicho tipo de cambio, podrán tener libre acceso –en principio- con independencia de su condición o situación fáctica, pues, en este tipo de cambio el precio se forma, en principio, del libre juego entre la oferta y la demanda.

Para fines financieros los operadores económicos obligados a llevar contabilidad deben, en principio, valorar sus ingresos, costos, gastos, activos y pasivos denominados en moneda extranjera en virtud de lo prescrito en los VEN-NIF[75], que hace un reenvío a la NIC 21 sobre **"Efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera".**

La NIC 21 establece que tanto el registro de las transacciones como los saldos de partidas monetarias en moneda extranjera, deben valorarse al tipo de cambio de contado a la fecha de la transacción entre la moneda funcional y la moneda extranjera[76] y los saldos a la fecha del balance al tipo de cambio de cierre[77], haciendo expresa aclaratoria que en caso de varios tipos de cambio "…**se utilizará aquél en el que pudieran ser liquidados los flujos futuros de efectivo representados por la transacción o el saldo considerado, si tales flujos hubieran ocurrido en la fecha de medición**"[78].

---

[75] FCCPV, *Boletín de Aplicación VEN-NIF N° 8 (BA VEN-NIF-8) : Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Venezuela (VEN-NIF). Versión 4.* Marzo 2017, Este Boletín de Aplicación clasifica los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Venezuela (VEN-NIF) e identifica los pronunciamientos que los conforman. https://www.ven-nif.com/normas/ba-ven-nif/ba-ven-nif-8.html

[76] Párrafo 21.

[77] Párrafo 23 (a).

[78] Párrafo 26 *ejusdem*.

7. SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS CUENTAS EN MONEDA EXTRANJERA PARA FINES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Es importante señalar que el resultado contable no determina, compromete o condiciona la cuantificación del ISR, tal como ocurre en otras jurisdicciones del derecho comparado, en las que se parte del resultado contable como viene definido por las normas contables, sometiéndolo a correcciones previstas en la Ley tributaria. No existe regla legal que obligue a que las disposiciones de la contabilidad mercantil o que las reglas técnicas de contabilidad sean vinculantes para la confección y valoración de las bases de cálculo de los tributos. Esta es una protección que imponen las exigencias de la reserva legal tributaria, pues solo la Ley puede habilitar o excepcionar la aplicación de las normas contables para cuantificar las bases imponibles de los tributos.

La contabilidad fiscal es fundamentalmente transaccional, por oposición a la contabilidad financiera que es fundamentalmente valorativa[79]. Las bases de cuantificación para fines del ISR, siguen el criterio legal propio e independiente, previsto en la LISR, que se focaliza en la información histórica como información de origen para establecer el valor de los ingresos, costos y gastos del ejercicio, en la determinación del enriquecimiento neto gravable o la pérdida neta del ejercicio.

En efecto, para fines fiscales, la valoración de las cuentas en moneda extranjera se alinea con las pautas contables legales o en las pautas técnicas (VEN NIF), en todo lo que no quede contradicho por las leyes impositivas, por mandato de los artículos 146[80], 155 (1) (a)[81] del

[79] Se focaliza en el principio del costo histórico. La medición de esos costos en el tiempo requiere la realización de eso activos, enfatizando la sincronización temporal entre los flujos de ingresos y egresos. Por oposición la contabilidad financiera es fundamentalmente valorativa. Se focaliza en el balance, esto, en lo que son y en el valor de los activos y pasivos. Es allí donde tiene cabida el concepto de "valor razonable". No importa tanto la distinción entre ingreso realizado o no. Esta aproximación define el ingreso como el incremento de patrimonio no realizado, ajustado por los pagos a y contribuciones de los accionistas. *Cfr*: Norberg, Claes, "Kari Tikka, "Memorial lecture: accounting and taxation", in *Accounting and taxation and assessment of EJC case law,* Edited by Michael Lang and Frans Vanistendael, EATLP Congress, Helsinki 2007.

[80] Artículo 146 del COT: "Los montos de base imponible y de los créditos y débitos de carácter tributario que determinen los sujetos pasivos o la Administración Tributaria, en las

Código Orgánico Tributario ("COT") de 2020[82], en concordancia con el artículo 88[83] de la LISLR de 2015. Este no es más que una consecuencia adicional del deber formal tributario de llevar la contabilidad, como fuente de información fiscal, según reglas técnicas contables, referentes a actividades y operaciones que se vinculen a la tributación.

La posición interpretativa anterior, no contradice el texto ni la finalidad del enunciado del artículo 129 de la LBCV, que (***i)*** solo obliga a que se expresen en bolívares los valores que integran la información contable (la contabilidad) que sea de empleo obligatorio en las oficinas públicas o privadas de acuerdo con el CCom, enfatizando que, ***(ii)*** las transacciones en moneda extranjera deben contabilizarse al respectivo contravalor en bolívares y que ***(iii)*** la llevanza de estados financieros, libros y registros contables en moneda extranjera solo tiene carácter complementario o auxiliar.

Hemos señalado con anterioridad que, solo debe expresarse en bolívares los documentos -incluidos los contables- que deban producir efectos en Venezuela. Esta obligación tiene fundamento en el artículo 129 LBCV, porque el bolívar aparte de ser la moneda de curso legal en

---

declaraciones y planillas de pago de cualquier naturaleza, así como las cantidades que se determinen por concepto de tributos, accesorios o sanciones en actos administrativos o judiciales, se expresarán en bolívares".

81 Artículo 155 (1)(a) del COT: "…Los contribuyentes, responsables y terceros están obligados a cumplir con los deberes formales relativos a las tareas de fiscalización e investigación que realice la Administración Tributaria y, en especial, deberán: (1). Cuando lo requieran las leyes o reglamentos: (a). Llevar en forma debida y oportuna los libros y registros especiales, conforme a las normas legales y los principios de contabilidad generalmente aceptados, referentes a actividades y operaciones que se vinculen a la tributación y mantenerlos en el domicilio o establecimiento del contribuyente y responsable (…)".

82 *Gaceta Oficial* No. 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

83 Artículo 88 de la LISLR: "Los contribuyentes están obligados a llevar en forma ordenada y ajustados a principios de contabilidad generalmente aceptados en la República Bolivariana de Venezuela, los libros y registros que esta Ley, su
Reglamento y las demás Leyes especiales determinen, de manera que constituyan medios integrados de control y comprobación de todos sus bienes, activos y pasivos, muebles e inmuebles, corporales e incorporales, relacionados o no con el enriquecimiento que se declara, a exhibirlos a los funcionarios fiscales competentes y a adoptar normas expresas de contabilidad que con ese fin se establezcan.
Las anotaciones o asientos que se hagan en dichos libros y registros deberán estar apoyados en los comprobantes correspondientes y sólo de la fe que estos merezcan surgirá el valor probatorio de aquellos".

Venezuela es la unidad monetaria con la que, en principio se denominan los créditos y obligaciones pecuniarias de las transacciones que se realizan en el país y que expresan los resultados y la situación financiera que deben informar los comerciantes por imperativo del CCom. La presentación de la información contable en bolívares complementa el deber de presentación de la misma información en castellano, con el propósito de garantizar la comprensibilidad de esta por los usuarios o destinatarios de aquella. Así lo confirma el artículo 130 de la LBCV, que establece **"…que todos los memoriales, escritos, asientos o documentos que presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativas a operaciones en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares"**.

Tampoco debe llamar a dudas la norma del artículo 146[84] del COT reformado en 2020, que prescribe que las bases imponibles de los tributos deben determinarse en bolívares. Esa precepción se refiere limitadamente a la forma de reporte de la determinación tributaria consignada en declaraciones y demás documentos contables fiscales. No compromete el uso de la moneda de denominación o cuantificación de la información que sirve de base a la confección de la base imponible o cualquier otro elemento cuantitativo de la estructura del tributo.

Por su parte, tampoco el deber de llevanza de la contabilidad fiscal según las normas legales previstas en el CCom y la LBCV o las normas técnicas en los PCAG, compromete la obligación de los contribuyentes de aplicar una determinada metodología contable de cuantificación, ni que el resultado contable determine el resultado fiscal. El fin del artículo 146 del COT apunta exclusivamente a ordenar, para fines fiscales, la presentación de la información contable y su registro según principios contables como manifestación del deber formal del contribuyente de respaldar sus operaciones y, a su vez, como garantía del valor de

[84] Artículo 146 de COT. "Los montos de base imponible y de los créditos y débitos de carácter tributario que determinen los sujetos pasivos o la Administración Tributaria, en las declaraciones y planillas de pago de cualquier naturaleza, así como las cantidades que se determinen por concepto de tributos, accesorios o sanciones en actos administrativos o judiciales, se expresarán y pagarán en bolívares, sin perjuicio de las excepciones que establezca el Banco Central de Venezuela a requerimiento delMinisterio con competencia en materia de Finanzas."

fiabilidad de la información contable, que se presume y establece probatoriamente a partir de la llevanza ordenada de la misma contabilidad, para facilitar las funciones de control de la administración.

En el caso de la norma del artículo 88 de la LISR de 2015, la invocación de los PCAG también tiene fines fundamentalmente formales, esto es, función de respaldo, registro o documentación de la información fiscal. Esa ***ratio legis*** viene comprobada topográficamente por la ubicación del precepto en el título VII sobre ***Control Fiscal***, esto es, la invocación de los PCAG y la obligación de los contribuyentes de llevar en forma ordenada y ajustados a dichos principios, los libros y registros que la ley y el reglamento establecen de modo que, **"…estos sirvan como medios integrados de control y comprobación de todos sus bienes activos y pasivos, muebles e inmuebles, corporales o no corporales, relacionados o no con el enriquecimiento que se declara, a exhibirlos a los funcionarios fiscales competentes y a adoptar normas expresas de contabilidad que con ese fin se establezcan…"** y se añade que **"…las anotaciones o asientos que se hagan en dichos libros y registros deberán estar apoyados en los comprobantes correspondiente y solo de la fe que estos merezca surgirá el valor probatorio de aquellos"**.

En consecuencia, para fines fiscales, la medición de las bases imponibles se alinea con las pautas contables, en todo lo que no quede contradicho por las leyes impositivas, por mandato de los precitados artículos 155 (1) (a) del COT de 2020, en concordancia con el artículo 88 de la LISLR de 2015. Se insiste, este no es más que una consecuencia más del deber formal tributario de llevar la contabilidad como fuente de información fiscal, según PCAG, pero su incidencia se limita a **"… las actividades y operaciones que se vinculen a la tributación…"** y una garantía de la reserva legal tributaria, según la cual solo la Ley puede regular la determinación de las bases imponibles de los tributos, incluidos los criterios de valoración correspondientes.

La gran pregunta es si el cambio de moneda funcional a una moneda distinta (dólar) del curso legal (bolívar) es válido jurídicamente para determinar la base imponible del ISR o si debe hacerse exclusivamente en la moneda de curso legal a pesar del cambio para fines financieros. No hay duda de que, siempre, la información independientemente de

cómo se cuantifique deberá expresarse y reportarse en bolívares como expresión de un deber formal de información fiscal y legal que debe surtir efecto en el país.

A este respecto existen dos posiciones: Una primera que afirma que (i) la determinación de la base imponible del ISR, al menos la renta territorial, debe efectuarse y reportarse en bolívares y otra segunda (ii) la determinación de la base imponible del ISR, territorial y extraterritorial, debe hacerse en dólares y reportarse en bolívares.

La primera posición se afinca en la afirmación del carácter estrictamente transaccional de la contabilidad fiscal y en la inferencia contenida en el artículo 4 de la LSIR que distingue la cuantificación del enriquecimiento neto global entre la renta territorial y la extraterritorial. Solo para la primera prescribe la aplicación del ajuste por inflación, lo que lleva implícito la cuantificación en bolívares que solo afecta al curso legal. A la renta extraterritorial no aplica el ajuste por inflación, porque la inflación no tiene incidencia en ese entorno económico y, por lo tanto, la determinación debe realizarse en la moneda de origen o del entorno económico de la transacción. En suma: para la determinación de la renta territorial la información de origen se valoriza en bolívares y se reporta en bolívares. Para la determinación de la renta extraterritorial la información de origen se valoriza en la moneda extranjera respectiva a su registro y se reporta en bolívares.

La otra segunda posición afirma que la determinación de la base imponible puede y debe efectuarse directamente en moneda extranjera, tanto para la cuantificación de la renta territorial como extraterritorial cuando el dólar es moneda funcional para fines financieros. Por supuesto, el reporte debe hacerse en bolívares como moneda presentación obligatoria. Esta posición se fundamenta en la observación de que, independientemente de la exclusión del ajuste por inflación a los sujetos pasivos especiales, la corrección monetaria no tiene sentido en ese entorno económico porque la inflación no afecta la cuantificación de un resultado que es sustancialmente operado con el dólar, esto es, la capacidad contributiva es medida de forma más representativa en dólares. El resultado de una y otra fuente deberá traducirse a la moneda de curso legal utilizando los criterios de la técnica contable ***ex*** NIC 21, respetando los criterios de reconocimiento de los ingresos, gastos y costos,

en cada categoría geográfica, previstos en la LISR. Las ganancias y pérdidas en cambio serán las que resulten de la extinción de las cuentas de activos y pasivos directamente denominadas en bolívares que ganarían o perderían cuando se realicen las plusvalías o minusvalías asociadas durante el ejercicio gravable.

En nuestra opinión esta última postura se justifica plenamente en caso de que el entorno económico del contribuyente sea el dólar y este haya sido adoptado como moneda funcional para fines financieros. La cuantificación de la base imponible bajo esta unidad de cuenta será una lógica consecuencia de la realidad financiera del contribuyente y, por lo tanto, consistente con una medida de capacidad contributiva más eficiente.

La primera posición se justifica en el caso de contribuyentes cuyo entorno económico todavía este dominado por el bolívar por lo que respecta a la determinación de la renta territorial. Aquí las distorsiones de la medición de la base imponible tendrán causa fundamental en la inflación del bolívar. La iniquidad de esta situación reside en la discriminatoria exclusión de la corrección monetaria para los contribuyentes identificados como sujetos pasivos especiales, la cual no se justifica técnica ni axiológicamente. Es contraria a la racionalidad del artículo 4 de la LISR que exige la determinación del enriquecimiento neto territorial "sin menoscabo del ajuste por inflación", esto es, libre de la distorsión inflacionaria, y del mandato constitucional 316 de cifrar el tributo sobre una capacidad contributiva efectiva, esto es, sobre una medida de capacidad económica real[85].

8. SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS TRANSACCIONES EN MONEDA EXTRANJERA PARA FINES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La LISLR, establece una única regla de valoración de las transacciones que representen ingresos extraterritoriales, ***ex*** artículo 16 de la LISR. **"A los fines de la determinación del monto del ingreso bruto**

[85] Vid., nuestro trabajo, "Aspectos *protervos* en la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros", en *XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Triburaio,* Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015.

de fuente extranjera, deberá aplicarse el tipo de cambio promedio del ejercicio fiscal en el país, conforme a la metodología empleada por el Banco Central de Venezuela". Del resto, no hay más reglas de valoración de ingresos, ni siquiera de costos y gastos denominados en moneda extranjera.

La regla anterior lleva implícita una premisa incorrecta. Asume que solo las transacciones de fuente extranjera están o pueden denominarse en moneda extranjera. Lo cierto es que las transacciones internas o de fuente territorial, también pueden denominarse y cumplirse en moneda extranjera como confirma el artículo 128 de la LBCV y los artículos 8 y 9 del CC No. 1.

Por lo tanto, para fines fiscales, actualmente, los contribuyentes deberán valorar las transacciones en moneda extranjera al tipo de cambio que represente la relación efectiva de cambio de cada operación y en su defecto, según la pauta contable legal al ***tipo de cambio de referencia***, que es la tasa de cambio de mercado establecida en el correspondiente CC No. 1.

No existe una norma jurídica que especifique la metodología para calcular el promedio del tipo de cambio. Por tal razón, el contribuyente podrá legítimamente escoger alternativamente, entre un promedio

simple o ponderado para valorar sus ingresos brutos denominados en moneda extranjera de fuente sea territorial o extranjera. Incluso, porque la regla **"tipo de cambio promedio"** constituye una regla de valoración presuntiva, solo aplica en caso de que el contribuyente, no disponga de la información sobre base directa y real[86].

[86] Es jurisprudencia constante de las Sala Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que, el uso de ficciones y de metodologías presuntivas de determinación tributaria ceden frente a la prueba en contrario que el contribuyente produzca para demostrar su realidad contributiva diferente a la fabulada por ficciones o establecidas por presunciones legales. Igualmente, la Sala Política Administrativa ha decidido que, las reglas sobre *presunciones legales* que facilitan la determinación y la recaudación tributaria, siempre deben relativizarse en atención a la realidad económica del contribuyente, allí donde su aplicación irrestricta lleve a una tributación desproporcionada o alejada de la realidad contributiva. Así lo decidió en sentencia N° 394 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de mayo de 2010, al postular el razonamiento de que una regla sobre determinación del patrimonio neto en el ajuste por inflación, debía permitir al contribuyente la prueba de que las cuentas por cobrar entre empresas relacionadas correspondían a operaciones del giro del negocio respectivo y no constituyen una distribución oculta de beneficios

Por lo que respecta a los costos, la LISR ni su reglamento establecen un tratamiento específico sobre la valoración de aquellos denominados en moneda extranjera. Conforme a los artículos 21 y 23(a) y párrafo primero ***ejusdem,*** dicho costo será **"…el que conste en las facturas emanadas directamente del vendedor…".** La regla legal no hace sino repetir el principio contable según el cual, "**el costo de adquisición es el precio de compra**"[87].

---

de entender la exclusión de las cuentas por cobrar como una presunción. La Sala señaló que la dicha norma (artículo 103 de la Ley de impuesto sobre la renta de 1999) debía ser entendida de acuerdo con la finalidad que el legislador tuvo en mente para su creación (la corrección por inflación del patrimonio neto del contribuyente), admitiendo la prueba de la realidad contributiva para desvirtuar la presunción de la distribución oculta de beneficios. Caso *Valores Unión, C.A.:* "No cabe dudas de que la finalidad o propósito de la inclusión en la legislación tributaria de la normativa supra transcrita (artículo 103) es la de sincerar la inversión de los accionistas en el patrimonio de las empresas y adecuar los efectos que la inflación produce en los resultados reales del contribuyente, pretendiendo con la exclusión de las cuentas o efectos por cobrar a sus administradores, accionista o empresas afiliadas, evitar la posibilidad de que se produzcan transferencias de fondos a compañías afiliadas y que las mismas encubran disminuciones patrimoniales simulando préstamos.
Sin embargo, si bien es cierto que tal situación puede presentarse en los manejos de fondos de empresas relacionadas por la vinculación que existe entre ellas, también es verdad que la realidad económica demuestra que tales operaciones no necesariamente representan distribuciones ocultas de beneficios. Por el contrario, existen relaciones comerciales auténticas entre empresas relacionadas, por cuya razón dicha norma debe interpretarse atendiendo al fin que tuvo el legislador para crearla, por lo cual sólo se deben excluir del cálculo del patrimonio neto inicial, las cuentas por cobrar que realmente no surjan en virtud de las operaciones normales y necesarias destinadas a la producción de la renta gravable. Surge así una presunción que puede ser desvirtuada con la prueba en contrario, de tal manera que el contribuyente pueda demostrar que las operaciones que dieron origen a las cuentas y efectos por cobrar se hallan directamente vinculadas con el proceso productivo de la renta, pues cualquier operación de créditos o pasivos con una empresa afiliada que esté relacionada con el normal desarrollo del negocio del contribuyente, representa una partida que en definitiva integra el aludido patrimonio al inicio del ejercicio fiscal susceptible de erosión por la inflación. Así se declara". (Resaltado nuestro)". Disponible en: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00394-12510-2010-2008-0957.html]

87 Norma Internacional de Contabilidad No. 2 (NIC 2), sobre "inventario", párrafo 8.
Para la atribución de significado al enunciado "costo de adquisición de la mercancía importada", existe, en el caso concreto, una codeterminación normativa entre la contabilidad y el derecho, entre el principio contable y la ley de impuesto sobre la renta, entre el término técnico contable "costo" y el enunciado legal "costo de adquisición de la mercancía importada". Es importante precisar que en este caso, la atribución de significados en comentarios, no infringe la reserva legal tributaria ni implica deslegalización de la base imponible, simplemente se resuelve en derecho mediante un trasvase de significados de un campo epistemológico al otro. Que el concepto "costo" no sea un concepto jurídico, esto es, con expresa sig-

El contribuyente podrá deducir en la determinación de la base imponible del ISR de fuente territorial, los gastos normales y necesarios que estén relacionados con la producción de la renta en el país, siempre que se cuente en Venezuela con los comprobantes que respalden la erogación denominada en moneda extranjera correspondiente.

Para la valoración de la erogación en moneda extranjera **el contribuyente** deberá igualmente aplicar el tipo de cambio específico de la transacción de que se trate cuando disponga de la prueba correspondiente, o supletoriamente aplicar el tipo de cambio promedio del ejercicio fiscal en caso de que no disponga de tal prueba.

9. SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS GANANCIAS Y PÉRDIDAS EN CAMBIO PARA FINES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA CUANDO EL BOLÍVAR ES MONEDA FUNCIONAL

La LISR establece de forma categórica en su artículo 4 que, **"la determinación de la base imponible es el resultado de sumar el enriquecimiento neto de fuente territorial al enriquecimiento neto de fuente extraterritorial"**. El enriquecimiento neto territorial se determina como la diferencia entre el ingreso bruto territorial menos los costos y gastos territoriales. Del mismo modo, el enriquecimiento neto de fuente extraterritorial se determina como la diferencia entre el ingreso bruto extraterritorial menos los costos y gastos extraterritoriales. También es imperativo el mandato de no imputar pérdidas de un origen con las de otro. En definitiva, constituyen compartimientos estancos los resultados de una y otra medición de la renta según su origen geográfico.

La dicotomía entre renta extraterritorial y renta territorial implica que las valoraciones de las transacciones en la moneda de origen opera de manera inversa según el ámbito territorial de que se trate. La moneda de origen es la moneda funcional o la del entorno económico en el que se generan fundamentalmente los enriquecimientos que se localizan en cada ámbito territorial.

---

nificación jurídica (definido por enunciados jurídicos), no quiere decir que no tenga sentido preciso o precisable y que no pueda ser utilizado para dar sentido a un enunciado normativo jurídico como el analizado.

La citada dicotomía lleva implícito que las valoraciones de las transacciones que ocurran en cada espacio geográfico deben hacerse en la moneda de origen de cada territorio, independientemente de que la presentación de la información de cada categoría, así como el enriquecimiento neto global, se presente en bolívares, pues es la moneda en que todos los documentos contables, incluidos los fiscales, están llamados a surtir efecto en el país, según las comentadas normas de los artículos 129 de la LBCV, 155 (1) (a) del COT y 88 de la LISR.

En efecto, solo el enriquecimiento neto de fuente territorial puede ser afectado por la inflación y por los ajustes cambiarios que la moneda de curso legal sufra en su intercambio en otra divisa. Así lo ordena la norma del artículo 4, al definir la materia gravable como **"el incremento neto de patrimonio"**, que resultan de restar de los ingresos brutos, los costos y gastos, **"…sin perjuicio del ajuste por inflación respecto del enriquecimiento neto de fuente territorial"**[88].

La razón económica que justifica esa exclusión es obvia. En principio, la inflación de la moneda de curso legal solo afecta a las transacciones realizadas y a los patrimonios (activos y pasivos) ubicados en el ambiente económico territorial en que circula. Se trata de un fenómeno económico estrictamente territorial.

Por lo tanto, solo inciden en la determinación de la renta territorial las ganancias y pérdidas cambiarias (devaluación o depreciación del curso legal). Para la ***renta territorial***, el bolívar es obviamente la moneda de origen para la determinación de dicho resultado. Esa afirmación queda reforzada si efectivamente el bolívar es la moneda funcional en la contabilidad del contribuyente. El uso de otra moneda tendrá carácter de moneda extranjera. En el contexto territorial la inflación y la depreciación del bolívar frente a otras divisas, implica que, la tenencia de activos o pasivos denominados en divisas genera ganancias o pérdidas de valor respecto del bolívar. Solo cuando son disponibles esos cambios de valor asociados a esas transacciones, deben traducirse en

[88] "Dicha norma permite establecer el alcance espacial de sistema de corrección monetaria fiscal, conduciendo a la conclusión de los activos y pasivos ubicados en el extranjero no son susceptibles de corrección monetaria y que tampoco integran el patrimonio neto inicial del contribuyente". *Cfr.* Romero- -Muci, Humberto, *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal,* Editorial Jurídica Venezuela, Caracas 2005, p. 265.

los resultados fiscales como ganancias o como pérdidas en cambio de las dichas monedas extranjeras.

Por el contrario, las transacciones extraterritoriales solo quedan afectadas por las vicisitudes monetarias del entorno económico en el que ocurran. Las transacciones extraterritoriales no son afectadas por la inflación ni por la depreciación del bolívar. Las transacciones que ocurran extraterritorialmente, en divisas, no pierde valor en términos del bolívar. Es el bolívar el que pierde valor en términos de la moneda que corresponda al entorno económico extraterritorial.

Sin embargo, la representación de esa información en la moneda del entorno extraterritorial debe y tienen que traducirse al bolívar, que es la moneda de reporte. Pero esa traducción de valor no tiene virtualidad fiscal, pues solo constituye una estimación no disponible y, en consecuencia, no implica una expresión efectiva de capacidad económica. Solo un intercambio efectivo al bolívar de la posición en la moneda de origen extraterritorial generará una ganancia o una pérdida con efectos en los resultados fiscales territoriales.

Por esa razón, para la determinación de la renta extraterritorial la información de origen se valoriza en la moneda correspondiente a su registro y se reporta en bolívares. Es más, las ganancias o pérdidas cambiarias de fuente extraterritorial solo se verifican efectivamente cuando la moneda de origen se convierte al bolívar. Cualquier actualización de valor por traducción de la posición en moneda de origen, al bolívar como moneda de reporte, consecuencia de alguna transacción en la dicha moneda extranjera, solo será una estimación contable no disponible y por lo tanto no gravable a los fines de la determinación de la renta extraterritorial. En este caso no existe una manifestación de capacidad contributiva efectiva, sino un ajuste contable por traducción de la moneda de origen al bolívar como moneda de reporte. Dicho ajuste cambiario deberá conciliarse como una partida no gravable a la renta territorial.

Porque el ajuste por inflación solo tiene virtualidad para la determinación de la renta territorial, solo las ganancias y pérdidas por el ajuste de los activos o pasivos en moneda extranjera ubicados territorialmente, inciden en el resultado correspondiente. Desde la LISR de

1991[89] (reiterado en las reformas de 1999 y regulado en el RLISR de 1993), ese ajuste debía hacerse según la variación acumulada del tipo de cambio de la moneda extranjera respecto del bolívar a la tasa de cambio de la fecha de cierre del ejercicio gravable[90]. En la LISR de 2001[91] se estableció que la sola tenencia de activos y pasivos en

[89] Artículo 105 LISR 1991: "Se acumulará en la partida de reajuste por inflación, como una disminución de la renta gravable, el mayor valor que resulte de ajustar las deudas u obligaciones en monedas extranjeras o pactadas con cláusulas de reajustabilidad, existentes al cierre del ejercicio tributario, según la cotización de la respectiva moneda extranjera a la fecha del balance o según el reajuste pactado. El menor valor que resulte de reajustar tales deudas u obligaciones se cargará a la cuenta de pasivos que corresponda y abonará a la cuenta de reajuste por inflación".
Artículo 106 LISR 1991: "Se acumulará en la partida de reajuste por inflación, como un aumento de la renta gravable, el mayor valor que resulte de actualizar las inversiones o acreencias en moneda extranjera o pactadas con cláusula de reajustabilidad existentes al cierre del ejercicio gravable, según la cotización de la respectiva moneda extranjera a la fecha del balance o según la cláusula de reajustabilidad pactada, respectivamente. El mayor valor que resulte de reajustar tales deudas u obligaciones, se cargará a la cuenta de activos que corresponda y abonará a la cuenta de reajuste por inflación".

[90] Como explicamos en otra oportunidad: "Obsérvese que se trata de cargos a resultados autorizados por la ley, independientemente de su causación o erogación a los fines legales constituyen una ficción de deducción que sirve a los solos propósitos del ajuste y precisión de un nivel real de la renta gravable en términos de poder adquisitivo constante. Así las cosas, en el caso de los pasivos no monetarios se produce una importante excepción a la mecánica de traducción de los efectos cambiarios en los resultados impositivos, que lo hace depender de la realización o liquidación de la cuenta respectiva. Es bien sabido que, en el caso de los pasivos en moneda extranjera ha sido uniforme la jurisprudencia nacional en afirmar que, la sola fluctuación de la moneda extranjera en que aparece expresado el pasivo no autoriza la corrección en moneda nacional del pasivo en cuestión. El efecto cambiario sólo puede acusarse cuando se produzca la liquidación o extinción de la cuenta respectiva. A este parecer arribó la extinta Junta de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta en sentencia del 3 de marzo de 1952 con ponencia del tercer vocal accidental José Rafael Vargas, caso *Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela vs República Venezuela*. Igualmente, sentencias del Tribunal Primero accidental número 10 del Impuesto sobre la Renta de fecha 11 de junio de 1967, caso *Unión Gráfica vs República de Venezuela* y sentencia del Tribunal Segundo de Impuesto sobre la Renta de fecha 28 de marzo de 1979, con ponencia del vocal Efraín Godoy Boada caso *Andrene Compañía Anónima vs República Venezuela.* (nuestros comentarios en Romero-Muci Humberto, Los ajustes por inflación en la Ley de impuesto sobre la renta, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, p. 166).

[91] Parágrafo segundo del artículo 173 de la LISLR 2001: "Se consideran como activos y pasivos no monetarios, aquellas partidas del Balance General Histórico del contribuyente que por su naturaleza o características son susceptibles de protegerse de la inflación, tales como los inventarios, mercancías en tránsito, activos fijos, edificios, terrenos, maquinarias, mobiliarios, equipos, construcciones en proceso, inversiones permanentes, inversiones convertibles en acciones, cargos y créditos diferidos y activos intangibles. Los créditos y deudas con

moneda extranjera generaba ganancias o pérdidas, esto es, que los saldos por ajustes de la variación del tipo de cambio del bolívar respecto de la moneda extranjera debían ser reconocidos y registrados como parte del resultado fiscal. Esa regla se alineó con el tratamiento para fines contables según PCAG, según prescribe el Reglamento de la RLISR de 2003.

Con la reforma de la LISR de 2007[92] se restringió ese efecto temporal a los fines legales, considerando ***realizadas*** las situaciones de ganancia o pérdida por tenencia, solo cuando la cuenta respectiva era exigible, fuera pagada o cobrada, lo que sucediera primero. Esa redacción quedó incólume en la reforma de 2014 y de 2015[93].

La interpretación ***a contrario*** de las normas de los artículos 4 y 188 de la LISR de 2014, aplicable ***ratione tempore*** al ejercicio 2015, impone la conclusión de que, no inciden en la determinación del enriquecimiento de fuente territorial o extraterritorial, esto es, no son gravables

---

cláusula de reajustabilidad o en moneda extranjera y los intereses cobrados o pagados por anticipado o registrados como cargos o créditos diferidos se considerarán activos y pasivos monetarios". Artículo 94, parágrafo único del RLISR de 2003 (vigente): "Se consideran activos y pasivos monetarios, según el caso, las partidas del Balance General del contribuyente que representan valores nominales en moneda nacional que, al momento de su disposición o liquidación, éstas se hacen por el mismo valor histórico con que fueron registrados. Todos los activos y pasivos no clasificados como no monetarios se consideran monetarios.
Parágrafo Único. El efectivo y otras acreencias y obligaciones en moneda extranjera o con cláusulas de reajustabilidad se consideran partidas monetarias y serán ajustadas a la tasa de cambio de la fecha de cierre del ejercicio gravable o de acuerdo con las respectivas cláusulas de reajustabilidad respectivamente, en la contabilidad del contribuyente, antes del ajuste por inflación de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados en Venezuela".

92 Artículo 188 de la LISLR 2007. "A los fines de este capítulo, las ganancias o pérdidas que se originen de ajustar los activos o pasivos denominados en moneda extranjera o con cláusulas de reajustabilidad basadas en variaciones cambiarias, se considerarán realizadas en el ejercicio fiscal en el que las mismas sean exigibles, cobradas o pagadas, lo que suceda primero".

93 Antes de la introducción de las reglas sobre ajuste por inflación en la LISR de 1991, las leyes respectivas solo hacían depender el registro de las ganancias y pérdidas por devaluación o fluctuación de la moneda de curso legal, cuando dichas ganancias se consideraban disponibles o las perdidas realizadas. Se trataba limitadamente de las cuentas en moneda extranjera (activas o pasivas) de fuente territorial, porque en aquel tiempo el ámbito espacial del hecho imponible del ISR estaba circunscrito al territorio nacional y no tenía alcance sobre la renta mundial, esto es, no incluía la renta extraterritorial. ver nuestros comentarios en Romero-Muci, Humberto, Los ajustes por inflación en la Ley de impuesto sobre la renta, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

las ganancias ni son deducibles las pérdidas por tenencia de activos o pasivos en moneda extranjera, respectivamente, aunque la cuenta en moneda extranjera sea exigible.

En nuestro criterio, porque los ajustes por inflación no aplican a la determinación de la renta extraterritorial desde el ejercicio de 2016.

(a) La información contable sobre los ingresos, costos y gastos de fuente extraterritorial, se valorizan en la moneda de origen correspondiente a su registro y se reportan en bolívares al tipo de cambio oficial aplicable a la fecha de la transacción.

(b) Las ganancias o pérdidas asociadas a la disposición de los activos y pasivos de fuente extraterritorial solo serán gravables o deducibles, respectivamente, cuando sean ***disponibles*** según las reglas ordinarias de determinación del enriquecimiento operativo, esto es, la diferencia entre el ingreso bruto menos los costos y gastos según la regla básica de ***disponibilidad*** prevista en el artículo 5 y la regla de ***causación*** de los gastos prevista en el artículo 27[94], encabezado de la LISLR de 2015.

(c) Cualquier actualización de valor por traducción de la posición de la moneda de origen al bolívar como moneda de reporte, consecuencia de alguna transacción en la dicha moneda de origen, esto es, un activo o un pasivo extraterritorial que sustituya a otro activo o pasivo extraterritorial solo será una estimación contable (i) no disponible y por lo tanto no gravable o (ii) no causada y por lo tanto no deducible, a los fines de la determinación de la renta extraterritorial. Esa actualización de valor en la moneda de reporte a la fecha de la transacción deberá mostrase como una partida no gravable en la conciliación de la renta.

(d) Las actualizaciones de valor por traducción de la posición de la moneda de origen al bolívar solo se convierten en ganancias o pérdidas cambiarias de fuente extraterritoriales en moneda origen, eso es, solo se verifican efectivamente cuando la moneda de origen se convierte al bolívar.

---

[94] Artículo 27 de la LISLR encabezado: "Para obtener el enriquecimiento neto global se harán de la renta bruta las deducciones que se expresan a continuación, las cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputables al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento ….".

(e) Las plusvalías cambiarias por la simple tenencia de activos extraterritoriales no representan enriquecimientos disponibles y por lo tanto no deben ni pueden ser gravables. Sencillamente dichas ajustes de valor no representan incrementos o decrementos patrimoniales definitivos, ni una expresión de capacidad contributiva efectiva

En suma, las transacciones que incidan respecto de los activos y pasivos extraterritoriales deberán valorarse en la moneda de origen en que se denominen o liquiden la cuenta respectiva. Solo ese resultado deberá traducirse al bolívar para reportar su expresión en términos del tipo de cambio que aplique, según ya hemos explicado antes. Las actualizaciones de valor por traducción tanto de las transacciones como de los saldos de activos o de pasivos extraterritoriales, solo serán gravables cuando la cuenta respectiva sea efectivamente convertida en bolívares. Solo así puede predicarse la consumación de una ganancia efectiva como expresión de capacidad contributiva. De lo contrario, se tratará de una ganancia que no representa un incremento real de patrimonio, inconsistente con la materia gravable definida legalmente en el ISR.

No debe llamar a dudas que las normas del ajuste por inflación no apliquen a los contribuyentes distintos de contribuyentes especiales. Estas normas siguen teniendo valor vinculante en el contexto de la LISR, particularmente para fines de interpretación sobre el sentido y alcance de las reglas de determinación de la renta gravable en su doble fuente territorial y extraterritorial.

Un sector autorizado de la doctrina mantiene la tesis de la vigencia del articulo 186 LISR a pesar de la no aplicación del sistema de ajuste por inflación a los sujetos pasivos especiales. Argumenta que la racionalidad de esa norma no es consistente con el sistema de ajuste por inflación, sino que se integra a la unidad de sentido que regula el articulo 5 sobre el momento del reconocimiento del enriquecimiento gravable, esto es, de su disponibilidad. Justifica que la disposición está mal ubicada topográficamente, pues se encuentran fuera del ámbito de aplicación del sistema del ajuste por inflación, el cual responde a otra *razón de ser*, lo que no hace más que reforzarse si se repara en que estas partidas califican bajo la tipología de activos y pasivos *monetarios*, como lo establece expresamente el Parágrafo Segundo del artículo 171

de la LISLR[95]. Finalmente, Abache Carvajal colaciona la conclusión de que la disponibilidad de las ganancias y pérdidas en cambio continúa rigiéndose por la misma solución del artículo 186, independientemente de la exclusión de los sujetos pasivos especiales del ajuste por inflación. En palabras resumidas: las ganancias y pérdidas en cambio son disponibles o deducibles cuando los activos o pasivos asociados son exigibles o se paguen, lo primero que ocurra.

Nosotros consideramos que la norma del 186 no aplica debido a la exclusión del ajuste por inflación. Las ganancias o pérdidas en cambio solo son gravables o deducibles cuando se extingue la cuenta correspondiente, independientemente de que esos saldos sean exigibles.

Ciertamente el enunciado del articulo 186 está mal ubicado en el contexto de la LISR. Las partidas en moneda extranjera califican como monetarias y esa calificación responde a una alineación de sentido de la normativa tributaria con la técnica contable. Esa igualación de trato tiene un propósito de homogenización en la presentación (no de reconocimiento) de la corrección de las partidas monetarias, como parte del resultado operativo y no separadamente como parte del reajuste regular por inflación.

Sin embargo, la exclusión del ajuste por inflación para los sujetos pasivos especiales alteró radicalmente la forma de cuantificar los efectos y particularmente el reconocimiento de las pérdidas en cambio. Implicó una vuelta a la forma de reconocimiento de las ganancias y pérdidas en cambio sobre una unidad de cuenta histórica y no a valores constantes, tal como aplicaba antes de la introducción del sistema de ajuste por inflación en la LISR de 1991.

Esto implica que las ganancias en cambio solo son gravables cuando se extingue la cuenta respectiva por cualquier medio y no simplemente porque el activo asociado sea exigible. Esto supone el gravamen exclusivo de las ganancias realizadas efectivamente y no aquellas plusvalías que representen ganancias aparentes por apreciación de valor,

---

[95] *Cfr*: Abache Carvajal, Serviliano, *La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta Sobre la «reforma jurisprudencial» de 2007, las «reformas ejecutivas» de 2014 y 2015, y el «Decreto Constituyente» de 2018*, Serie estudios No. 113, Academia de Ciencias Politicas y Sociales, Editorial Juridica Venezolana y Asociacion Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2019, p. 149.

aunque estén a la vista o sean exigibles. Del mismo modo, las pérdidas en cambio solo son deducibles cuando estén realizadas, esto es, cuando el pasivo asociado se extinga definitivamente por algún medio y no simplemente porque sean exigibles.

Esta es la posición más consistente con el derecho a contribuir conforme a una capacidad económica efectiva, en el especifico sector de los cambios de valor de los activos y pasivos monetarios en moneda extranjera, que solo reconoce como parte de la base imponible aquellos realizados, entendiendo por aquellos, los que representan alteraciones patrimoniales definitivas y no simples plusvalías o minusvalías latentes.

Este es un aspecto en el que la contabilidad fiscal se distancia de la contabilidad financiera por razones asociadas al orden público constitucional, donde se hace evidente la condición esencialmente valorativa de la contabilidad financiera por oposición al carácter transaccional de la contabilidad fiscal.

El argumento de la presentación uniforme de los resultados cambiarios como parte del resultado operativo solo tiene sentido en el contexto del ajuste integral por inflación, en la medida que se ajustan todas las partidas que son afectadas por la inflación y no solo las monetarias en moneda extranjeras. Al desaplicarse el ajuste integral se deslegitimiza el reconocimiento de las ganancias o pérdidas en cambio por tenencia de activos o pasivos monetarios denominados en moneda extranjera, por la sencilla razón de que no son resultados disponibles o realizados transaccionalmente, no susceptibles de ser integrados a la base imponible del ISR.

Vayan de muestra varios ejemplos para ilustrar las explicaciones anteriores sobre e comportamiento de los ajustes cambiarios y cuáles trascienden a la base imponible del ISR.

Asumimos las siguientes premisas:

- Activo Extraterritorial: Inversión en bono.
- Costo del activo en moneda extranjera: US$ 1.500
- Tasa de cambio al inicio del ejercicio: Bs. 638 / US$
- Tasa de cambio al final del ejercicio: Bs 46.620 / US$
- Tasa de cambio promedio del ejercicio: Bs. 23.629 / US$
- En la renta territorial se ha obtenido un enriquecimiento gravable de Bs. 1000.000

Entre otras consideraciones hacemos notar el efecto contable y fiscal ***(i)*** de un ingreso extraterritorial; ***(ii)*** de una venta con ganancia en la inversión extraterritorial; ***(iii)*** de una venta con pérdida en la inversión extraterritorial; ***(iv)*** de la simple tenencia de la inversión extraterritorial.

Escenario 1.

Se muestra el tratamiento contable y fiscal en Venezuela relacionado a una inversión extraterritorial.

- Valoración contable en Bs. al inicio del ejercicio de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 638 Bs. /US$): Bs. 957.000.
- Valoración contable en Bs. al momento de la venta de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 46.620 Bs. /US$): Bs. 69.930.000. (actualización del costo por tenencia al momento de la venta)
- Resultado neto en Bs. por la tenencia de la inversión extraterritorial Bs. 68.973.000 (69.930.000-957.000).

Detalle	Renta Territorial	Renta Extraterritorial	Renta Mundial
Determinación del Resultado Económico			
Ganancia Territorial	10.000.000		10.000.000
Ganancia en cambio por traducción de la inversión en Bs.	68.973.000	68.973.000	
Resultado Económico Global	**10.000.000**	**68.973.000**	**78.973.000**
Conciliación de la Renta			
Partidas No Gravables			
Estimación contable por traducción		(68.973.000)	(68.973.000)
Enriquecimiento Neto Gravable	**10.000.000**	**0**	**10.000.000**
Impuesto causado (34%)	**3.400.000**	**0**	**3.400.000**

Escenario 2.

Se muestra el tratamiento contable y fiscal en Venezuela asociado al rendimiento de una inversión extraterritorial de 500US$ y del efecto en Venezuela de la traducción a Bs. por la tenencia de la inversión extraterritorial.

- Valoración contable en Bs. del **rendimiento extraterritorial** por la tasa promedio (500US$ * 23.629 Bs./US$): Bs. 11.814.500.

- Valoración contable en Bs. al inicio del ejercicio de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 638 Bs. /US$): Bs. 957.000.
- Valoración contable en Bs. al cierre del ejercicio de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 46.620Bs. /US$): Bs. 69.930.000.
- Resultado neto en Bs. por la tenencia de la inversión extraterritorial Bs. 68.973.000 (69.930.000-957.000).

Detalle	Renta Territorial	Renta Extraterritorial	Renta Mundial
Determinación del Resultado Económico			
Ganancia Territorial	10.000.000		10.000.000
Ingreso por rendimiento en la inversión extranjera		11.814.500	11.814.500
Ganancia en cambio por traducción de la inversión en Bs.		68.973.000	68.973.000
Resultado Económico Global	**10.000.000**	**80.787.500**	**90.787.500**
Conciliación de la Renta			
Partidas No Gravables			
Estimación contable por traducción		(68.973.000)	(68.973.000)
Enriquecimiento Neto Gravable	**10.000.000**	**11.814.500**	**21.814.500**
Impuesto causado (34%)	**3.400.000**	**4.016.930**	**7.416.930**

Escenario 3.

Se muestra el tratamiento contable y fiscal en Venezuela asociado a la venta al cierre del ejercicio con ganancia de la inversión extraterritorial, cuyo precio de venta fue de 2.000US$, originando un enriquecimiento extraterritorial de 500US$.

- Valoración contable en Bs. de la venta de la inversión extraterritorial efectuada al cierre del ejercicio por la tasa de cierre del ejercicio (2.000US$ * 46.620 Bs./US$): Bs. 93.240.000.
- Valoración contable en Bs. al inicio del ejercicio de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 638Bs. /US$): Bs. 957.000.
- Valoración contable en Bs. al momento de la venta de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 46.620Bs. /US$): Bs. 69.930.000. (actualización del costo por tenencia al momento de la venta)
- Resultado neto en Bs. por la tenencia de la inversión extraterritorial Bs. 68.973.000 (69.930.000-957.000).

- Valoración contable de la venta neta con el costo actualizado de la inversión traducido a Bs. 23.310.000 (93.240.000-69.930.000)

Detalle	Renta Territorial	Renta Extraterritorial	Renta Mundial
Determinación del Resultado Económico			
Ganancia Territorial	10.000.000		10.000.000
Ingreso neto por venta de la inversión extranjera		23.310.000	23.310.000
Ganancia en cambio por traducción de la inversión en Bs.		68.973.000	68.973.000
Resultado Económico Global	**10.000.000**	**92.283.000**	**102.283.000**
Conciliación de la Renta			
Partidas No Gravables			
Estimación contable por traducción		(68.973.000)	(68.973.000)
Enriquecimiento Neto Gravable	**10.000.000**	**23.310.000**	**33.310.000**
Impuesto causado (34%)	**3.400.000**	**7.925.400**	**11.325.400**

Escenario 4.

Se muestra el tratamiento contable y fiscal en Venezuela asociado a la venta al cierre del ejercicio con pérdida de la inversión extraterritorial, cuyo precio de venta fue de 1.000US$, originando una pérdida extraterritorial de 500US$.

- Valoración contable en Bs. de la venta de la inversión extraterritorial efectuada al cierre del ejercicio por la tasa de cierre del ejercicio (1.000US$ * 46.620 Bs./US$): Bs. 46.620.000.
- Valoración contable en Bs. al inicio del ejercicio de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 638Bs. /US$): Bs. 957.000.
- Valoración contable en Bs. al momento de la venta de la inversión extraterritorial (1.500US$ * 46.620Bs. /US$): Bs. 69.930.000. (actualización del costo por tenencia al momento de la venta)
- Resultado neto en Bs. por la tenencia de la inversión extraterritorial Bs. 68.973.000 (69.930.000-957.000).
- Valoración contable de la venta neta con el costo actualizado de la inversión traducido a Bs. (23.310.000) (46.620.000-69.930.000).

Detalle	Renta Territorial	Renta Extraterritorial	Renta Mundial
Determinación del Resultado Económico			
Ganancia Territorial	10.000.000		10.000.000
Pérdida neta por venta de la inversión extranjera		(23.310.000)	(23.310.000)
Ganancia en cambio por traducción de la inversión en Bs.		68.973.000	68.973.000
Resultado Económico Global	**10.000.000**	**45.663.000**	**55.663.000**
Conciliación de la Renta			
Partidas No Gravables			
Estimación contable por traducción		(68.973.000)	(68.973.000)
Enriquecimiento Neto Gravable (Pérdida)	10.000.000	(23.310.000)	13.310.000
Impuesto causado (34%)	**3.400.000**	**0**	**3.400.000**

10. SOBRE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE LA VALORACIÓN DIRECTA DE LA BASE IMPONIBLE DEL ISR EN MONEDA FUNCIONAL DÓLAR

Alternativamente, el contribuyente podría considerar determinar la base imponible del ISR directamente en dólares si esa fuera su moneda funcional. Ello implicaría aplicar las normas de disponibilidad y causación del ingreso y del gasto (conciliación fiscal), a la información contable llevada en dólares, para obtener el enriquecimiento neto gravable del ejercicio y posteriormente aplicar la alícuota correspondiente.

Para este fin la información cuantitativa en dólares será traducida al bolívar al tipo de cambio de referencia según las reglas de traducción establecidas en la NIC 21. A estos efectos, **el contribuyente** puede escoger entre traducir el monto total de los ingresos disponibles y gastos causados al final del ejercicio; o traducir los ingresos y los gastos en la oportunidad en que tuvieron incidencia fiscal. En el segundo caso pudieran presentarse resultados distintos dependiendo del momento de disponibilidad o de causación que pudiesen alterar el resultado fiscal[96].

[96] A modo de ejemplo: imaginemos un resultado que, en moneda funcional USD no genera renta gravable (ingresos brutos 1 USD y gasto 1 USD). Supongamos que los gastos se causaron en enero y los ingresos en noviembre. Por la diferencia del tipo de cambio en las fechas de conversion de elementos de ingreso y gasto en tiempos distintos seguramente generá renta gravable para CONTRIBUYENTEporque el tipo de cambio se depreciará en el tiempo. Lo contrario sucederá a la inversa.

Entre ambas opciones, consideramos la de traducir el monto total de los ingresos y los gastos como la más razonable y práctica.

Al ser la moneda funcional dólar, los saldos de las partidas en bolívares generarán ganancia o pérdida en cambio por tenencia. Esas diferencias en cambio no integrarán el resultado fiscal mientras no se realicen, esto es, mientras no se alteren patrimonialmente con un cambio que extinga la cuenta respectiva por cualquier medio[97].

Las consideraciones anteriores son consistentes con el principio constitucional de contribuir de acuerdo con la capacidad económica efectiva (artículo 316). La utilización de la moneda funcional dólar permite medir con mayor efectividad la situación económica del contribuyente (***imagen fiel***), acercando la determinación del ISR al ***desiderátum*** constitucional.

Algunos podrían rechazar esta posición, argumentando que las normas del ISR exigen implícitamente la determinación con base a información contable en bolívares con fundamento en el artículo 4 de la LISLR, el cual obliga a la aplicación del ajuste por inflación para el cálculo de la renta territorial. En el caso concreto, este argumento sería impertinente, en el caso de los sujetos pasivos especiales, resulta irrazonable y sin sentido partiendo del resultado en una moneda que no se afecta por la depreciación del bolívar y que estos contribuyentes están excluidos del derecho de ajustar por inflación la base imponible del ISR

11. SOBRE EL TRATAMIENTO A LOS FINES DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO Y DEL IMPUESTO DE IMPORTACIÓN

El artículo 84 del CC No. 1 establece que la valoración de la base imponible de las obligaciones tributarias producto de operaciones aduaneras se llevará a cabo al tipo de cambio de referencia

[97] Observese que, al ser la moneda funcional dólar, las partidas en moneda extranjera pasarán a ser las denominadas originalmente en bolívares, por lo que, financieramente, existirá una ganancia ó una pérdida en cambio en la medida en que la entidad tenga bolívares en activo ó bolívares en pasivo y esa diferencia en cambio pasará por resultados financieros. Asimismo, la diferencia en cambio registrada en los resultados al momento de la adopción de la nueva moneda funcional debe ser reversada.

En tal sentido, el contribuyente deberá valorar la base imponible del impuesto de importación y del Impuesto al Valor Agregado ("IVA") de importación de mercancías e insumos al ***tipo de cambio de referencia*** vigente al tiempo de la entrada física de la mercancía por el puerto habilitado para la importación.

El mencionado criterio de valoración tiene fundamento en el artículo 9 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, según el cual las mercancías cuyo valor esté denominado en moneda extranjera deben valorarse al tipo de cambio vigente para el momento[98] de la importación[99], publicado por el BCV, así como se establece en el Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas[100].

De otro lado, el artículo 25[101] de la Ley de Impuesto al Valor Agregado (la "LIVA"), establece que en los casos en que la base imponible del impuesto que grava la venta o prestación de servicios estuviere expresada en moneda extranjera, se establecerá su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio corriente en el mercado del día en que

---

98 De acuerdo con la nota explicativa del artículo 9, VII sobre Valoración de las Mercancías del GATT de 1994, la expresión "momento… de la importación" podrá comprender el momento de la declaración en aduana. En ese sentido, el artículo 86 de la Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías importadas causarán los impuestos previstos en dicha Ley a la fecha de su llegada a la zona primaria de cualquier aduana nacional habilitada para la operación y estará sometida al régimen aduanero vigente para esa fecha. (destacado nuestro).

99 De acuerdo con el artículo 9 del VII sobre Valoración de las Mercancías del GATT de 1994, el valor en aduana de las mercancías importadas se determinará en la moneda que el País Miembro establezca. Agregando al efecto que las conversiones monetarias para fines aduaneros se harán con base al tipo de cambio para la venta vigente a la fecha de la aceptación de la declaración en aduana de las mercancías importadas debidamente publicado por las autoridades competentes. Esto es, para el caso venezolano, el Banco Central de Venezuela. (destacado nuestro).

100 *Gaceta Oficial* No. 4.273 Extraordinario del 20 de mayo de 1991. El artículo 239 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas contempla textualmente que: "El valor de las mercancías en aduanas se establecerá en bolívares. A tal fin, la conversión de los valores expresados en monedas extranjeras se hará al tipo de cambio nominal establecido por el Banco Central de Venezuela, a la fecha de la llegada de las mercancías al lugar venezolano de destino habilitado para la importación". (Destacado nuestro)

101 Artículo 25 de la LIVA: "En los casos en que la base imponible de la venta o prestación de servicio estuviere expresada en moneda extranjera, se establecerá la equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio corriente en el mercado del día en que ocurra el hecho imponible, salvo que éste ocurra en un día no hábil para el sector financiero, en cuyo caso se aplicará el vigente en el día hábil inmediatamente siguiente al de la operación."

ocurra el hecho imponible. Nuevamente se trata del ***tipo de cambio de referencia***.

Por su parte el artículo 51[102] del Reglamento General de la LIVA, ordena que en los casos que el precio de la operación estuviere sujeto a modificación del tipo de cambio, la diferencia positiva o negativa que se produzca al efectuarse el pago del bien o servicio, se deberá considerar gravado por el IVA, por constituir una corrección del precio, y por tanto, de la base imponible; y el contribuyente deberá anotar tal ajuste por medio de notas de débito o de crédito, según corresponda.

Sostenemos la interpretación de que las diferencias en cambio surgidas entre el momento de facturación y la fecha de pago no son susceptibles de modificar la base imponible del impuesto. Por lo tanto: i) no hay obligación de emitir notas de ajuste por la variación de la tasa de referencia; y ii) el monto de sus débitos fiscales y retenciones no variaría producto de la fluctuación.

Así las cosas, la llevanza de libros fiscales de compra y venta deberá hacerse únicamente en bolívares como unidad de reporte, registrando las operaciones en moneda extranjera a la tasa del día de la factura. En estos casos, pudieran generarse diferencias entre la contabilidad financiera en moneda extranjera y las operaciones asentadas en los libros fiscales de compra y venta. La traducción de las cuentas de compra y venta al bolívar seguramente arrojarán disparidades con el contenido de los libros del IVA, ya que la traducción utilizará la tasa de referencia del día de reporte, mientras que la tasa de cambio reflejada en los libros fiscales será aquella del día de la emisión o recepción de la factura.

En todo caso: i) hay un exceso reglamentario en el artículo 51 del RLIVA por cuanto el IVA no grava las diferencias en cambio[103];

---

[102] Artículo 51 de la LIVA: "En los casos en que se realicen ventas de bienes o prestaciones de servicios y el precio esté expresado en moneda extranjera, se establecerá la equivalencia en moneda nacional. Si el precio y demás componentes de la operación estuviere, según el contrato, sujeto a modificación del tipo de cambio, la diferencia positiva o negativa que se produzca al efectuarse el pago del bien o servicio adquirido se deberá considerar, por constituir una corrección del precio, para ajustar la base imponible y determinar el impuesto. Tal ajuste se practicará emitiendo la correspondiente nota de débito o de crédito."

[103] La Sala Político-Administrativa del TSJ, en un caso en el cual el contribuyente facturaba y recibía pagos en dólares por sus servicios, decidió que las diferencias en cambio surgidas entre la fecha de la factura en dólares y la fecha del pago no daba lugar a ajustes de la base imponible. En criterio del TSJ, el hecho imponible del IVA se perfeccionó el día de la

ii) dichas diferencias en cambio no constituyen una modificación del precio, ya que el precio es siempre el mismo en dólares; iii) el hecho imponible del IVA es instantáneo y ocurre con la emisión de la factura (en la mayoría de los casos), por tanto, la obligación tributaria queda delimitada en dicho momento y monto, no al momento del pago.

12. OTROS TRIBUTOS QUE SE DETERMINAN SOBRE INGRESOS BRUTOS

El uso de la ***tasa de cambio de referencia*** también incide sobre la valoración de los ingresos en moneda extranjera que integran las bases imponibles de los tributos de producto tales como el impuesto municipal a las actividades económicas y la CLOCTI, ya que ambos son calculados sobre el ingreso bruto obtenido por operaciones en Venezuela.

Sin embargo, los ingresos por diferencial cambiario e intereses por tenencia no son considerados gravables con el impuesto municipal por no tener causa en el giro del negocio del contribuyente[104], según jurisprudencia pacífica de los tribunales tributarios y regulación expresa ***ex*** artículo 214 (3) de la LOPPM. Este criterio podría extenderse al tributo establecido en la LOCTI, no obstante, al no haber regulación ni precedentes al respecto, tal posición podría enfrentar el rechazo de la administración tributaria parafiscal, esto es por el Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT).

CONCLUSIONES

1. Desde el CC No. 1 puede afirmarse que hay ***(i) libertad de contratación*** en moneda extranjera, tanto para que cumpla función como moneda de cuenta como de pago en obligaciones pecuniarias y hay ***(ii) libertad cambiaria*** para intercambiar la moneda de curso legal por cualquier otra divisa.

---

emisión de la factura y por tanto se debía usar el tipo de cambio de ese día (Caso: *Zaramella & Pavan Construction Company, S.A.,* disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01652-181109-2009-2009-0838.HTML).

[104] Sentencia del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del 30 de marzo de 1998, caso *Forwest de Venezuela, C.A. Motorvenca vs. Dirección de Hacienda del Municipio Lagunillas del Estado Zulia.* Consultada en original.

2. No existe prohibición legal para que una entidad cambie la base de cuantificación a moneda funcional USD y presente dichos EEFF traducidos a bolívares, en la medida que, efectivamente, (i) el USD sea la moneda del entorno económico principal de la entidad, (ii) esa posición contable esté técnicamente justificada por los VEN NIF y (iii) esté avalada por los contadores y auditores financieros del contribuyente, esto es, que la aplicación de la moneda funcional dólar y su traducción a bolívares, representa la imagen fiel del patrimonio de aquel.
3. Los ajustes contables por cambio del criterio de moneda funcional no tienen consecuencias fiscales, ni para (i) el ISR, los impuestos de producto como (ii) IAE, ni para (iii) CLOCTI. Dichos ajustes contables no se representan en la cuenta de ganancias y pérdidas, sino directamente en el patrimonio. Los aumentos de los activos por ajustes cambiarios se excluyen de las bases de cálculo de los impuestos de producto.
4. El cambio de moneda funcional al USD no afecta la base de cuantificación para fines del ISR. Esta sigue un criterio legal propio e independiente, previsto en la LISR, que se focaliza en la ***información histórica*** como ***información de origen*** para establecer el valor de los ingresos, costos y gastos del ejercicio, en la determinación del enriquecimiento neto gravable o la pérdida neta del ejercicio.
5. Si el contribuyente emplea moneda funcional bolívar, entonces, para la determinación de la renta territorial la información de origen se valoriza en bolívares y se reporta en bolívares. Para la determinación de la renta extraterritorial la información se valoriza en la moneda de origen respectiva a su registro y se reporta en bolívares.
6. Desde la reforma de la LISLR 2015, las ganancias o pérdidas cambiarias originadas por la tenencia en activos o pasivos denominados en moneda extranjera ubicados en el país o en exterior no integran la determinación de la renta de fuente territorial ni extraterritorial. En nuestra opinión, dichos enriquecimientos o pérdidas solo están sujetas a imposición sobre la base de disponibilidad por extinción o alteración definitiva del saldo del

activo y/o pasivo respectivo, ya que las variaciones cambiarias del bolívar no afectan ni representan cambios efectivos de capacidad contributiva respecto de los activos o pasivos territoriales o extraterritoriales denominados en moneda extranjera, de acuerdo con las disposiciones de la LISR.

7. Desde el ejercicio fiscal 2016 solo inciden en el resultado fiscal, como ***ganancias en cambio***, los enriquecimientos por transacciones que envuelvan activos y pasivos denominados en moneda extranjera cuando sean ***disponibles***. Se considerarán disponibles cuando se cause el evento que origine el enriquecimiento gravable en la forma de una alteración jurídica, liquidación o extinción por cualquier medio del saldo del activo y/o pasivo en moneda extranjera. Solo ese resultado deberá traducirse al bolívar para reportar su expresión en términos del tipo de cambio oficial que aplique, según explicaremos más adelante
8. A la recíproca, las ***pérdidas en cambio*** solo serán deducibles, cuando estén causadas y se vinculen a erogaciones normales y necesarias para producir el enriquecimiento gravable, sea territorial o extraterritorial, respectivamente. La causación de la pérdida se asocia a la erogación efectivamente incurrida, aunque no haya sido pagada o no implique una salida de flujo de caja (***i.e***. novación de pasivos, daciones pagos), esto es, el que representa una alteración patrimonial definitiva, bien que se haya recibido el bien o servicio correspondiente al gasto de que se trata o porque haya implicado la disminución cierta de un activo o el aumento cierto de un pasivo.
9. El contribuyente deberá valorar sus ingresos, costos y gastos de fuente territorial y extraterritorial denominados en moneda extranjera en la determinación de la base imponible del ISR, a la tasa de cambio vigente para la fecha del registro contable de la operación denominada en moneda extranjera de que se trate. Esa tasa de cambio será la que represente la relación efectiva de cambio a la fecha de la transacción. En caso de no disponer de la prueba sobre la información específica de la tasa de cambio de la operación en moneda extranjera de que se trate, deberá aplicar supletoriamente un tipo de cambio de referencia de la fecha de transacción.

10. Sin menoscabo de las conclusiones expuestas, si el contribuyente efectivamente asume una contabilidad funcional en dólares, entonces, podría considerar determinar la base imponible del ISR directamente de la información de los resultados en dólares. Ello implicará aplicar las normas de disponibilidad y causación del ingreso y del gasto (conciliación fiscal), a la información contable llevada en dólares, para obtener el enriquecimiento neto gravable del ejercicio y posteriormente aplicar la alícuota correspondiente. La información debe traducirse al bolívar para hacer la cuantificación y presentación correspondiente.
11. La consideración anterior es consistente con el principio constitucional de contribuir de acuerdo con la capacidad económica efectiva. La utilización de la moneda funcional dólares permite medir con mayor efectividad la situación económica de un determinado sujeto (imagen fiel), acercando la determinación del ISR al desiderátum constitucional.
12. Los pasivos en moneda extranjera correspondiente a solicitudes de adquisición de divisas tramitadas bajo la vigencia del régimen cambiario derogado pueden y deben valorarse al "tipo de cambio de referencia" o de mercado y no al tipo de cambio empleado en la oportunidad correspondiente a su registro y valoración como establece el artículo 83 del CC No. 1. Esta disposición debe desaplicarse por razones técnicas contables con validez jurídica por no representar la imagen fiel de dichas partidas conforme a los artículos 35, 304 y 307 del CCom.

BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARBAJAL, Serviliano, *La (des)institucionalización del impuesto sobre la renta (Sobre la «reforma jurisprudencial» de 2007, las «reformas ejecutivas» de 2014 y 2015, y el «Decreto Constituyente» de 2018)*, Serie Estudios No. 113, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2019.

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Pronunciamiento de las Academias Nacionales "Las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del gobierno nacional. 10 de abril de 2018", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nº 157 – enero-diciembre 2018 pp.: 57-61 ISSN: 0798-1457*

ACEDO S., Carlos E., "La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (desde la Óptica del Derecho de las Obligaciones)", en *Libro Homenaje a Aníbal Dominici,* Asociación Civil Juan Manuel Cagigal, Caracas, 2008.

_____, "Contratos, hiperinflación y mega devaluaciones", texto de la ponencia presentada en el Foro "Inflación, política y derecho", a celebrarse el día 21 de Marzo de 2019 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (inédito).

BREWER-CARÍAS, Allan, "Aspectos del régimen jurídico de la moneda", en *Revista de Derecho Público* N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

CHILLIDA, Carmelo, *Análisis e interpretación de balances*, Tomo I, <situación financiera a corto plazo>, Universidad Central de Venezuela, Tercera reimpresión, Caracas 2000.

FERNÁNDEZ PIRLA, J. Ma. *Comentarios a la Ley de regularización de balances*, Ariel, Barcelona 1963,

HERNÁNDEZ, José Ignacio, "Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela", en *Revista de Derecho Público*, No. 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018.

MÉLICH ORSINI, José*, Doctrina General del Contrato*, Serie Estudios No. 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2012.

NEWMAN, David B., "Tax consequences of foreign currency transactions a look at current law and an análisis of the treasury department discusión draft", en *The Tax Lawyer, Vol. 36, No. 2, (Winter 1983).*

NORBERG, Claes y Kari Tikka, "Memorial lecture: accounting and taxation", in *Accounting and taxation and assessment of EJC case law*, Edited by Michael Lang and Frans Vanistendael, EATLP Congress, Helsinki 2007.

LÓPEZ SANTISO, Horacio y GARCÍA, Fernando D., *Ajuste impositivo por inflación*, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1988.

PALMA CARRILLO, Pedro, *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Ediciones IESA, Caracas 2020.

ROMERO-MUCI, Humberto, Los ajustes por inflación en la Ley de impuesto sobre la renta, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

_____, La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas 2005.

_____, "Contribución al estudio de la reconversión monetaria del bolívar: Aspectos jurídicos, financieros y fiscales", en *La reconversión monetaria*, Serie Eventos No. 24, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2007.

_____, El derecho y el revés de la contabilidad, Serie Estudios No. 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011.

_____, "Aspectos financieros y fiscales del nuevo régimen cambiario de 2014", en *VI Jornadas Aníbal Dominici. Homenaje Dr. Oswaldo Anzola P.*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2014.

_____, "Aspectos protervos en la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros", en *Tributación y regulación. Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015.

_____, Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. *<Una reflexión sobre tributación indigna>*, Serie Estudios No. 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, 119 p. ISBN 978-980-12-9063-6.

_____, "Notas sobre las oscuridades intencionales del régimen cambiario de 2018:<aspectos jurídicos y contables>" en *Revista de Derecho Tributario* No. 160, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Octubre-Diciembre de 2018, Caracas.

_____, "La mentira contable": crónica de incomunicación y engaño <Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>", en *Revista de Derecho Público* No. 159-160, Julio-Diciembre de 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

_____, "La mentira contable": crónica de incomunicación y engaño <Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 13, Caracas 2020,

_____, "El petroengaño contable (análisis jurídico del Decreto No 4025, de la Providencia 097-2019 de SUNACRIP y del proyecto

de BA VEN NIF No. 12 de la FCCPV sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEFF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEFF medidos en criptoactivos)", en https://cedice.org.ve/observatoriogp/portfolio-items/3617/

RODNER, James Otis, *El dinero,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005

Legislación.

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* No. 5.908 extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.Venezuela. Código de Comercio, publicado en *Gaceta Oficial No*. 475 Extraordinaria, de fecha 21 de diciembre de 1955.

Venezuela. Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en *Gaceta Oficial* No. 4.300 Extraordinario de fecha 13 de agosto de 1991.

Venezuela. Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, publicado en *Gaceta Oficial* No. 4.273 Extraordinario del 20 de mayo de 1991.

Marrakech. Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, adoptado el 15 de abril de 1994.

Venezuela. Sentencia del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario, caso *Forwest de Venezuela, C.A. Motorvenca vs. Dirección de Hacienda del Municipio Lagunillas del Estado Zulia*, del 30 de marzo de 1998.

Venezuela. Ley Orgánica de Aduanas, publicada en *Gaceta Oficial* No. 5.353 Extraordinario de fecha 17 de junio de 1999.

Venezuela. Reglamento General de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, publicado en *Gaceta Oficial* No. 5.363 Extraordinario de fecha 12 de julio de 1999.

Venezuela., Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en *Gaceta Oficial No.* Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2001.

Venezuela, Reglamento de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicado en *Gaceta Oficial* No. 5.662 Extraordinario de fecha 24 de septiembre de 2003.

Venezuela. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso: *Cervecería Polar del Centro, C.A. (Cepocentro)*, de fecha 29 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, disponible en web: [http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/04581-300605-2004-0592.html]

Venezuela., Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en *Gaceta Oficial* No. 38.628, de fecha 16 de febrero de 2007.

Venezuela. *Gaceta Oficial* No. 38.638 , de fecha 6 de marzo de 2007, Decreto Ley 5.229 de fecha 06 de marzo de 2007.

Venezuela. Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 394, Caso: *Valores Unión, C.A*., de fecha 12 de mayo de 2010, disponible en web: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00394-12510-2010-2008-0957.html]

Venezuela. Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en *Gaceta Oficial* No. 6.015 extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2010.

Venezuela. Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, publicada en *Gaceta Oficial No.* 6.151 extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014.

Venezuela., Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en *Gaceta Oficial* No. 6.210, de fecha 30 de diciembre de 2015.

Venezuela. Ley del Banco Central de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No*. 6.211, de fecha 30 de diciembre de 2015.

Venezuela. Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *José Gregorio Medina Colombani vs. Médicos Unidos Los Jabillos, C.A,* de fecha 4 de marzo de 2016, disponible en web: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/185904-RC.000136-4316-2016-15-490.HTML]

Venezuela. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Bandes vs. Banco Espírito Santo,* de fecha 10 de marzo de 2016, disponible en web: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/186051-00264-10316-2016-2015-1201.HTML]

Venezuela. Resolución *No. 16-03-01* del Banco Central de Venezuela (BCV), publicada en *Gaceta Oficial* N° 40.879, de fecha 5 de abril de 2016.

Venezuela. Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia , caso: *José Gregorio Medina Colombani, vs Sociedad Médicos Unidos Los Jabillos, C.A. (Policlínica Méndez Gimón),* de fecha 14 diciembre de 2017*,* disponible en web: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/206587-RC.000831-141217-2017-17-596.HTML]

Venezuela. Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos, publicado en *Gaceta Oficial* No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

Venezuela. Código Orgánico Tributario, publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

Venezuela. Ley del Impuesto al Valor Agregado, publicada en *Gaceta Oficial* No. 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

Documentos electrónicos.

COMITÉ DE NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD (IASC), Norma Internacional de Contabilidad (NIC) No. 2 sobre *inventario,* disponible en web: [https://www.ven-nif.com/normas/nic/nic-02.html]

_____, Norma Internacional de Contabilidad (NIC) No. 8 sobre *políticas contables, cambios en las estimaciones contables y errores,* disponible en web: [https://www.ven-nif.com/normas/nic/nic-08.html]

_____, Norma Internacional de Contabilidad (NIC) No. 21 sobre *efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera,* disponible en web: [https://www.nicniif.org/files/u1/NIC_21_0.pdf]

_____, Norma Internacional de Contabilidad (NIC) No. 29 sobre *información financiera en economías hiperinflacionarias,* disponible en web: [https://www.ven-nif.com/normas/nic/nic-29.html]

_____, *El marco conceptual para la información financiera*, disponible en web: [https://www.nicniif.org/home/iasb/que-es-el-iasb.html]

GARCIA Larralde, Humberto, "Critica del actual control de cambio en Venezuela", disponible en web: [https://www.academia.edu/10234449/Cr%C3%ADtica_del_actual_control_de_cambio_en_Venezuela]

Ernst & Young*, Financial Reporting Developments - Foreign currency matters, A comprehensive revised guide29 Jul 2020*, https://www.ey.com/en_us/assurance/accountinglink/financial-reporting-developments---earnings-per-share

FEDERACIÓN DE COLEGIOS DE CONTADORES PÚBLICOS DE VENEZUELA, *BA VEN NIF-2, versión 4* "Criterios para el reconocimiento de la inflación en los estados financieros preparados de acuerdo con los VEN-NIF", Directorio Nacional Ampliado Extraordinario, Caracas, noviembre 2018, disponible en web: [https://www.ven-nif.com/normas/ba-ven-nif/ba-ven-nif-2.html]

_____, *BA VEN-NIF-8: Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Venezuela (VEN-NIF). Versión 4*. Marzo 2017, https://www.ven-nif.com/normas/ba-ven-nif/ba-ven-nif-8.html

_____, *BA VEN NIF -12 "Sobre tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los EEFF preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de los EEFF medidos en criptoactivos)"*, disponible en web: [https://cedice.org.ve/observatoriogp/portfolio-items/3617/]

RESUMEN

En este trabajo postulamos la legalidad del cambio de moneda funcional al dólar para reemplazar al bolívar con fines financieros. Particularmente detallamos las consecuencias prácticas y las alternativas para su aplicación en la determinación del impuesto sobre la renta y otras especies tributarias.

PALABRAS CLAVE

moneda funcional,
moneda de presentación,
disfunción del bolívar,
ganancias y pérdidas en cambio

SUMMARY

In this paper we argue the legality of the change of functional currency to the dollar to replace the bolivar for financial purposes. We detail the practical consequences and the alternatives for its application in the determination of income tax and other tax species.

KEYWORDS

functional currency,
reporting currency,
bolivar dysfunction,
exchange gains and losses.

EL PETRO COMO SUCEDÁNEO MONETARIO.

PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS.

SUMARIO

I. Consideraciones preliminares. II. Dinero y criptoactivos. III. Intentos gubernamentales dirigidos al uso PTR como sucedáneo del bolívar. A. PTR como medio de Pago. B. Unidad de Cuenta Fluctuante. B.1. Valoración del PTR. B.2. Sustitución de la UT por el PTR a nivel municipal. C. Pago de tributos en PTRs. C.1. Consideraciones generales. C.2. Casos puntuales de valoración y/o pago de obligaciones tributarias en PTR. C.3. Consideraciones jurídicas sobre el pago de la obligación tributaria en PTRs. IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

Páginas: 1065-1098 ISSN: 0798-1457

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tras numerosos intentos fallidos por reflotar el bolívar, en un contexto signado por la caída constante del PIB; un incremento sostenido de la inflación que alimentada por la emisión de dinero inorgánico llegó en el año 2018 a hiperinflación; la imposición de una serie de medidas ejecutivas por parte de los dos últimos presidentes de los Estados Unidos de Norteamérica (sanciones) y la imposibilidad de celebrar válidamente operaciones de crédito público producto de la pérdida del control de la Asamblea Nacional (AN) y su subsiguiente declaratoria en desacato por parte del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), el gobierno de Nicolás Maduro creyó encontrar en el mundo de las criptomonedas un aliviadero.

Fue así como la primera señal formal de las intenciones que en ese sentido tuvo el gobierno nacional la encontramos en el Decreto de declaratoria de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 3.157 del 10 de noviembre de 2017, en el que se facultó al Presidente de la República a "Adoptar como medidas económicas, la compraventa de activos financieros, **aplicación, uso y desarrollo de tecnología blockchain, minería y desarrollo de nuevas criptomonedas en el país**".

Las intenciones del Ejecutivo Nacional en ese sentido eran ambiciosas en tanto no se limitaban a la compraventa de criptomonedas con fines de inversión y medio de pago, sino que contemplaban también la creación de criptoactivos soberanos.

Esa idea terminó concretándose en el Decreto N° 3.196 del 8 de diciembre de 2017 en el que aparece en escena el Petro (PTR), al que se calificó como una nueva "divisa internacional respaldada en petróleo y otros commodities".

Aquella medida fue fundamentada por el Ejecutivo Nacional en la necesidad de liberar a la economía venezolana de los efectos perniciosos que han producido la incertidumbre e inestabilidad propios de la imposición del dólar estadounidense como moneda internacional de respaldo y la sustitución del patrón oro por el modelo fiduciario.

Se radicalizaba así el combate del gobierno nacional contra el dólar estadounidense y si bien no se aludía en esa estrategia al bolívar, ante su evidente agonía se procuraba que el PTR no sólo se convirtiera en una opción como medio de pago internacional, sino también en el reemplazo del inestable y devaluado bolívar como medio de intercambio, inversión y de medición.

No contaba Nicolás Maduro con que la indómita economía, al igual que la naturaleza, no se doblega a base de fuerza bruta, sino que opera en función de la confianza y la lógica.

En el transcurso del tiempo se han evidenciado desesperados esfuerzos por parte del gobierno nacional de utilizar al PTR como medio de inversión, intercambio, financiamiento público y unidad de valor, todo lo cual, como es lógico pensar, conduce a preguntarse si la verdadera intención de su creación fue la de sustituir al bolívar como moneda nacional por el referido criptoactivo.

Antes de intentar dar respuesta a dicha interrogante, resulta pertinente referirnos brevemente a lo que es el PTR y cuál es su naturaleza jurídica.

Según la última versión del *Whitepaper* publicada por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP) el 1° de octubre de 2018, el PTR:

> "Es la primera **Moneda Digital y Soberana** emitida por la República Bolivariana de Venezuela. Marca un hito en la historia económica a nivel mundial al ser la primera moneda digital promovida por un gobierno y además con respaldo real en riquezas y bienes conmensurables. Es una **divisa transable**, es decir, cambiable en divisa fiduciaria. Su precio tiende a comportarse de manera estable, ya que cada emisión estará respaldada por la cesta de *Commodities* venezolanos y su capacidad y garantía de intercambio por las riquezas componentes de esta misma.

> El Petro, es una **herramienta de intercambio financiero a nivel macro, meso y microeconómico**, que permite la movilidad de recursos en cualquier nivel y la transformación digital de los mismos en su equivalente en cualquier tipo de divisa o criptomoneda, facilitando las transacciones comerciales y financieras entre los interesados[1]". (Negrillas nuestras)

Tras la lectura de los párrafos antes transcritos, por razones más que válidas y obvias, son numerosas las dudas que surgen en buena parte de la población venezolana en cuanto a lo que se entiende por el PTR.

Dada la diversidad de disciplinas involucradas en torno al PTR, son también múltiples las definiciones que de él pueden concebirse. Es así como, desde el punto de vista **jurídico**, el PTR puede considerarse un bien mueble, intangible, genérico, de usos múltiple, pero restringidos. **Tecnológicamente**, es un criptoactivo, pero no una criptomoneda. **Económicamente**, puede considerarse una fuente de ingresos públicos, prácticamente ilimitados, obtenidos a muy bajo costo y sin controles jurídicos, algo muy parecido a la emisión de dinero inorgánico. **Políticamente,** el PTR puede entenderse como una herramienta dirigida a reforzar el populismo y el control social, así como un medio dirigido a enfrentar las sanciones impuestas fundamentalmente por los dos últimos presidentes de los Estados Unidos de Norteamérica.

Es importante adicionalmente tener presente que si bien el PTR fue anunciado como "criptoactivo" en el Decreto Presidencial N° 3.196 de fecha 8 de diciembre de 2017, meses después, específicamente, en alocución del 17 de agosto de 2018, Nicolás Maduro lanzó una Unidad de Cuenta Fluctuante (UCF) en él basada. A través de esa UCF se fijarían los precios de 50 bienes y servicios prioritarios (Plan 50), así como la escala salarial. Si bien es cierto que al PTR en cualquiera de sus versiones no ha tenido éxito, al menos como UCF ha terminado imponiéndose en ciertos ámbitos, entre ellos, el tributario, donde venido desplazando progresivamente a la Unidad Tributaria (UT), especialmente a nivel municipal.

---

[1] Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas. *"Petro. Hacia la revolución digital económica"*. Caracas, octubre, 2018. Disponible en: https://petro.gob.ve/files/petro-whitepaper.pdf consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

II. DINERO Y CRIPTOACTIVOS

Hechas las anteriores consideraciones introductorios, resulta necesario adentrarse en la noción de "dinero" con miras a arribar a una conclusión en cuanto a la posibilidad de considerar al PTR en esa noción, por ende, como sucedáneo del bolívar. A esos efectos es indispensable tener presente que a lo largo de la historia el dinero ha sido visto desde diversas perspectivas.

Es así como desde el punto de vista sociológico y económico el dinero no es las monedas ni los billetes, sino cualquier elemento que la gente esté dispuesta a utilizar para representar de manera sistemática un valor con el propósito de intercambiar bienes y servicios. El dinero podrá considerarse mutable indefinidamente en el tiempo, según se lo plantee el ser humano en función de su realidad y necesidades.

De bienes corporales con valor inherente como la cebada y el ganado, se pasó al polvo de ciertos minerales (Siclo de plata), de allí a los lingotes de minerales (oro), de éstos a las monedas acuñadas, hasta llegar al papel moneda respaldado por minerales. De la confianza derivada del valor intrínseco de los bienes seleccionados para cumplir el papel de dinero, se llegó posteriormente a bienes sin valor inherente, pero aceptados, por la comunidad de que se tratara, por mandato legal y/o por la confianza derivada de su emisor (Estado).

Para el peruano Félix Jiménez, el dinero es el medio aceptado en la economía para la realización de las transacciones de compraventa de bienes y servicios, así como para el pago o cancelación de las deudas; por tanto, es un medio de intercambio y un medio de pago. También es un activo financiero porque permite mantener o reservar el valor de la riqueza, pero a diferencia de otros, es un activo financiero líquido porque su poder de compra puede realizarse en cualquier momento[2].

Los economistas consideran al dinero como un sistema de información para valorar, registrar y mantener la pista de transacciones económicas. Es un medio de intercambio que evita los problemas propios del trueque.

---

2 F. Jiménez, *Elementos de la teoría macroeconómica para una economía abierta. Lima,* Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento de Economía, 2010, p. 192.

Para el mexicano Jesús Torres Gómez, dinero es todo objeto que tenga aceptación general en el pago de bienes, servicios recibidos o deudas contraídas, y en términos del cual se puede expresar el valor de todos los demás objetos.

El jurista venezolano, James Otis Rodner señala que el dinero se identifica como todo aquello que pueda servir de medio de pago, conservar su valor, y ser utilizado como medida de cuenta. Si el dinero es todo aquello que cumple la función de dinero, siendo la función del dinero la que relaciona a los miembros de una sociedad, dinero es en el fondo un fenómeno social que existe para regular el comportamiento económico de los individuos entre sí y su existencia es producto de la creación social, independientemente y externa de cada individuo. Como un fenómeno social, el dinero tiene funciones jurídicas, económicas y financieras[3].

Son así diversas las funciones que se atribuyen al dinero en la actualidad, destacando entre ellas:

- **Medio de cambio:** el dinero en forma de circulante y depósitos a la vista es usado en la compraventa de bienes y servicios sin ningún cuestionamiento a su aceptabilidad como forma de pago en dichas transacciones. Como medio de cambio, el dinero se acepta, no por sí mismo, sino porque puede usarse para adquirir bienes y servicios.
- **Medida de valor o denominador común del valor de las cosas:** como corolario de la función anterior, el dinero se convierte en la medida de valor de las cosas. La importancia de esta función estriba en que facilita establecer los tipos de cambio entre los productos. Esto es, una vez determinado el valor de dos productos en términos monetarios, podemos fácilmente determinar la razón de su intercambio.

  Para que el dinero pueda desempeñar a cabalidad estas dos funciones, es necesario que tenga aceptación general, ya que el valor de las cosas tiene su origen en el consentimiento común de las partes implicadas, así también es por consentimiento

[3] James Otis Rodner. *El dinero. La inflación y las deudas de valor.* Caracas, Editorial Arte, 1995, p. 219.

común que se acepta el dinero en pago de productos y servicios, o lo que es lo mismo, que se den bienes y servicios a cambio de dinero. En otras palabras, puede decirse que el dinero es un denominador común del valor, en vez de decir que es la medida del valor de las cosas.

- **Patrón de pagos diferidos:** el dinero permite diferir para el futuro el pago de una obligación adquirida en el presente. Todo contrato u obligación que implique el saldo de una deuda en el futuro se expresa en términos de un valor monetario, aun cuando en realidad se esté pensando en términos de bienes y servicios. La cualidad esencial para que el dinero pueda desempeñar esta función es la estabilidad de su valor. Si el valor del dinero ha de cambiar durante el período del contrato es obvio que alguien ha de salir perjudicado.
- **Almacén de valor:** es por razón de que el dinero sirve como mediador en el cambio y se acepta a cambio de otros productos que podemos guardar parte de nuestro capital en forma monetaria. Señalan Maza Zavala y González que cuando guardamos dinero, realmente lo hacemos con la esperanza de que en el futuro pondremos a nuestro servicio determinada cantidad de productos. Al acumular dinero, realmente estamos acumulando en forma monetaria un poder adquisitivo de bienes y servicios para uso futuro[4].

Jurídicamente, señala J. Torres que el dinero es un bien mueble determinado en referencia a una unidad de cuenta, que se materializa en billetes y monedas para fungir como medio de valor, reserva de valor y medio general de cambio, cuya emisión se efectúa conforme al orden jurídico de un Estado determinado, que le confiere curso legal, tanto en su ámbito espacial como temporal de validez[5].

Independientemente del carácter multívoco del término dinero, a los efectos que aquí nos hemos propuesto, esto es, arribar a una

[4] Cfr. Domingo F. Maza Zavala,– Antonio J., González, *Tratado Moderno de Economía*, Editorial Panapo, Caracas, 1992, pp. 352-353.

[5] J. Torres, J. *El dinero. Algunas consideraciones jurídicas.* Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal-México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 10-11-

conclusión en cuanto a la posibilidad de considerar al PTR como un posible sustituto del bolívar, nos centraremos básicamente en su acepción jurídica. Es así como en ese ámbito, Rodner considera que el dinero equivale al medio de pago de una obligación pecuniaria clásica, concebida ésta a su vez como aquella que implica la transferencia de un valor nominal de dinero, entendido éste como *moneda de curso legal*[6]. Según Maan, el dinero se ha definido como aquel que es, para el acreedor, obligatorio aceptar en cumplimiento de la obligación pecuniaria, excepto si media un convenio entre las partes que permita al deudor ofrecer algo diferente o al acreedor exigir un medio de pago distinto[7].

Por moneda de curso legal a su vez se entiende aquella que ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico de un Estado como de válida y obligatoria aceptación por parte del acreedor. Es decir, aquella en la que siempre que no exista un pacto en sentido contrario entre acreedor y deudor, este último puede liberarse válidamente de su obligación en dinero.

Desde el punto de vista legal, el dinero ha de cumplir con tres requisitos: a) estatus de curso legal; b) manejo centralizado y; c) presencia física o material.

Respecto de este tema en concreto la CRBV se limita a señalar en su artículo 318 que "La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar". Por su parte, el artículo 107 de la LBCV, establece que ninguna institución, pública o privada, cualquiera sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias (salvo en el ámbito comunal), de manera que el bolívar es en principio la única especie monetaria reconocida a nivel nacional. Por su parte, el artículo 116 de la LBCV, podría decirse es el que reconoce realmente al bolívar carácter de moneda de curso legal, cuando establece que las monedas y billetes emitidos por el BCV tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación, sin perjuicio de disposiciones especiales de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribuciones u obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago.

---

6 James Otis Rodner, Ob. cit, p. 149.

7 F.A. Mann, *The Legal Aspects of Money,* p. 38.

En lo que respecta al PTR, puede decirse que para que sirva como unidad contable deben tener un valor estable, lo que como más adelante veremos no es el caso. Para servir como almacén de valor que permita transferir la capacidad para comprar bienes y servicios a lo largo del tiempo, debe ser aceptado como medio de pago de manera generalizada, lo que tampoco se cumple respecto del criptoactivo soberano ya que su mercado es prácticamente inexistente. Finalmente, en cuanto a que puedan servir de medio de intercambio de bienes y servicios, si es posible considerar al PTR como una opción, sólo que afectada por la poca confianza que despierta.

Desde el punto de vista de la concepción económica del dinero, se considera que los criptoactivos en general tienen serias debilidades para cumplir el extremo de medida relativa de valor, en tanto sólo lo logran atadas al comportamiento de monedas tradicionales. Para ello, tiene que ser confiable y estable, lo que tampoco cumplen dada su alta volatilidad. En el caso del PTR su valoración se ve incidida no sólo por la cesta de *commodities* a la que se le asocia, sino también por la paridad cambiaria entre el dólar y el bolívar, por lo que su estabilidad es doblemente frágil.

Es cierto que ha habido varias decisiones judiciales que han reconocido últimamente a las criptomonedas como dinero, pero lo han sido desde el punto de vista económico, tomando en cuenta para ello su funcionalidad, pero no su naturaleza jurídica.

Es así como desde el punto de vista jurídico, el experto mexicano Carlos Gómez Rodríguez señala que:

> "El bitcoin no es moneda o dinero propiamente dicho porque no lo emite ningún gobierno; los autorizados para emitir billetes y acuñar monedas son los bancos centrales de los diferentes países (…) Cualquier actividad particular tendiente a generar cosas que puedan ser intercambiadas por otros bienes o servicios será una actividad de trueque[8]".

[8] Carlos Gómez Rodríguez, "Bitcoin: problemas reales". En: E. Téllez, Carvajal, ed., *Derecho y TIC. Vertientes Actuales,* 1st ed. [on line], México: UNAM. Disponible en: https://biblio.jurídicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4065-derecho-y-tic-vertientes-actuales, pp.276-277

El *Internal Revenue Service* de los Estados Unidos de Norteamérica (IRS), por su parte, en 2014 consideró al bitcoin como un bien no equiparable a la moneda.

En Colombia, la Superintendencia Financiera ha considerado que el bitcoin no es equivalente a la moneda de curso legal, al no haber sido reconocido como tal en ese país. Tampoco puede ser considerado una divisa a la luz de los criterios de Fondo Monetario Internacional (FMI), en tanto no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países, por lo que no tiene poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones.

En la República Federativa de Brasil, el Banco Central Do Brasil señaló que las monedas virtuales al no ser emitidas ni garantizadas por una autoridad monetaria soberana, ni estar garantizadas por un activo real de cualquier especie, no pueden considerarse dinero, ni siquiera electrónico.

El Tribunal de la Unión Europea en sentencia del 22 de octubre de 2015 señaló respecto del bitcoin que no es dinero o moneda desde una perspectiva legal.

Es bastante pacífica por tanto la posición adoptada por la doctrina, jurisprudencia y autoridades monetarias del mundo en cuanto a la no atribución del carácter de dinero a las criptomonedas en general.

El PTR, en nuestra opinión, no escapa de esa corriente, en tanto de lo previsto en la CRBV y en la LBCV luce claro que **el bolívar es la única moneda de curso legal en nuestro país**, no siendo posible su sustitución por alguna otra, aun cuando si su coexistencia con emisiones comunitarias, monedas autorizadas en el ámbito latinoamericano y caribeño, así como con las divisas (monedas de curso legal extranjeras).

Si bien es posible el uso del PTR con fines especulativos, en operaciones de intercambio con otros bienes o como medio de pago de obligaciones, por tan solo referirnos a los más comunes usos del dinero desde el punto de vista económico, respecto de él como señala Gómez Rodríguez al aludir a las criptomonedas, lo que se produce es una operación de trueque o permuta.

El PTR, al igual que ocurre respecto de cualquier criptoactivo, registra: alta volatilidad y un mercado reducido, producto, por una parte, de la fórmula adoptada para su valoración y, por la otra, por la falta de

confianza que genera. En todo caso, no es dinero en términos jurídicos como tampoco lo es desde el punto de vista económico.

III. INTENTOS GUBERNAMENTALES DIRIGIDOS AL USO PTR COMO SUCEDÁNEO DEL BOLÍVAR

Si bien expresamente el Ejecutivo Nacional no ha admitido la intención de sustituir al bolívar por el PTR, de alguna manera ha dejado entrever su decisión de que ambos coexistan para frenar los avances del dólar como moneda dominante en el mercado venezolano.

Como fue señalado, el 17 de agosto de 2018, Nicolás Maduro anunció un nuevo sistema salarial anclado al PTR. En esta ocasión, Maduro afirmó: "si ellos dolarizan los precios, yo petrolizo el salario. Yo aspiro a una recuperación económica con el anclaje del Petro al nuevo sistema salarial venezolano[9]".

Asimismo, en la campaña previa a las elecciones presidenciales de 2018, Nicolás Maduro criticó las propuestas del candidato Henri Falcón de dolarizar el país, diciendo que: "éste no sabe lo que dice", añadiendo que, "esa propuesta de dolarizar y acabar con la moneda venezolana es una propuesta anticonstitucional[10]".

En esa misma ocasión, Maduro afirmó que: "Frente a la falsa oferta de la dolarización, yo digo Petro (...)[11]".

A pesar de los mensajes dados por Nicolás Maduro, los hechos han venido dejando claro que ni el bolívar por sí mismo, ni acompañado del PTR, ha podido imponerse frente al dólar de los Estados Unidos de Norteamérica, ante lo cual, el gobierno nacional no ha tenido otra opción que arrodillarse, al punto que en entrevista del 17 de noviembre de 2019 en Televen con José Vicente Rangel, Nicolás Maduro se refirió a la creciente dolarización registrada por la economía venezolana, diciendo: "No lo veo mal (...) ese proceso que llaman de dolarización; puede servir para la recuperación y despliegue de las fuerzas productivas del país y el funcionamiento de la economía (...) gracias a Dios existe[12]".

---

9 http://www.sudebip.gob.ve/nuevo-salario-minimo-sera-de-1-800-bolivares-soberanos/

10 https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50466818

11 https://www.eltiempo.com/mundo/venezuela/maduro-y-falcon-se-enfrentan-sobre-dolarizacion-en-venezuela-209170

12 https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50466818

Coexisten así, en la economía venezolana, aunque con diferente peso, el dólar y el bolívar. En complemento a aquellas, aunque en términos muy marginales, también operan otras divisas y el PTR. Es así como para el mes de febrero de 2020, el 65% de las operaciones comerciales en Venezuela eran pagadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica[13]. Para noviembre de ese mismo año en Maracaibo el 86% de las transacciones se pactaban y pagaban en la referida divisa[14]. Estas cifras a medida que el año 2020 ha ido avanzando se han ido incrementando considerablemente

A. PTR como medio de Pago

La normativa reguladora del PTR dispone que el Estado venezolano promoverá, protegerá y garantizará el uso de las Criptomonedas como medios de pago en las instituciones públicas, empresas privadas, mixtas o conjuntas, dentro y fuera del territorio nacional.

Muestra de lo anterior lo representa el *Whitepaper* del 1° de octubre de 2018, en el que se señala que el PTR podrá ser utilizado como medio de pago a comercios, restaurantes y empresas de bienes y servicios, con lo cual se reconfirma la intención del Estado venezolano de que el criptoactivo se convirtiera en un medio de pago que coexista con el bolívar.

Desde la aparición del PTR el Estado venezolano ha pagado algunas de sus obligaciones entregando cantidades de dicho criptoactivo, a la par que ha otorgado bonificaciones a pensionados de la Seguridad Social.

Tales iniciativas han encontrado inconvenientes tanto prácticos como legales para masificarse, por cuanto demandan, por una parte, de tecnología avanzada y, por la otra, de confianza por parte del venezolano. Lo anterior se puso claramente en evidencia en diciembre de 2018 cuanto se entregó una significativa cantidad de PTRs a los pensionados y jubilados que de inmediato decidieron desprenderse del criptoactivo soberano convirtiéndolo en bolívares o utilizándolo como medio de

[13] https://www.infobae.com/america/venezuela/2020/02/20/casi-el-65-de-las-transacciones-en-venezuela-son-hechas-en-moneda-extranjera/

[14] https://www.panorama.com.ve/politicayeconomia/En-Maracaibo-un-86-de-las-transacciones-son-en-dolares-20201221-0003.html

pago en establecimientos comerciales, todo lo cual condujo al colapso tanto de los sistemas tecnológicos como de la liquidez bancaria.

Fue así como el principal contratiempo registrado respecto de los comerciantes obedeció a las limitaciones técnicas de la plataforma *Biopago* creada y manejada por el Banco de Venezuela[15] a través de la cual se registra la tenencia y disposición del PTR. A ello se aunó, la falta de confianza respecto del criptoactivo soberano por parte de quienes lo recibieron del Estado, que los condujo masiva y simultáneamente a tramitar su conversión a bolívares, lo que hizo que el Banco de Venezuela no tuviera liquidez suficiente para responder a la avalancha de solicitudes de cambio de su clientela.

Como resultado de la situación descrita, numerosos tenedores de PTRs tuvieron que mantenerlos en su poder[16], aun en contra de su voluntad, todo lo cual resultó contrario al derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la CRBV.

Frente al fracaso de la imposición por la fuerza del PTR como medio de pago, una de las iniciativas más recientemente adoptadas por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) para estimular su utilización fue la incorporación en el artículo 27 de la Decreto Constituyente de Reforma del Derecho con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Impuesto al Valor Agregado (Enero 2020) de una alícuota adicional de entre el 5% y el 25% del importe de la transacción cuando su pago tenga lugar en divisas, criptoactivos o criptomonedas, salvo que se trate del PTR. En otras palabras, la no causación del referido tributo, cuando el pago tenga lugar a través del criptoactivo soberano, representa un estímulo para su utilización.

B) Unidad de Cuenta Fluctuante

B.1. Valoración del PTR

Como fue indicado, a pesar de que el PTR nace como un criptoactivo en diciembre de 2017, a los pocos meses Nicolás Maduro en cadena de radio y televisión anunció la creación de una UCF anclada al PTR que sería utilizada para fijar, por una parte, los precios de los

[15] http://www.bancodevenezuela.com/empresas/canales/BioPagosBDV.html
[16] https://prodavinci.com/que-esta-pasando-con-el-petro/

bienes y servicios que conformaban al llamado "Plan 50" y, por la otra, la escala salarial.

Sobre el PTR como UCF, valga observar en primera instancia, nunca existió normativa que lo regulara. Lo único que se pudo conocer sobre su fórmula de cálculo fue lo anunciado en la referida alocución del 17 de agosto de 2018. En esa oportunidad, Nicolás Maduro explicó que el PTR estaba "anclado al petróleo", lo que no significaba otra cosa que en la fórmula para traducirlo a bolívares se partía del precio del barril en la cesta petrolera venezolana. A ese precio del barril se aplicaba el tipo de cambio de referencia del momento publicado por el BCV y se obtenía su importe en bolívares. En aquel entonces, el barril de petróleo en la cesta venezolana se encontraba en US$ 60 y el tipo de cambio oficial era de Bs. 60/1US$, lo que implicaba que 1 PTR valía US$ 60 o, lo que era lo mismo, Bs.S 3.600. Con base a ese valor PTR fueron fijados precios y salarios. Se decidió así que el salario mínimo equivaldría a medio PTR, es decir, a Bs.S 1.800, iniciándose con ello la implementación de una nueva UCF a él atada.

Desde el anuncio efectuado el 18 de agosto de 2017, la valoración inicial del PTR fijada en Bs.S 3.600, experimentó tres (03) cambios más, como se indica a continuación:

i) 29-11-18: Bs.S 9.000/1Ptr
ii) 14-01-19: Bs.S 36.000/1Ptr
iii) 26-04-19: Bs.S 80.000/Ptr.

De haberse aplicado la fórmula anunciada en la alocución del 17 de agosto de 2018, esto es, precio del barril de petróleo multiplicado por el tipo de cambio oficial del día, aquellos valores hubieran sido otros, muy distintos, lo que revela que la fijación del valor del PTR como UCF dependía realmente de la voluntad de Nicolás Maduro.

Si bien con la aparición del *Whitepaper* del 1° de octubre de 2018 cambió la fórmula de valoración del PTR como criptoactivo, en tanto pasó de su supuesto anclaje al precio del barril de petróleo al importe que arrojara una fórmula referenciada al valor de venta en los mercados internacionales de una serie de "*Commodities*", (petróleo, hierro, diamantes y oro), nada se indicó en esa oportunidad en cuanto a que esa nueva fórmula tuviera alguna incidencia sobre la el PTR como UCF.

En la práctica, ambas expresiones del PTR (criptoactivo y UCF) operaron bajo dos regímenes totalmente distintos apareciendo publicados simultáneamente sus valores, uno, en la página web del BCV (UCF) y, otro, en la de la SUNACRIP (criptoactivo). El PTR como UCF continuó siendo ajustado por Nicolás Maduro, a su total discreción, tanto en cuanto a su importe como en lo que respecta a su frecuencia. Por su parte, el valor del PTR como criptoactivo era ajustado diariamente por la SUNACRIP bajo la supuesta aplicación de la fórmula contenida en el *Whitepaper*. Valga observar que entre ambos valores existía una brecha considerable que se fue profundizando con el tiempo, al haberse quedado estancado el PTR como UCF en Bs.S 80.000.

No existiendo norma alguna en el ordenamiento jurídico venezolano que contemple y regule al PTR en su carácter de UCF, mal podía Nicolás Maduro con base en ella, adoptar medida jurídica o económica alguna. Tales prácticas se tornaron, por tanto, contrarias al Texto Constitucional, específicamente al Principio de Legalidad Administrativa previsto en sus artículos 7 y 137.

A partir del mes de septiembre del año 2019, el valor del PTR como UCF que venía publicando el BCV dejó temporalmente de aparecer en su Página Web, lo que aunado a que desde el mes de abril de ese mismo año Nicolás Maduro no volvió a ajustarlo, indicaba el inicio del abandono de esa fórmula. El PTR continúa existiendo como UCF, sólo que, en función de su valoración por parte de la SUNACRIP, lo que supuso de un día para el otro, un salto de magnitudes considerables. Dejó también de ajustarse el salario mínimo en función del valor del criptoactivo.

De acuerdo con la normativa hasta el momento dictada respecto del PTR, es posible sostener que al menos tres valores pueden registrarse simultáneamente respecto del criptoactivo. El primero, el que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en el *Whitepaper* aprobado por la SUNACRIP. El segundo, el que promedien las operaciones de compra y venta canalizadas diariamente a través de las *exchanges* autorizadas por la SUNACRIP. El tercero, el que pueda ser convenido entre particulares en las llamadas operaciones P2P[17].

[17] Operaciones celebradas directamente entre dos personas sin la intervención de las *exchanges*.

Tales valores pueden ser muy disímiles, como de hecho ha quedado demostrado en el corto tiempo que tiene el PTR en el mercado. Es así como se ha especulado que el precio al que se tranza el PTR en las *exchanges* llega a ser hasta 50% menor que el valor que del criptoactivo publica la SUNACRIP. En cuanto a las operaciones P2P, nada impide que lleguen a ser gratuitas y si son onerosas que lo sean a un valor distintos a los otros dos antes mencionados.

Lo señalado puede llegar a tener serias implicaciones de continuar imperando la opacidad que ha caracterizado a la emisión y comercialización del PTR, así como a su valoración oficial.

Muestra de lo antes afirmado lo representa la manera en que la SUNACRIP ha venido aplicando la fórmula prevista en el *Whitepaper*. Dicha fórmula está compuesta por una serie de *commodities* (X) cada una con un peso específico (P): petróleo 50%, oro 20%, hierro 20% y diamantes 10%. En virtud de que cada *commodity* cuenta con su propia unidad de medida, en el caso del petróleo, el barril; en el del oro, la onza troy; la tonelada métrica, respecto del hierro y; los quilates, en cuanto a los diamantes, se incorpora también a la fórmula un factor de corrección (Fc) dirigido a homogenizar las diferencias en dimensiones que tales unidades suponen[18].

Sin necesidad de ser un matemático avezado, puede deducirse que sea por variaciones en las cotizaciones de cada *commodity* o del tipo de cambio publicado por el BCV que ha de utilizarse para convertir a bolívares aquellos valores (expresados en divisas por provenir del mercado internacional), el valor del PTR determinado y publicado por la SUNACRIP ha de variar forzosamente a diario.

Bajo la fórmula contenida en el *Whitepaper* del 1° de octubre de 2018, se fijó en US$ 60 el precio inicial del PTR, importe este al que a toda costa ha procurado el Ejecutivo Nacional mantener atado el valor del "criptoactivo soberano".

La aparente complejidad de la fórmula de fijación del precio del PTR, el comportamiento del mercado petrolero durante el año 2019 y la falta de estadísticas confiables para conocer las cotizaciones utilizadas por la SUNACRIP respecto del resto de los *commodities* que integran

[18] $PTR = (X_{1,t}. Fc_1. P_{1 +} X_{2,t}. Fc_2. P_2 + X_{3,t}. Fc_3. P_{3 + X4t} . Fc_4. P_4)$

la fórmula adoptada a partir del 1° de octubre de 2018, hicieron que los cuestionamientos a la valoración del PTR no pasaran de simples especulaciones.

Fue, sin embargo, la llegada del año 2020, cargada de factores generadores de gran impacto, la que terminó de correr el tenue velo que aún amparaba la credibilidad en la fijación del valor del PTR conforme a la tantas veces mencionada fórmula. Entre los múltiples factores que han hecho del año 2020 uno de los más convulsos de la historia reciente, destaca la **"guerra de precios del petróleo" y la aparición del COVID-19**.

En abril de 2020 el exceso de oferta de crudo acentuada por la paralización económica ocasionada por la pandemia viral se tradujo así en causa fundamental del descenso en los precios del petróleo que, aunado a limitaciones de almacenamiento, condujeron a escenarios en los que los compradores a futuro del crudo estuvieron dispuestos a pagar por liberarse de sus compromisos contractuales o del bien.

En aquel contexto, los efectos del COVID-19 no se limitaron al descenso en el precio del barril de petróleo, sino que lo propio ocurrió con el precio de casi todos los demás *commodities* que integran la fórmula de cálculo de su precio, excepto por el del oro. Es el caso, sin embargo, que el precio del "criptoactivo soberano" publicado por la SUNACRIP durante el año 2020, se ha mantenido insólitamente incólume en dólares, registrando un precio para el 20 de abril de US$ 58,90, es decir, 1,8% menos de su precio original de US$ 60 fijado el 1° de octubre de 2018 y para el 28 de septiembre de 2020 en Bs. 24.324.517,50, o lo que es lo mismo, US$ 58,70 (2,1%).

Lo anterior, nos conduce a una única conclusión posible: la fórmula de fijación del precio del PTR prevista en la última versión del *Whitepaper* emitida por la SUNACRIP, no está siendo cumplida.

En lo que respecta al valor del PTR en bolívares, resulta igualmente obvia su forzosa variación diaria, esta vez, por efecto de la constante devaluación que registra el bolívar respecto del dólar que es la divisa en la que generalmente están expresadas las cotizaciones de los *commodities* a nivel internacional.

Es así como para el 10 de marzo de 2020 el tipo de cambio oficial publicado por el BCV era de Bs. 73.255,76/1US$, para el 06 de

abril de 2020 de Bs. 86,657,88 y para el día 21 de abril de 2020 de Bs. 128.044,28, devaluaciones todas éstas que impactaron el precio del PTR en bolívares. Las siguientes cotizaciones del precio del PTR en bolívares publicadas por la SUNACRIP, nos permiten crearnos una idea de su comportamiento en ese sentido hasta el día de hoy.

- 08-01-20: Bs. 3.349.956,26
- 11-02-20: Bs. 4.318.214,27
- 10-03-20: Bs. 4.328.462,83
- 22-04-20: Bs. 7.583.621,13
- 28-09-20: Bs. 24.324.517,50

Al Ejecutivo Nacional tal vez le había resultado manejable disimular el impacto en la fórmula de determinación del precio del PTR de la variación de los precios del petróleo, el hierro, el oro y los diamantes, pero no ocurría lo mismo en cuanto al impacto que en ella tiene el tipo de cambio oficial. Posiblemente por ese motivo, en bolívares no le había sido posible alcanzar la anhelada o supuesta estabilidad del "criptoactivo soberano" o, quizá, ello poco importaba por poderle achacar tal efecto al bolívar y no al PTR, en sí mismo.

B.2. Sustitución de la UT por el PTR a nivel municipal

Altamente peligroso se ha tornado el avance del PTR como UCF, al haberse iniciado su propagación a lo largo y ancho del territorio nacional producto de las medidas adoptadas por algunos municipios de crear sus propios valores fiscales a raíz de la entrada en vigencia de la Providencia Administrativa N° SNAT/2018/0129, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.479 del 11 de septiembre de 2018, mediante la cual el SENIAT ajustó la UT a Bs. 17, limitando su uso únicamente a efectos de la tributación nacional por él administrada. Esta medida fue ratificada cuando ese mismo organismo reajustó la UT a Bs.50, a través de la Providencia Administrativa N° SNAT/2019/00046, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.587 del 7 de marzo de 2019.

Dada aquella restricción al uso de la UT, cuya pertinencia debe llamarnos a reflexión, los Concejos Municipales comenzaron a aprobar

ordenanzas de contenido tributario, en las que el importe de algunas tasas, sanciones por la comisión de ilícitos, fijación de mínimos tributables y bases de exención, entre otros, fueron expresados en función del PTR.

A partir de ese momento y hasta finales de 2019, la UCF adoptada por los municipios era la fijada discrecionalmente por Nicolás Maduro, cuyo último ajuste de abril 2019, insistimos, ascendía a Bs.S 80.000. Como señalamos, de un tiempo a este parte, aquel referente fue abandonado, habiéndose empleado al PTR como UCF en función del valor del criptoactivo publicado por la SUNACRIP.

Valga observar que, con la reforma del COT de enero de 2020, la medida adoptada por el SENIAT adquirió rango legal, por cuanto la UT por disposición del Parágrafo Tercero de su artículo 3°, "… sólo puede ser utilizada como unidad de medida para la determinación de los tributos nacionales cuyo control sea competencia de la Administración Tributaria Nacional, no pudiendo ser utilizada por otros órganos y entes del Poder Público …".

En aquel contexto, el Municipio Chacao del estado Miranda dictó las ordenanzas 001-19 y 008-09, en las que se crearon unidades de valor fiscal tributaria y sancionatoria ancladas en un mercado cambiario distinto al regulado por el Banco Central de Venezuela, cuya validez fue cuestionada y recurrida por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dicha acción fue admitida y se acordó la procedencia del amparo cautelar solicitado consistente en la suspensión de los efectos de dichas ordenanzas hasta tanto se dictara la sentencia de fondo (TSJ, SC Sent. 0250 del 8 de julio de 2019).

Posteriormente "a fin de garantizar la vigencia efectiva del Texto Constitucional", se ordenó la suspensión por noventa días de la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los concejos municipales y consejos legislativos de los estados que establecieran algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier otro acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad por alcaldes o gobernadores. Asimismo, se ordenó a Tareck El Aissami que conformara una mesa técnica para "coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria" y "armonizar

lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos" (TSJ, SC, Sent. 78 del 7 de julio de 2020).

En agosto de 2020, la SC ordenó a los alcaldes adecuar las ordenanzas municipales relativas a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos a los parámetros establecidos en el llamado "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal", consignado por Tareck El Aissami, y así, una vez hecha la adecuación, se remitiera al Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas la (o las) ordenanzas modificadas para que estos verificaran su adecuación y remitieran a la Sala Constitucional sus opiniones, para que ésta pueda emitir pronunciamiento sobre la solicitud de levantamiento de la medida cautelar. (TSJ, SC, Sent. 0118 del 18 de agosto de 2020).

Mediante sentencia N° 118 de fecha 18 de agosto de 2020 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y en el marco del Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal, se estableció que se adoptaba el **PTR como Unidad de Cuenta para el cálculo dinámico de los tributos y sanciones**, debiendo cobrarse aquellos en su equivalente en bolívares, sin perder de vista el firme propósito de avanzar en su uso como criptoactivo para fortalecer este ecosistema. Se prohibió expresamente además exigir el pago del Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios y otros de índole similar en divisas.

Respecto del proceder de la SC y de los municipios, vale efectuar los siguientes comentarios:

1) La fórmula mediante la cual se calcula el valor del PTR por parte de la SUNACRIP se encuentra contenida en el *Whitepaper* que ella publica y al que puede reformar cada vez que lo estime pertinente. A pesar de que la naturaleza jurídica de aquel instrumento es controversial, lo que queda muy claro es que no se trata de una ley. Siendo ello así, que corresponda a la SUNACRIP definir la fórmula y fijación del valor del PTR y que en función de ello se impacte la estructura de los tributos y el importe de las sanciones pecuniarias, representa una clara violación al Principio de Reserva Legal Tributaria previsto en los artículos 133 y 317 de la CRBV.

2) Aun cuando existe una fórmula para fijar el valor del PTR que, valga decir, luce muy compleja en cuanto a su estructura, recientemente quedó demostrado lo poco confiable del proceder de la SUNACRIP en cuanto a su aplicación. Es así como a partir del 9 de marzo de 2020, el precio del barril del petróleo comenzó a descender a nivel mundial producto de diversos factores geopolíticos (Rusia-Arabia Saudita) y por la disminución de la demanda de ese hidrocarburo como consecuencia de la propagación del coronavirus, sin que ello se viera reflejado en el valor del PTR. En el caso del precio del barril de petróleo en la cesta venezolana, éste pasó a cotizarse según el portal web del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, en 189,39 yuanes por barril, al cambio, US$ 26,69, casi la mitad de los US$ 60 utilizados como referente inicial. Si bien el valor del PTR depende según la comentada fórmula en un 50% del precio del barril de petróleo, en tanto que del hierro en 20%, del oro 20% y de los diamantes en 10%, tras varios meses con un precio del barril venezolano por debajo de los US$ 30, el valor del PTR publicado por la SUNACRIP se ha mantenido insólitamente incólume en dólares. Pudiera pensarse que la estabilidad del valor del PTR en dólares obedece a que el resto de los *commodities* se han revalorizado, lo que es cierto únicamente respecto del oro, pero, aun así, el peso que éste tiene en la fórmula (20%) y el nivel de aumento por él experimentado no conduce a aquellos resultados. La estabilidad del PTR en bolívares pudiera pensarse responde entonces al descenso del bolívar respecto del dólar, pero ello tampoco ha sido así, no al menos en tamaña proporción y por tanto tiempo. Se confirma entonces lo poco confiable del proceder de la SUNACRIP en cuanto a la valoración del PTR y como ésta es objeto de total control y manipulación por parte del Ejecutivo Nacional.
3) Mientras la UT procura atender los efectos distorsionantes que produce la inflación que registra el país de manera estructural, ante los cuales, el Poder Público en sus diversas ramas ha considerado necesario y pertinente reexpresar variables cuantitativas vinculadas a la obligación tributaria, con miras a preservar la

capacidad contributiva y, en el caso de las sanciones, la magnitud real de las mismas y con ella sus cometidos punitivos, ejemplarizantes y disuasivos; el comportamiento del PTR que hasta la fecha no ha respondido a un criterio constante y lógico, menos aún vinculado a la inflación, sino a variables ajenas a la capacidad contributiva y a la estructura de las sanciones (precio del petróleo/tipo de cambio de referencia), lo descarta como opción válida a esos efectos.

4) El comportamiento del PTR como UCF evidencia en bolívares incrementos constantes y de magnitudes considerables, con el consecuente impacto en cualquier obligación que se mida en esa unidad. Tal realidad hace desproporcionado, agravatorio e irracional el mecanismo que con él pretende sustentarse, lo que resulta obviamente ajeno a los parámetros propios de la definición de los tributos y de las sanciones.
5) El proceder del TSJ y de los municipios que han adoptado al PTR como UCF, quebranta adicionalmente lo dispuesto en el artículo 163, numeral 4 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), según el cual: "4.- Las multas por infracciones tributarias no podrán exceder en cuantía a aquéllas que contemple el Código Orgánico Tributario". Con la reforma de la ley general tributaria de 2020 en el que las sanciones son establecidas en función del tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el BCV, resultará más complejo aun confirmar el cumplimiento de aquella medida, pero seguramente también se quebrantará. No es la idea analizar aquí las implicaciones de esta medida de la ANC, pero de la misma manera en que el PTR es una UCF inapropiada a efectos de indexar tributos y sanciones lo es el atarla al comportamiento de una divisa respecto del bolívar.

C) Pago de tributos en PTRs

C.1. Consideraciones generales

Una de las primeras muestras de la intención que tuvo el Ejecutivo Nacional de vincular a los criptoactivos en general, dentro de ellos al

PTR, con la tributación, la encontramos en el Decreto N° 35 dictado en el marco del Estado de Excepción y Emergencia Económica en fecha 28 de diciembre de 2018, publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.420 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2018. Señala el artículo 4° del referido Decreto N° 35 que, corresponderá al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), dictar la normativa que establezca las formalidades para la declaración y pago de las obligaciones tributarias antes referidas en criptodivisas.

Si bien aquella normativa a la fecha no ha sido dictada, se han venido dando pasos orientados en ese sentido, entre ellos, la reforma del COT contenida en la "Ley Constitucional" dictada por la ANC, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N°6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020 que, al modificar al artículo 146, sin decirlo expresamente, deja abierta la puerta para que se implemente el pago de la obligación tributaria, no sólo en bolívares, sino también, en divisas y en especie, caso este último, que daría cabida a los criptoactivos y, dentro de ellos, al PTR.

Como ya advertimos, esa posibilidad estaba contemplada en el artículo 116 de la LBCV.

Bajo el COT de diciembre de 2014, su artículo 146 contemplaba la posibilidad de que la obligación tributaria fuera pagada en moneda extranjera. Es así como la referida norma preveía que la ley creadora del tributo o, en su defecto, el Ejecutivo Nacional, pudieran establecer supuestos en los que se admitiera el pago de la obligación tributaria en moneda extranjera.

En línea con aquella disposición se dictaron una serie de instrumentos normativos, entre ellos, el Convenio Cambiario N° 35 de fecha 9 de marzo de 2016 publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.865* de igual fecha que, en su artículo 24, estableció la posibilidad de que las obligaciones tributarias previstas en divisas en las leyes especiales de su creación pudieran ser pagadas alternativamente en moneda extranjera o en su equivalente en bolívares.

Aquella medida justificada en la imperiosa necesidad del Estado venezolano de obtener divisas, se tradujo en la adopción de una serie de reformas legales centradas fundamentalmente en los instrumentos

reguladores de tasas exigidas con ocasión a la prestación de ciertos servicios públicos, entre ellos, los ofrecidos por el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), Servicio Autónomo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA) y Bolivariana de Puertos, S.A. (BOLIPUERTOS), con la particularidad de haberse circunscrito el pago de las tasas y precios públicos por ellos exigidos o cobrados en moneda extranjera, únicamente a sujetos no nacionales o de naves y aeronaves de bandera extranjera.

Tras las sanciones impuestas por los presidentes de los Estados Unidos de Norteamérica y con algunos avances en cuanto a la emisión del PTR, comenzó a plantearse el pago de tasas y precios públicos en el referido "criptoactivo soberano", cuya compra por parte de los usuarios de aquellos servicios públicos habría de efectuarse en divisas o en criptomonedas.

La implementación de aquella medida se inició a través de numerosos anuncios efectuados por personeros del gobierno nacional, y terminó formalizándose con la publicación del Decreto N° 4.096 del 14 de enero de 2020, en el cual se estable que todas aquellas tasas y "tarifas" que de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente fueran pagaderas en divisas, en lo adelante debían pagarse en PTRs.

Posteriormente se produjo la mencionada reforma del COT el 29 de enero de 2020, una de cuyas modificaciones más relevantes fue, como indicamos, el artículo 146, en el que si bien se establece que el pago de las obligaciones tributarias es en bolívares, contempla la posibilidad de que el BCV, a requerimiento del Ministerio con competencia en materia de Finanzas, establezca excepciones, abriéndose, en nuestra opinión, las puertas al pago de este tipo de obligación en PTRs.

C.2. Casos puntuales de valoración y/o pago de obligaciones tributarias en PTR

Como fue señalado, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.504 Extraordinario del 14 de enero de 2020 apareció publicado el Decreto N° 4.096 de igual fecha, mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de los servicios que en él se determinan en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR).

En el referido decreto se establecen, entre otras, las siguientes medidas:

a) Los servicios desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente de la República, con o sin fines empresariales, acreedores de pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de tales obligaciones monetarias en Criptoactivos Soberanos PTR.

Con fue indicado, la referida obligación se circunscribe a aquellos conceptos que conforme al ordenamiento jurídico vigente está previsto sean pagados en moneda extranjera, valga decir:

a) Servicios prestados por el SAPI y el SAREN a los que se refiere el artículo 6 de la Ley de Timbre Fiscal[19].
b) Tasas administrativas exigidas por el SAIME, pagaderas en divisas por extranjeros por actos vinculados con migración y extranjería, conforme al Decreto N° 3.090 del 22 de septiembre de 2017.[20]
c) Tasas a favor del INC establecidas en el artículo 17 del Decreto que lo regula.[21]
d) Tarifas por servicios prestados por BOLIPUERTOS indicadas en el artículo 7.1. de la Resolución Conjunta de los Ministerios

[19] Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Timbre Fiscal. Artículo 6: "(…) Las personas de nacionalidad venezolana pagarán en moneda nacional, las tasas previstas en los numerales 1 al 10 y 14 de este artículo; las de nacionalidad extranjera pagarán dichas tasas en el equivalente en dólares de los Estados Unidos de América al tipo de cambio para la compra establecido por el Banco Central de Venezuela o el tipo de cambio para la compra al cierre de la respectiva jornada. En los casos que existan múltiples tipos de cambio, se utilizará la menor de ellas. (…)"

[20] Decreto N° 3090 del 22 de septiembre de 2017. Artículo 3: "Todos los extranjeros y extranjeras sujetos al presente Decreto, deberán realizar el pago en dólares de los Estados Unidos de América, de todos los actos o documentos vinculados a migración y extranjería, siempre que estos estén contemplados como tasas en la normativa legal venezolana que rige en materia de timbre fiscal".

[21] Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación. Artículo 17: "El uso de los canales y vías de navegación de la República, administrados por el Instituto Nacional de Canalizaciones, genera la obligación del pago de una tasa, en bolívares o su equivalente en divisas (…)".

del Poder Popular de Economía y Finanzas y Transporte N° 065 del 28 de agosto de 2017.[22]

e) Tarifas prestadas por el INEA a que se contrae el encabezamiento de la Disposición Final Primera de la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para el Transporte N° 033 del 2 de mayo de 2018.[23]

Ff) Las tarifas e incentivos pagaderos en divisas para los trámites, derechos aeronáuticos y servicios prestados por el INAC, IAIM, BAER, previstos en la Resolución dictada por el MPPT N° 004 del 6 de febrero de 2019.[24]

---

[22] Resolución N° 065 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte y el Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas. Artículo 7: "Las tarifas portuarias reguladas por este Régimen Tarifario, serán expresadas en Dólares de los Estados Unidos de América (USD) y su pago será efectuado de la siguiente manera: 1. Los servicios solicitados y prestados a buques o embarcaciones de bandera extranjera, sus representantes, contratados o asociados serán cancelados en Dólares de los Estados Unidos de América (USD)"

[23] Resolución N° 033 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte de fecha 2 de mayo de 2018. Disposición final PRIMERA: "Las tarifas fijadas en la presente Resolución serán pagadas al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos en la divisa establecida o su equivalente en el sistema multimoneda adoptado por la República Bolivariana de Venezuela conforme a la ley, por los servicios de pilotaje, remolcadores, lanchaje, borneo, remolque, reflotamiento, custodio y lanchaje logístico prestados a los buques de bandera extranjera. Las demás tarifas serán pagadas en bolívares al tipo de cambio fijado en la normativa cambiaria respectiva, vigente para la fecha en que se realice el servicio o la solicitud del trámite, según corresponda".

[24] Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte de fecha 6 de febrero de 2019. Artículo 3: "Los Derecho Aeronáuticos son aquellos causados y pagados por los administrados a la Autoridad Aeronáutica por la prestación de los servicios de la seguridad operacional, de navegación aérea, de inspección, de certificación, por la emisión de permisos, de licencias, de registros, los cursos de capacitación ofrecidos a nivel nacional e internacional dictados por el Instituto Universitario de Aeronáutica Civil (IUAC) "May. (Av) Miguel Rodríguez", el Centro de Instrucción Aeronáutica (CIAC) del mismo nombre, y de cualquier otro servicio, certificaciones y documentos emitidos por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC); quedando establecidos su pago en Bolívares referidos por el PETRO (PTR) fijado por el ejecutivo nacional para el cálculo del salario mínimo como Unidad de Cuenta, para las personas naturales y jurídicas nacionales que operen aeronaves con marca de nacionalidad y matrícula venezolana. De igual forma, se establece el pago de los referidos Derechos Aeronáuticos en Divisas para las empresas extranjeras que operen con aeronaves con marca de nacionalidad y matrícula extranjera, los cuales se expresan en Euros (EUR), pudiendo ser pagados alternativamente en cualquier otra Divisa convertible o criptomoneda de conformidad con la normativa vigente en materia cambiaria (…)."

C.3. Consideraciones jurídicas sobre el pago de la obligación tributaria en PTRs

Respecto del proceder del Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 4.096, la primera reacción que se ha registrado es la de su rechazo, por cuanto parece inaudito, inadmisible e inviable que encontrándose vigentes los artículos 318 de la CRBV y 116 de la LBCV, en virtud de los cuales puede concluirse que el bolívar es la moneda de curso legal en el país, se exija el pago de ciertas obligaciones tributarias en moneda extranjera o en criptoactivos.

A efectos de fijar posición respecto a tan controversial tema, debemos comenzar por determinar la naturaleza jurídica de la obligación tributaria y cómo opera el pago como medio para su extinción.

La primera reacción que generalmente se registra al calificar a la obligación tributaria es la de atribuirle carácter pecuniario, es decir, cuantificada y pagadera en dinero. Si bien, en efecto, generalmente ello es así, también ha sido históricamente admitida la posibilidad de cuantificarla mediante el uso de unidades de valor (Ej. UT) y que su pago lo sea en su equivalente en dinero. Adicionalmente, ha existido la posibilidad de expresar su cuantía en función del valor de un bien y de pagarla entregando esa misma cantidad de bienes, caso en el cual, se está ante una obligación pagadera en especie.

Muestras de lo señalado se manifiestan en las definiciones que de la obligación tributaria nos ofrecen juristas de la talla del argentino Carlos Giuliani Fonrouge y del español César García Novoa, así como también sentencias emanadas del Tribunal Constitucional Español, y una serie de leyes y actos sublegales integradores del ordenamiento jurídico venezolano.

Para el jurista argentino, "El contenido de la obligación tributaria **es una prestación jurídica patrimonial**, es una obligación de dar sumas de dinero en la generalidad de los casos **o dar cantidades de cosas, en las situaciones poco frecuentes en que el tributo es fijado en especie**[25]".

[25] Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*. Volumen I, Cuarta Edición. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 417.

Para el jurista español, "Es verdad que la juridificación del tributo lleva a que el vínculo entre el obligado a pagarlo y quien lo exige sólo pueda explicarse como una obligación jurídica *ex lege* **y pecuniaria que, no obstante, admite en casos singulares el *aliud pro alio*, a través del pago en especie**. **La nota distintiva del tributo será, más bien, su consideración de *cesión definitiva de riqueza***[26]*"*. (Negrillas nuestras)

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español en sentencia 193/2004 del 4 de noviembre, apartándose de la calificación de los tributos como prestaciones pecuniarias contenida en el artículo 2 de la Ley General Tributaria[27], señaló que: "Desde una perspectiva estrictamente constitucional el tributo constituye **una prestación patrimonial** de carácter público que se satisface a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y grava un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica fijado en la Ley (por todas, STC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4)[28]".

En el caso venezolano, la CRBV en su artículo 133 se limita a señalar que "Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley", sin referirse en momento alguno a las modalidades de dicho pago.

A nivel constitucional, la única prohibición expresa que existe en cuanto al pago de la obligación tributaria es la contenida en el artículo 317, en la que se prohíbe establecer obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales.

El COT, por su parte, al definir a la obligación tributaria no la califica de pecuniaria o patrimonial, sin embargo, el tantas veces comentado artículo 146 contempla como regla general su pago en bolívares, sin perjuicio de que el BCV, a requerimiento del ministro con competencia en finanzas, establezca algo distinto.

---

[26] César García Novoa, *El Concepto de Tributo.* Marcial Pons. Madrid, 2012. p. 207.

[27] Artículo 2.- 1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

[28] Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 193/2004, 4 de noviembre de 2004, Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5198#complete_resolucion&completa, consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

Aun cuando puede sostenerse respecto de la obligación tributaria que la regla es la de su concepción y calificación como una de tipo pecuniario, en nuestro ordenamiento jurídico, han existido normas que desde antiguo han admitido su pago en especie. Tales son los casos, por ejemplo, del artículo 99 de la Ley de Impuesto de Donaciones, Sucesiones y otros Ramos Conexos (LISD); el artículo 56 del Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, relativo al Crédito Público; la Ley de Timbre Fiscal y la Ley Orgánica de Aduanas.

Es de observar, que todos los casos señalados, además de ser excepcionales, persiguen fines extrafiscales, en el primero, fortalecer el acervo patrimonial del Estado, en el segundo, incentivar la adquisición de títulos valores públicos, en el tercero, implementar mecanismos de seguridad y control de actos y productos de alta sensibilidad (licores y cigarrillos), en el cuarto, la descongestión y agilización del sistema aduanero, así como el favorecimiento del interés social en casos especiales.

Es así como puede sostenerse que, si bien la obligación tributaria es esencialmente pecuniaria, no parecieran existir impedimentos insalvables para que su cuantificación se efectúe mediante el empleo de unidades de valor y que su pago ocurra en especie. De ahí que, más que pecuniaria deba catalogársele de patrimonial, porque supone la transferencia definitiva de una expresión de riqueza, trátese de dinero o de una especie, dentro de las que, por qué no, pudieran encontrarse los criptoactivos.

La esencia de la obligación tributaria y el fin que persigue el Estado con la creación de tributos conduce, sin embargo, a la conclusión de que tal modalidad de pago debe ser excepcional.

Partiendo de la premisa de que la razón de ser de la tributación es fundamentalmente la de financiar el gasto público (Art. 133 CRVB), aunque también puede encerrar fines dirigistas (Arts. 299 y 316 CRBV), ningún sentido tiene generalizar el pago de la obligación tributaria en especie, en tanto ello afectaría seriamente la liquidez e inmediata disponibilidad que demanda el Estado para cubrir a través de lo recaudado buena parte del gasto público. No es lo mismo para un Estado recibir la recaudación tributaria en dinero que percibirla en criptoactivos. De allí

pues, que el pago en especie de la obligación tributaria deba ser excepcional y contar con una justificación válida y razonable.

Adicionalmente debe señalarse que la adopción del pago en especie de la obligación tributaria no puede suponer cargas para el sujeto pasivo que encarezcan o pongan en peligro el cumplimiento de su deuda. Es así como, si para adquirir la especie el sujeto pasivo tiene que erogar una cantidad de bolívares superior a la del importe de la obligación tributaria, indudablemente la medida adoptada será inaceptable. Tal es el caso de lo que en principio ocurre respecto de los obligados a pagar tributos en PTRs, en tanto su adquisición supondrá el pago de comisiones que encarecerán el cumplimiento por esa vía de la deuda.

Otro tema de alta sensibilidad respecto de la adopción de esta política radica en la necesidad de no atentar con ella el principio de igualdad que debe imperar en materia tributaria. Al respecto sería necesario evaluar hasta qué punto es posible adoptar criterios como la nacionalidad de una persona natural, el domicilio de una persona jurídica o la bandera de una nave o aeronave para exigirles el pago de tasas, cuando por los mismos servicios otros las pagarán en condiciones distintas (criptoactivos vs. bolívares). Teóricamente el importe en dinero es el mismo, pero, como ya fue señalado, la adquisición de PTRs implica el pago de comisiones en las que no incurre quien pague en bolívares.

Finalmente, la modalidad de pago en especie no debe perseguir un propósito encubierto dirigido a indexar el importe de la obligación, por cuanto ello pudiera terminar afectando la garantía constitucionalmente consagrada de que el tributo atienda a la capacidad contributiva del obligado a su pago, más aún, si esa indexación no responde a indicadores pertinentes.

Son pues, diversos los factores y elementos a considerar para que el pago en especie encuentre cabida como medio de extinción de la obligación tributaria, aspectos estos que dudamos hayan sido tenidos en cuenta por el Ejecutivo Nacional al dictar al Decreto N° 4.096.

Más allá de las importantes consideraciones técnicas antes reseñadas, las medidas adoptadas por el referido decreto apuntan posiblemente a la instrumentación de una estrategia gubernamental dirigida a obligar a un sector de los contribuyentes a incursionar en el polémico mundo del PTR.

Al imponerse el pago de tasas exclusivamente en PTRs, se conmina al contribuyente a tener que participar en el mercado del "criptoactivo nacional", dándole el oxígeno que tanto requiere para ver si termina de arrancar.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Hechas las consideraciones anteriores, luce clara la intención que tiene el Poder Público Nacional de impulsar la idea de introducir con fuerza al PTR como un bien que contribuya en la mayor medida posible a suplir las deficiencias que el bolívar viene sostenidamente registrando como moneda de curso legal. Si bien la CRBV y la LBCV, así como la naturaleza misma del PTR, se convierten en fuertes obstáculos para poder considerar viable la sustitución del bolívar por el PTR en su carácter de moneda de curso legal, si existe un amplio margen de acción en el que el criptoactivo soberano pudiera cumplir ciertos roles que son propios del dinero desde el punto de vista sociológico, económico y jurídico. Para ello, sin embargo, es necesario que el pueblo venezolano termine de aceptar al PTR, lo que depende de la confianza que éste le reporte y no de los esfuerzos desesperados que el Estado haga para imponerlo.

A la fecha, tanto el bolívar como el PTR van perdiendo la batalla frente al dólar y nada hace pensar que esa tendencia pueda revertirse en el corto plazo, por cuanto el Poder Público Nacional no cesa en tomar acciones que continúan afectando la validez, credibilidad y fortaleza de criptoactivo, rediciéndolo prácticamente a una unidad de valor poco creíble al ser administrada de manera arbitraria e irracional.

V. BIBLIOGRAFÍA

España. Ley 58/2003, publicada en Boletín Oficial del Estado N° 302 del 18 de diciembre de 2003.

Facebook, "Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores Justicia y Paz", Septiembre, 2018. Disponible en: https://www.facebook.com/MPPRIJP/photos/a.971266306257571/2095633607154163/?type=3&theater, consultado en fecha 27 de marzo de 2020

GARCÍA NOVOA, César. *El Concepto de Tributo.* Marcial Pons. Madrid, 2012. p. 207.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho Financiero.* Volumen I, Cuarta Edición. Depalma, Buenos Aires, 1990.

Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, "Saime mantendrá valor de aranceles calculados en base a unidad tributaria del 20 de junio", Caracas, septiembre, 2018. Disponible en: http://www.saime.gob.ve/noticia/567, consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas. "Petro. Hacia la revolución digital económica". Caracas, octubre, 2018. Disponible en: https://petro.gob.ve/files/petro-whitepaper.pdf. Consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 193/2004, 4 de noviembre de 2004, Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5198#complete_resolucion&completa. Consultado en fecha 20 de marzo de 2020.

Venezuela, Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas, publicada en Gaceta Oficial N° 6.507, del 29 de enero de 2020. Venezuela, Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas, publicada en Gaceta Oficial N° 6.507, del 29 de enero de 2020.

Venezuela. Circular S/N° suscrita por la Directora de la Oficina de Administración, 14 de enero de 2019.

Venezuela. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación, publicado en Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

Venezuela. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Timbre Fiscal, publicada en Gaceta Oficial N°6.150, del 18 de noviembre de 2014.

Venezuela. Decreto N° 3.090 del 22 de septiembre de 2017. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.242 de esa misma fecha.

Venezuela. Decreto N° 3090, publicado en Gaceta Oficial N° 41.242 del 22 de septiembre de 2017.

Venezuela. Ley Orgánica de Identificación, publicada en Gaceta Oficial N° 38.458, del 14 de junio de 2006

Venezuela. Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, publicada en Gaceta Oficial N° 6.429 Extraordinario del 8 de febrero de 2019.

Venezuela. Resolución N° 033 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, publicada en Gaceta Oficial N° 41.389 de 3 de mayo de 2018.

Venezuela. Resolución N° 065 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte y el Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, publicada en Gaceta Oficial N° 41.227 del 1 de septiembre de 2017.

VIDEOCONFERENCIA
VII JORNADA DE ARBITRAJE.
25 DE NOVIEMBRE DE 2020.

PALABRAS
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
PARA LA PRESENTACIÓN DEL FORO VIRTUAL "VII JORNADA DE ARBITRAJE"
CELEBRADO
EN FECHA 25 DE NOVIEMBRE DE 2020, VÍA TELEMÁTICA BAJO EL AUSPICIO TECNOLÓGICO DE FUNDACIÓN UNIVERSITAS.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1101-1106 ISSN: 0798-1457

Señoras y señores colegas Individuos de Número de la Academia de Ciencias Politicas y Sociales.
Señores Presidente y demás directivos de la Asociación Venezolana de Arbitraje.
Señores Profesores y ponentes en este evento
Estimados amigas y amigos.

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es motivo de complacencia auspiciar este VII Foro sobre arbitraje en conjunto con la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Desde la publicación de la Ley de Arbitraje en Venezuela y la Constitución del 99 el arbitraje en Venezuela ha contado con una comunidad de expertos que se han empeñado en mantener el sistema venezolano en un nivel de modernidad y calidad que nada tiene que envidiar al de otros países.

Corren tiempos en que la jurisdicción y el proceso en Venezuela han perdido su eficacia como medio de resolución de conflictos entre particulares y entre estos y el Estado. Han sido suplantados por la desconfianza y la progresiva politización de la justicia.

Es aquí, cuando los mecanismos alternativos de solución de controversias (la conciliación, la mediación y el arbitraje), en cambio, cobran mayor relevancia, al punto que, el arbitraje, más que una simple alternativa real y confiable para la solución de disputas, se ha convertido en la opción preferente para potenciar los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, como expresión del derecho al acceso a la justicia. El realismo y el casuismo en la atención de la controversia, la celeridad y la flexibilidad del procedimiento, la confidencialidad y transparencia institucional son virtudes prácticas del arbitraje para maximizar ese acceso a la justicia alternativa. Pero hay más: Tengamos

en cuenta que en Venezuela la Constitución vigente robustece la eficacia del arbitraje al incluirlo como parte del sistema de justicia y ordena promover su uso junto a la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo para la solución de conflictos. Así lo confirman los artículos 253 y 258 constitucionales.

A ello se suma que, las interpretaciones que ha dado la jurisprudencia nacional, en materia arbitral, han sido, en la gran mayoría de los casos, acordes con el sistema arbitral previsto en la ley y la Constitución, dando en muchos casos, soluciones adecuadas a problemas que comúnmente se presentan en el arbitraje.

La realidad venezolana exige una constante revisión y una actualización del arbitraje. Los principales Centros de Arbitraje venezolanos y sus reglamentos se han adaptado a las tendencias mundiales sobre procedimientos arbitrales, a las necesidades de los usuarios, al desarrollo de nuevas tecnologías y la situación del país, incluidas las recientes vicisitudes de la pandemia del Covid-19. Siempre se requiere la atención de circunstancias nuevas para garantizar su óptimo funcionamiento y generar confianza a sus usuarios.

A parte de las bondades objetivas que ofrece el arbitraje como medio de resolución de conflictos, la calidad y confiabilidad del sistema se potencia por la calidad e idoneidad profesional de que gozan los árbitros, lo cual contribuye a generar mayor confianza en los usuarios, para alcanzar el objetivo superior de tener un procedimiento justo, expedito y costo-eficiente.

La seguridad y la confiabilidad ocupan lugar privilegiado entre todas las ventajas que buscan quienes deciden acudir al arbitraje. Especialmente en el comercio, se hace especialmente importante poder calcular con certeza los costos y los riesgos de toda relación. Por ello, tan importante puede ser para los usuarios del arbitraje la posibilidad de prever los límites de sus obligaciones en base a unas reglas de derecho claras y no sujetas a las más variadas interpretaciones, como el mantener sus controversias fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Todo lo anterior, aunado con el hecho de que Venezuela es signataria de los principales tratados internacionales en materia arbitral, contribuye a crear en Venezuela un foro idóneo, con todas las bondades,

para ser un foro de talla internacional para la resolución de controversias arbitrales.

La Corporación tiene como misión institucional promover el progreso de las Ciencias Políticas y Sociales en general, y del derecho en particular. Para la Corporación el arbitraje es una línea de acción teórica y práctica, cuya transversalidad e inherencia con múltiples asuntos de la realidad actual, se comprueba en la relevancia de los temas seleccionados para esta video conferencia de la mano de autorizados ponentes extranjeros y nacionales.

Hoy tenemos el honor de la compañía de los académicos Allan Brewer-Carias, James Otis Rodner y de los abogados J. Eloy Anzola y Jose Alberto Ramirez.

Tratarán temas sobre el (i) "La progresiva admisión del arbitraje en el derecho administrativo", (ii) "Ejecución de los acuerdos de transacción producto de la mediación", (iii) "El Recurso de Nulidad" y (iv) "La Convención de Singapur y el futuro de la mediación

La difusión del conocimiento y la promoción de las bondades institucionales del arbitraje, son esenciales para concretar y expandir su efectiva vigencia.

Hoy es un día muy especial para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Hoy nos participaron que el Profesor Allan Brewer Carias fue galardonado con el Premio "Alma Mater" 2020 patrocinado por la Asociación de Egresados y Amigos de la Universidad Central de Venezuela.

Consideramos que este premio para la obra del Profesor Brewer-Carias es producto de una vida de dedicación, disciplina y excelencia en el estudio y en el trabajo, que enaltece el gentilicio académico venezolano y representa el paradigma del egresado integral de la magna Universidad Central de Venezuela. Él Dr Brewer es uno de los más notables exponentes del pensamiento jurídico iberoamericano y es, sin lugar a duda, uno de los más conspicuos egresados de la Universidad Central de Venezuela.

Allan aprovecho y abuso de la oportunidad de esta intervención para enviarte una calurosa enhorabuena en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de todos tus alumnos que te admiran y aprecian.

Para finalizar nuestro más sincero agradecimiento a nuestros panelistas por su invalorable aporte y a la Asociación Venezolana de Arbitraje nuestro mensaje de renovado apoyo a su valiosa misión institucional en esta séptima edición de trabajos conjuntos.

Como Academia de Ciencias Políticas y Sociales asumimos el compromiso de contribuir con la difusión de las ideas que faciliten la reinstitucionalización del país, que es la lucha por el restablecimiento del Estado de Derecho, la Justicia y por la Democracia de Venezuela.

En nombre de las Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Muchísimas gracias a todos

Ft. Lauderdale, 25 de noviembre de 2020

LA PROGRESIVA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO.*

DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS.*

---

* Texto preparado para la exposición en las *VII Jornadas de Arbitraje 2020*, organizadas por la Asociación Venezolana de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 25 de noviembre de 2020.

** Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.

En el derecho público, la aceptación del arbitraje ha tenido sus vaivenes, habiéndose pasado, en olas sucesivas, del rechazo total de su aplicación a su aceptación general, habiéndose sorteado siempre en ese proceso la barrera general del principio de la legalidad, que impone que los titulares de los órganos del Estado solo pueden actuar cuando tienen asignada una competencia en forma expresa mediante ley.

Por ello, en sus inicios, la ausencia de normas legales que regularan el arbitraje fue siempre el principal escollo en la materia; y de allí, la importancia que tienen, por ejemplo, previsiones como las del Código Orgánico Tributario que regulan expresamente el arbitraje tributario, lo cual, sin duda, puede considerarse como un punto culminante en la progresiva de admisión del arbitraje en el derecho público.

Contrasta, así, el tratamiento del arbitraje como medio de solución de controversias en derecho público, con el que ha existido en el campo derecho privado, donde en cambio el arbitraje puede decirse que es tan viejo como el derecho de la propia República, al incluírselo en el propio texto de la Constitución de 1830 entre los derechos de las personas, como el de "de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos" (art. 190);[1] previsión que en esos mismos términos se repitió posteriormente en las Constituciones de 1857 (art. 100) y 1858 (art. 150).

La norma fue eliminada de la Constitución federal de 1864, habiéndose incluido en la misma, en contraste, una regulación específica del arbitraje en el campo del derecho público, en relación con los tratados internacionales, disponiéndose que en los mismos siempre se debía incorporar una la cláusula conforme a la cual "todas las diferencias entre las partes contratantes deberán decidirse sin apelación a la guerra por arbitramento de potencia o potencias amigas" (art. 112). La norma

[1] V. J. Eloy Anzola. "Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado," en la *Revista del Club Español de Arbitraje,* Nº 4, 2009, p. 62.

luego se repitió en todas las Constituciones posteriores (1874, art. 112; 1881, art. 109; 1891, art.109; 1893, art. 141; 1901, art. 133; 1904, art. 120; 1909, art. 138; 1914, art. 120); hasta la de 1922 (art. 120).

Estas previsiones constitucionales, por supuesto, trajeron sus consecuencias, de manera que todas las controversias internacionales que Venezuela tuvo con Colombia, Brasil y el Reino Unido relacionadas con temas fronterizos, se resolvieran mediante arbitraje internacional, en los cuales en general, los intereses del país no siempre fueron reconocidos. Esa experiencia en la segunda mitad del siglo XIX, sin duda, dejó una marcada herida nacional que ha sido difícil de curar, originando una reticencia generalizada de principio o una cultura hostil respecto del arbitraje, lo que se reflejó, específicamente en materia de contrataciones públicas.

Por ello, incluso, desde la sanción de la Constitución de 1893, el arbitraje fue expresamente excluido en materia de contratación pública, habiéndose previsto en la misma tres prohibiciones específicas en la materia, siendo la primera la que derivó del principio de la inmunidad absoluta de jurisdicción, al considerarse incorporada tácitamente en dichos contratos una cláusula que impedía el arbitraje, es decir, que imponía que las controversias que se originasen sobre la inteligencia y ejecución de los mismos solo podían ser resueltas por los tribunales nacionales de acuerdo con la ley venezolana. Además, la Constitución previó que dichos contratos en ningún caso podrían ser transferirlos a Estados extranjeros; y que en ningún caso, tales contratos podían ser motivo de reclamaciones internacionales (Cláusula Calvo) (art. 149).[2]

[2] El origen de la cláusula, lo que explica su denominación "Calvo", estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty* (*Tratado de Derecho Internacional*) editado inicialmente en 1868, en el cual su Carlos Calvo refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. A pesar de haberse incluido en la Constitución dicha Cláusula, sin embargo, incluso una década después, se produjo el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana con el fin de forzar el cobro de la deuda pública que mantenía el país con Alemania, Inglaterra e Italia, conflicto del cual incluso derivó la aplicación en Venezuela de la conocida "doctrina Drago," que rechazaba el cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados. V. Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

Esas cláusulas prohibitorias continuaron previéndose en el texto de todas las Constituciones posteriores, y solo fue en la Constitución de 1947 cuando la segunda de ellas fue modificada, al transformarse la inmunidad absoluta de jurisdicción en una inmunidad *relativa* (art. 108), abriéndose entonces la posibilidad de que de acuerdo con la naturaleza del objeto del contrato público, se pudieran incorporar cláusulas para permitir la resolución de controversias a la decisión de tribunales arbitrales o de tribunales extranjeros, incluso aplicando la ley extranjera. La norma se conservó en la Constitución de 1961 (art. 127) y bajo mi propuesta contrariando la que había formulado el presidente Hugo Chávez ante la Asamblea Constituyente, también se conservó en la Constitución de 1999 (art. 151).[3]

Con base en la previsión de la Constitución de 1947, el tema del arbitraje en la contratación administrativa solo se comenzó a discutir al inicio del período democrático cuando, ante ausencia de previsiones legales, la Procuraduría General de la República comenzó a aceptarlo en los contratos de interés público, pero solo respecto a las discrepancias relativas a cuestiones técnicas. En esos mismos años, en 1960, sin embargo, el profesor Antonio Moles Caubet, en un trabajo sobre el "Arbitramento en los Contratos Administrativos,"[4] argumentó a favor de la admisión en forma general de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público. El tema lo retomé yo mismo en 1964, discrepando de ese planteamiento, considerando que en los contratos públicos dichas cláusulas arbitrales no eran admisibles precisamente porque no existía en el ordenamiento jurídico, en ese momento, norma alguna que autorizara a los órganos del Estado a incluir este tipo de cláusula en los contratos administrativos.[5] Consideré entonces que el arbitraje, teniendo en su origen una cláusula contractual, para que el consentimiento del

---

[3] V. sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, "Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público," en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Vol. I (8-Agosto-8 Septiembre 1999)*, Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 209-233.

[4] V. Antonio Moles Caubet, "El arbitraje en la contratación administrativa," en la *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, p. 22.

[5] V. Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones fundamentales del derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

órgano o ente público se considere válido es necesario una previsión legal que le asigne la competencia.

El tema no se volvió a discutir sino hasta finales de la década de los setenta del siglo pasado, particularmente en materia de contratos de empréstito público externo, cuando la Procuraduría General de la República comenzó a considerar procedente la incorporación de cláusulas arbitrales en dichos contratos (1977), mediante las cuales el Estado renunciaba a la inmunidad jurisdiccional; tema sobre el cual se pronunció el profesor Alfredo Morles Hernández en un importante estudio.[6]

Luego vino la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, con la cual se reguló ampliamente el arbitraje en normas que sin duda son también de aplicación a los órganos y entes de la Administración Pública (art. 608 ss.), a raíz de lo cual el escollo del principio de regulación expresa de la competencia quedaba superado, aceptándose la posibilidad del recurso al arbitramento en los contratos públicos.[7] El Código, en efecto, permitió expresamente la posibilidad para las partes –incluyendo los entes públicos– de celebrar *acuerdos vinculantes* para someter las controversias a tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608-629).[8] Posteriormente, Venezuela ratificó otras convenciones internacionales de importancia en el tema como fueron la Convención Interamericana sobre el Arbitra-

---

[6] Véase por ejemplo, Alfredo Morles. "La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público", en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, tomo III. Caracas, 1979, pp. 1701 y ss.; y la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República* 1962-1981, Caracas, 1984, tomo IV, Vol. 2, pp. 169 y ss.).

[7] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

[8] Sobre la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, V. Víctor Hugo Guerra Hernández. "Evolución del arbitraje comercial interno e internacional," en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 42-44; Arístides Rengel Romberg, "El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998)," en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999; J. Eloy Anzola, "El fatigoso camino que transita el arbitraje," en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 408.

je Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979,[9] la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975,[10] y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).[11]

La previsión del recurso al arbitramento se estableció además expresamente en diversas leyes especiales en las cuales se permitió para la solución de controversias, como fue el caso de la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), de la Ley de Empresas de Seguro (1994), de la Ley de Protección al Consumidor (1995) y de la Ley Orgánica del Trabajo (1990). [12]

Esa tendencia hacia la aceptación del arbitraje, se reforzó a partir de 1993 con la celebración de múltiples tratados bilaterales de inversión que estipularon el arbitraje internacional para la solución de controversias, y con la ratificación por Venezuela del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).[13]

Para ese entonces incluso, ya estaba en aplicación específicamente en materia de inversiones extranjeras, además, el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por decisiones N.º 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (decreto Nº 2095 del 13 de febrero de 1992), donde ya se había estipulado en forma general que "se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley."[14] Como consecuencia de todo ello, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias en materia de inversiones se convirtió en una práctica generalizada.

---

9 V. *Gaceta Oficial* Nº 33144 del 15 de enero de 1985.

10 V. *Gaceta Oficial* Nº 33170 del 22 de febrero de 1985.

11 V. *Gaceta Oficial* (Extra) Nº 4832 del 29 de diciembre de 1994.

12 V. Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, pp. 90-101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004, pp. 52-77; Víctor Hugo Guerra Hernández. "Evolución del arbitraje comercial interno e internacional," *loc. cit*., pp. 44-46; y en la Sentencia Nº 1541 de 2008.

13 *Gaceta* Oficial Nº 35.685 del 3 de abril de 1995.

14 V. *Gaceta Oficial* Nº 34930 del 25 de marzo de 1992.

Fue en esos mismos años de inicios de los noventa, por otra parte, cuando se sancionó la primera regulación específica sobre el arbitraje en materia de contratación pública, en la Ley orgánica sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales (Decreto Ley Nº 138 del 20 de abril de 1994),[15] incluyó un artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable (artículo 10).

Debe mencionarse igualmente el importante Acuerdo del Congreso Nacional de 4 de julio de 1995 dictado en el marco del artículo 5 de la Ley de Nacionalización Petrolera de 1975, que permitió la participación del sector privado en la industria petrolera, en el cual se establecieron las Condiciones para la celebración de las llamadas Asociaciones Estratégicas de la "apertura petrolera"(Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas),"[16] previéndose expresamente la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para la solución de controversias en los referidos contratos públicos, que luego daría origen a múltiples decisiones de tribunales arbitrales CIADI .

Es importante destacar que dicha previsión sobre cláusula arbitral fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, habiendo sido decidida la acción varios año después, en septiembre de 1999, declarándose sin lugar la demanda. Así, la Corte Suprema ratificó la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso, aceptando la posibilidad de la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos de interés público conforme al artículo 127 de la Constitución de 1961, que estaba aún vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la Constitución de 1999). [17] Esta sentencia fue, sin duda, el precedente

[15] V. *Gaceta Oficial* Nº 4719 Extra. del 26 de abril de 1994.

[16] V. *Gaceta Oficial* Nº 35754 del 17 de julio de 1995.

[17] V. *Gaceta* Oficial Nº 5382 Extra del 28 de septiembre de 1999. V. la sentencia en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999), Caracas, 2004 disponible en http://allanbrewercarias.com/Con-tent/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I,%-202,%2022.%20%20APERTURA%20PETROLE-

más importante sobre el tema del arbitraje en la contratación pública, y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción prevista en la Constitución.[18]

En todo caso, incluso antes de haberse dictado dicha sentencia, puede decirse que el tema del arbitraje en la contratación pública ya había encontrado soporte expreso –aun cuando indirecto– en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998[19] (la cual se basó en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL),[20] en la cual se incorporó una norma referida específicamente a los "acuerdos de arbitraje" en contratos públicos suscritos por los entes descentralizados de

---

RA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, Nº 22, 2004), pp. 280-328. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. V. la Sentencia Nº 1541 del 2008 y la Sentencia Nº 97 del 11 de febrero de 2009 (Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). Véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realicé al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías "Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público," en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Vol. I (8- Agosto-8 Septiembre 1999)*, Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 220-229.

18 V. Juan Carlos Balzán, "El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución," en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías," Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. II, Caracas 2006, pp. 349-357; Margot Y. Huen Rivas, "El arbitraje internacional en los contratos administrativos," en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías," Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Vol. I, Caracas 2005, pp. 438-439.

19 V. *Gaceta Oficial* Nº 36430 del 7 de abril de 1998. Sobre la Ley V. además Alberto Baumeister Toledo, "Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial," en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 95-98; Allan R. Brewer-Carías, "El arbitraje y los contratos de interés público," en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 167-186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 125-130.

20 V. en general, Arístides Rengel Romberg, "El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998)," *loc. cit*., pp. 47 ss.

la Administración Pública.[21] El objetivo de la norma fue exigir, para la validez del acuerdo arbitral, "la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela."[22] Se trató sin duda de una disposición fundamental, pues constituyó una declaración tácita de aceptación general del arbitraje en la contratación pública, es decir, de la admisión en forma expresa de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos públicos, lo que permitió a Luis Fraga Pittaluga a afirmar en ese año de 1998 que "la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible."[23]

Además, la misma Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 3º estableció otras dos disposición fundamentales en la materia de las materias arbitrables, de particular importancia para la contratación pública, que fueron, primero, el principio de que solo pueden "someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir;" y segundo, el principio de que no pueden someterse a arbitraje "las controversias que directamente concieran a las atribuciones o funciones de *imperio* del Estado o de personas o entes de derecho público."

---

[21] Específicamente aquellos en los cuales "al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social."

[22] V. sobre este Artículo los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El arbitraje y los contratos de interés nacional," en Allan R. Brewer-Carías (Ed.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 169-204.

[23] V. En Luis Fraga Pittaluga, "El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos," en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 1998, p. 177. V. además, Allan R. Brewer-Carías, "La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano," en Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín, Jorge E. Danós Oróñez, Jorge Luis Cáceres Arce, Verónica Rojas Montes, Neil Amador Huáman Paredes (Coordinadores), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional,* Volumen II, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Adrus Editores, Arequipa 2013, pp. 803-830; Víctor Raúl Díaz Chirino, "El mecanismo de arbitraje en la contratación pública," en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Ley de Contrataciones Públicas*, 2° ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 356-357.

En cuanto a la primera previsión, el tema se había regulado con anterioridad en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, en el cual se dispuso que no pueden someterse al arbitraje, las *"cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges."* Ello, por supuesto no concierne al Estado ni a los entes públicos ni a los contratos de interés público; pero agregó el artículo 608 que tampoco puede haber arbitraje *"sobre los demás asuntos en los cuales no cabe la transacción."* Si bien "vincular las materias arbitrables a lo que sea susceptible de transacción," se ha considerado como un anacronismo, ello sin duda tiene importancia para el arbitraje en materia de derecho público, pues de nuevo toca el tema del principio de la legalidad y de la competencia.[24]

Es decir, si una controversia no es susceptible de transacción, no puede ser sometida a arbitraje; y hay que recordar que de acuerdo al Código Civil (art. 1713), la transacción es un contrato mediante el cual, en su parte central, hay recíprocas concesiones, por lo cual es necesario que las partes renuncien a determinadas pretensiones en forma recíproca para poder llegar al contrato. Por eso, para transigir como lo dice el Código Civil en el artículo 1714 y la Ley de Arbitraje Comercial en el ya citado artículo 3º se necesita tener capacidad para ello, es decir, capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción, con lo cual, las cosas, derechos o pretensiones que no sean disponibles y sobre las cuales no haya capacidad de disponer, no pueden ser objeto de transacción ni de arbitraje, lo que por supuesto trae una serie de límites en el campo del derecho público.

Específicamente, en el campo del derecho público ello apunta al tema de la competencia que siendo materia de orden público no puede renunciarse ni relajarse; a lo que incluso se refiere expresamente el artículo 6 del Código Civil y la propia Ley de Arbitraje Comercial; lo que implica que en materia de derecho público, la competencia de los entes

[24] Respecto a esto, en la década de los ochenta, cuando edité mi libro sobre *Contratos Administrativos*, analicé precisamente el tema del recurso del arbitramento en los contratos de interés público vinculado al tema de la transacción, tema sobre la cual en materia tributaria me había ocupado décadas atrás. Véase Allan R. Brewer-carías, "Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias" en *Revista de Derecho Tributario*, Nº 18, Caracas, mayo-junio 1967, pp. 1-36.

públicos no puede ser objeto de transacción ni por tanto, de arbitraje. Como lo dice el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Púbica,[25] la competencia es siempre de ejercicio obligatorio y, por tanto, irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, razón por la cual no puede ser nunca una materia de transacción ni de arbitraje.

Por ello, por ejemplo, en materia de arbitraje tributario, el mismo no puede entrañar la renuncia o la celebración de un acuerdo sobre el ejercicio de la potestad tributaria, por lo que no puede considerarse que quebrante el principio de la legalidad tributaria; lo que implica, por ejemplo, que no podría haber transacción o arbitraje sobre la competencia tributaria, de manera que un órgano público no podría en forma alguna convenir en no fiscalizar, no liquidar o no cobrar un impuesto mediante una transacción.

La otra previsión de particular interés para el arbitraje en la contratación pública establecida en la Ley de Arbitraje Comercial, y que deriva de la anterior, es la destinada a excluir expresamente del arbitraje las cuestiones relativas a la soberanía, es decir, lo que la Ley califica como cuestiones de "imperio" (Artículo 3º, letra b), lo que equivale a decir que las competencias de los entes públicos no pueden ser objeto de arbitraje.

En todo caso, la aceptación del arbitraje para la solución de controversias en contratos del Estado fue reconocida en gran número de sentencias judiciales,[26] siendo una de ellas, la dictada el 15 de junio de 1998 por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de la Defensa*, en la cual reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los "aspectos técnicos"

---

[25] Véase en *Gaceta Oficial* Nº 6.147 Extra. del 17 de noviembre de 2014.

[26] V. los casos citados en Juan Carlos Balzán, "El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución," *loc. cit* , pp. 333- 335, 349, y en José G. Villafranca, "Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 30-07-1998)," en *Revista de Derecho Administrativo*, N.° 4, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 347-360.

del contrato, excluyendo sin embargo las cuestiones de seguridad y defensa nacional.[27]

De lo anterior resulta, por tanto, que en los lustros anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud de reticencia respecto de las cláusulas de arbitraje en los contratos públicos y la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado; tendencia que se consolidó jurisprudencial y legislativamente, precisamente a partir de 1999, al inicio del gobierno del Presidente Hugo Chávez, con la sentencia antes mencionada de la Corte Suprema de Justicia en el caso de los contratos de la Apertura Petrolera, y con motivo de la aprobación de una serie de leyes en ejecución de una Ley habilitante de abril de ese año,[28] que autorizó al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para "fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica" (Artículo 1.4.f); sino que además para "reformar el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas" para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i).

Con base en esta delegación Legislativa, en 1999 se dictó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto Ley Nº 356 de 13 de octubre de 1999),[29] en la cual se establecieron diversos mecanismos de arbitraje, incluyendo el consentimiento expreso del Estado al arbitraje del Centro CIADI conforme al Artículo 25.1 de la Convención del CIADI. Al analizar por primera vez dicha Ley en 2005, consideré que

---

[27] V. las referencias en Juan Carlos Balzán, "El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución", *loc. cit*., pp. 349-350.

[28] V. la Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público en el *Gaceta Oficial* Nº 36.687 del 26 de abril de 1999.

[29] Ley de promoción y Protección de Inversiones (Decreto ley Nº 356 de 13-10-1999), en *Gaceta Oficial* Nº 5.300 Extra. de 22-10-1999. La Ley fue derogada, y por tanto, el artículo 22 eliminado, mediante la Ley de Inversiones Extranjeras, dictada mediante Decreto ley No. 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* No. 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

con la norma del artículo 22 de dicha Ley, el Estado en realidad había expresado su consentimiento para someter disputas sobre inversiones al arbitraje internacional ante el Centro CIADI, en la forma de una oferta unilateral abierta y escrita formulada a los inversionistas mediante Ley, sujeta a la aceptación igualmente por escrito de estos,[30] pudiendo los mismos a su elección recurrir a los tribunales nacionales.[31] Este criterio, que elaboré posteriormente, incluso en Opiniones dadas como testigo legal Experto en juicios arbitrales,[32] sin embargo, cuando fue considerado poralgunos tribunales arbitrales del CIADI, no fue acogido,[33] argumentándose en diversos casos que si bien el artículo 22 de la

---

30 Entre los distintos formularios de consentimiento por escrito de los Estados Contratantes del CIADI, que incluyen la legislación nacional, V. el "Informe de los directores ejecutivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" con fecha 18 de marzo de 1965, en el cual se indica que"[…] un Estado anfitrión puede, en la legislación que promueve las inversiones, ofrecer que las controversias que surgieren de ciertas clases de inversión sean sometidas a la jurisdicción del Centro, y el inversor podrá dar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito."

31 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción" en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas,* Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288.

32 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes," en Jaime Rodríguez Arana y José Ignacio Hernández (Coordinadores), E*l Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP,Madrid , 2016. pp. 129-195.

33 Ese fue el sentido de las decisiones en este punto, entre otros, en los casos CIADI Nº ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 10 de junio de 2010 (Caso Mobil CIADI) (Texto disponibleen http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=show Doc&docId-=DC1510_En&caseId=C256); Caso CIADI No. ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (Caso Cemex CIADI) (Texto disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/Fron-tServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId-=DC1831_En&caseId=C420); y Caso CIADI Nº ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión del 2 de agosto de 2011 (Caso *Brandes* CIADI) (Texto disponible en http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF. El texto de todas esas decisiones está publicado en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucio-*

Ley de Inversiones efectivamente contenía una obligación condicional impuesta al Estado de someterse a arbitraje internacional, lo que implicaba que en dicha norma el Estado había expresado su consentimiento, sin embargo, como era posible interpretar gramaticalmente dicha norma en dos formas, ambas válidas; consideraron que no había suficiente evidencia sobre que hubiera sido intención del Estado el someter las controversias al arbitraje internacional. En definitiva, fue por falta de pruebas o evidencias, que los tribunales ICSID declararon que en dichos casos no tenían Jurisdicción para conocer de las controversias.

En 1999, además de dicha Ley de Promoción y Protección Inversiones, también se dictaron otras leyes estableciéndose expresamente el arbitraje en materia de contratación pública, como fue el caso de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos,[34] que dispuso que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aun cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que "las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como resultado de la licencia, y que las partes no pudieran resolver en forma amigable, incluso por arbitraje, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa" (Artículo 25.6.b). En esta forma, la Ley reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos.[35]

---

nal y Laudos Internacionales relevantes, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 167-225, 239-282, y 347-382, respectivamente.

[34] V. Decreto Ley Nº 310 del 12 de septiembre de 1999, *Gaceta Oficia*l Nº 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

[35] V. En igual sentido V., por ejemplo, J. Eloy Anzola, "El fatigoso camino que transita el arbitraje," en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 419 Expresó: "Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales".

Igualmente, en la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones,[36] se dispuso que, en los contratos de concesiones públicas, las partes "pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia." Esta norma pro arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos, fue reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos.[37]

Esas leyes pro arbitraje se dictaron mientras la Asamblea Nacional Constituyente discutía el texto de la nueva Constitución de 1999 en la cual se estableció la obligación general del Estado de promover el arbitraje para la solución de controversias (art. 258), incorporándose así el arbitraje en la Constitución como un componente más del sistema judicial (Artículo 253); agregándose además, la previsión de que mediante ley debía promoverse "el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos de solución de conflictos;"[38] todo lo cual podía considerarse como la consagración del arbitraje, como un

---

[36] V. Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, *Gaceta Oficial* Nº 5394 Extra. del 25 de octubre de 1999. V. Diego Moya-Ocampos Pancera y Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, "Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras," en *Revista de Derecho Administrativo*, N.° 19, Editorial Sherwood, Caracas 2006, p. 174. V. en general respecto a esta Ley, Alfredo Romero Mendoza, "Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas", en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 28-29.

[37] V. por ejemplo, un resumen en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, cit. pp. 12, 28, 29, 155.

[38] V. Eugenio Hernández Bretón, "Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental," en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, pp. 25, 27-28, donde se refiere al reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias en la Constitución de 1999, y a la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales.; Sentencia Nº 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia Nº 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García).

derecho fundamental, [39] en la misma línea cómo se había regulado en la Constitución de 1830.

Es decir, fue el mismo texto de la Constitución el que impuso a todos los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, todo lo cual confirmó que ya en 1999 había cesado la cultura de hostilidad hacia el arbitraje. Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje.[40]

La tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los decretos ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de leyes que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos; entre las cuales se destacó el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, en el cual se incluyó un reconocimiento general del arbitraje como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado.[41]

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector muy importante y nacionalizado como era el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley Nº 1510 del 2 de noviembre

---

[39] V. sobre el arbitraje como derecho fundamental, Eugenio Hernández Bretón, "Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental", *loc. cit.*, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos. En este mismo sentido, V. J. Eloy Anzola, "El fatigoso camino que transita el arbitraje," en Irene Valera (Coordinadora), *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 409-410.

[40] V. El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. V. por ejemplo el Tratado bilateral de inversión Venezuela-Francia en el *Gaceta Oficial* Nº 37896 del 11 de marzo de 2004.

[41] V. Artículos 312-326. Código Orgánico Tributario, *Gaceta Oficial* Nº 37.305 del 17 de octubre de 2001.

de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos[42] en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por la entonces recién electa Asamblea Nacional en noviembre de 2000,[43] estipuló que en los contratos que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual "las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje," debían ser resueltas por los tribunales (Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitasen de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados.[44]

Todos estos decretos ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirmaron entonces, como lo dijo Juan Carlos Balzán, que en Venezuela, "sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración pública."[45] Por ello igualmente, el profesor Alfredo Morles en 2005 constataba que podía hablarse de una superación de la tradicional hostilidad respecto del arbitraje, expresando que más bien lo que en ese momento había era una actitud favorable hacia el mismo, que ya era objeto de "aceptación prácticamente universal."[46]

---

42 V. Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Ofic*ial Nº 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

43 V. Ley Orgánica Habilitante de noviembre de 2000, *Gaceta Oficial* Nº 37076 del 13 de noviembre de 2000.

44 V. Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por medio del Decreto Ley Nº 1531 del 7 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* Nº 5561 Extra. del 28 de noviembre de 2001 y la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento sancionada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2001. V. la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, *Gaceta Oficial* Nº 5568 Extra. del 31 de diciembre de 2001.

45 V. Juan Carlos Balzán, "El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución," *loc. cit*., p. 299.

46 V. Alfredo Morles Hernández, "La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público," en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, Vol. III, p. 1717; Alfredo Morles Hernández, "Presentación," en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 12-13.

Ello fue además confirmado por la Sala Constitucional en la conocida y ambivalente sentencia N° 1.541 de 17 de octubre de 2008,[47] emitida en respuesta de un recurso de interpretación intentado por el Procurador General de la República, supuestamente del Artículo 258 de la Constitución, el cual en realidad, por su claridad, no requería de interpretación alguna. El recurso, en realidad, lo que buscaba era que la Sala Constitucional interpretara el artículo 22 de la Ley de Inversiones.[48] Como lo destacó J. Eloy Anzola en sus comentarios sobre la sentencia, ello derivaba del hecho de que los representantes de la República al presentar la solicitud de interpretación, "no ocultaron la verdadera intención del recurso" que era obtener "la interpretación de la norma legal en lugar de la constitucional,"[49] buscando que se declarara "que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no preveía dicho consentimiento,

[47] V. en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm; y en Gaceta Oficial Nº 39.055 Noviembre 10, 2008. V. el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, pp. 53-121. V. sobre la sentencia los comentarios de Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, "Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República," en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N.° 147, Caracas 2009, pp. 347-368; Eugenio Hernández Bretón, "El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano," en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N.° 147, Caracas 2009, pp. 148-161; Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, JurisNet LLC 2009, pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2010, pp. 180-193; Victorino Tejera Pérez, "Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos", *loc. cit.*, pp. 92-109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, cit. pp. 180-193.

[48] V. Como lo precisó la entonces presidenta de la Sala Constitucional, quien fue ponente de la sentencia: "dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la República y los inversionistas extranjeros." V. Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas 2011, p. 8.

[49] V. J. Eloy Anzola, "Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado," en *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, pp. 64, 64.

" que era "a lo que apunta la sentencia."[50] El resultado fue que la Sala efectivamente dijo lo que el Poder Ejecutivo le pidió,[51] teniendo en cuenta para ello, por supuesto, el cúmulo de casos que se habían decidido contra Venezuela en el CIADI para ser resueltos mediante arbitraje con base en el consentimiento expreso dado por el Estado en el artículo 22 de la Ley de Inversiones. A pesar de la desviación de la sentencia, sin embargo, debe reconocerse que la misma, en una especie de "compensación," en su parte motiva definitivamente reforzó la aceptación general del arbitraje como medio alterno de administración de justicia en el país.

En todo caso, las críticas a la sentencia por la abusiva interpretación dada sobre el artículo 22 de la Ley de Inversiones no cesaron, habiendo la propia sala Constitucional, de oficio, emitido una "respuesta" a esas críticas,[52] publicando en una forma inusual un *Boletín de Prensa* en su sitio web el 15 de junio de 2009 ("Autor: Prensa TSJ"),[53] en el cual decidió expresar algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia Nº 1541 de 2008, sin que nadie lo hubiese solicitado, es decir, sin ningún proceso constitucional o ningún procedimiento en contrario que lo exigiese. Se trató, por tanto, de una especie de aclaratoria de oficio de "sentencia por medio de Boletín de Prensa,"[54] en la cual el Tribunal

---

50 Ídem, pp. 73-74.

51 V. los comentarios sobre la ineficacia de dicha revocación sin reformar la Ley respecto del arbitraje internacional, en Andrés A. Mezgravis, "El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones," en Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), *Tratado de Derecho Arbitral*, Universidad Pontificia Javeriana, Instituto peruano de Arbitraje, Bogotá 2011, Vol. II, pp. 858-859.

52 V. la entrevista de Carlos Díaz con Luis Britto García en relación con la sentencia de la Sala Constitucional N° 97 del 11 de febrero de 2009: "Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país," *La Razón*, Caracas 14-06-2009, publicado el 20 de junio de 2009 por Luis Britto García en http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html

53 V. en http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/-notasdeprensa.asp?codigo=6941

54 V. Luis Britto García, "¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!," en http://www.apo-rrea.org/actualidad/a80479.html. Fecha de la publicación: 21 de junio de 2009. V. Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre el 'Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros,' o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante 'Boletines de Prensa,' en *Revista de Derecho Público*, No. 118, (abril-junio 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 319-330.

Supremo hizo referencia, entre otros temas, precisamente al Artículo 22 de la Ley de Inversiones al "declarar" que:

> "Las sentencias [del Tribunal Supremo] eliminan el riesgo que implica interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones como una oferta abierta o invitación por parte de Venezuela de someterse a la competencia de otros países, como se ha tratado de explicar en el Foro Internacional, por parte de sujetos con intereses contrarios a los de la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de la gran transnacional del sector de la energía".

Esta nota de prensa lo que confirmó fue que la sentencia N° 1.541 de 2008 de la Sala Constitucional había sido producto de la influencia política ejercida por el Ejecutivo sobre el Poder Judicial para tratar de reafirmar la posición del Estado en los casos pendientes ante el CIADI. La Sala Constitucional por lo demás, actuó *ultra vires* cuando decidió interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 ante la solicitud del Gobierno de la República,[55] ya que la Sala Político-Administrativa era la que tenía la competencia exclusiva para interpretar leyes por medio de recursos de interpretación de las mismas. Sin embargo, como se dijo, la Sala procedió a interpretar dicho artículo con la excusa de interpretar el Artículo 258 de la Constitución que no requería interpretación alguna.

En todo caso, el propósito inmediato de tratar de evadir la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales fue tan claro, que después de las varias decisiones dictadas contra Venezuela, y en virtud de la existencia de otros casos pendientes de ser resueltos ante el CIADI y entre otros tribunales arbitrales internacionales (como los de la Cámara de Comercio Internacional), el 24 de enero de 2012 el gobierno de Venezuela oficialmente denunció la Convención CIADI, retirándose el Estado de la misma en forma irrevocable.Dicho retiró, de acuerdo con el artículo 71 de la Convención, comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

---

[55] V. Allan R. Brewer-Carías, "La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes," en *Revista de Derecho Público*, N.° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 187-196.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del Convenio CIADI[56] se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un "gobierno débil" sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993-1994).[57]

Al contrario de dicha afirmación, dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez –del cual me honro en haber formado parte– fue uno muy importante que se configuró por designación del Congreso, con el apoyo de todos los partidos políticos, luego de que en junio de 1993 resolviera remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, a los efectos de completar su período constitucional. Dicho gobierno de transición tuvo la importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, de la realización exitosa de las elecciones presidenciales que se llevaron a cabo en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica existente, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en muchos campos,[58] al igual que en material de promoción y protección de inversiones, como fue la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

Por otra parte, en el "Comunicado Oficial" del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de 1999[59] supuestamente invalidaba

---

[56] V. el texto del "Comunicado Oficial" en http://www.noti-cierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/

[57] En dicho gobierno, el autor de este Prólogo participó como Ministro para la Descentralización.

[58] V. el libro colectivo: *Ramón J. Velásquez. Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes-Táchira, Caracas 2003.

[59] V. en *Gaceta Oficial* Nº 5.908 Extra. de 2-2-2009. Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional Nº 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; y en *Constitucional Law*. Venezuela, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012.

en su espíritu y en sus palabra las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo evidenció la más completa ignorancia del gobierno en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado,[60] siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos de interés público, excepto cuando por la naturaleza del objeto de los mismos ello fuere improcedente.

En todo caso, la decisión del gobierno de "huir del CIADI"[61] ignorando la importancia de la Convención para atraer inversionistas internacionales, se completó dos años después con la derogación de la propia Ley de Promoción y Protección de Inversiones 1999, al sancionarse la Ley de Inversiones Extranjeras de 2014,[62] en la cual se eliminó el antes mencionado artículo 22.

A partir de esos eventos puede decirse que al país volvió la tendencia a estigmatizar el arbitraje en el derecho público, pasándose a prohibirlo tácitamente en la práctica o a encubrirlo en muchos contratos públicos, hasta que sorpresivamente reapareció de nuevo como política general en 2020 promovida por el Estado en una llamada "Ley Constitucional" (figura por demás inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual el único órgano con competencia para sancionar leyes es la Asamblea Nacional),[63] denominada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos,*[64] dictada por la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente.

---

60 V. en general, Tatiana B. de Maekelt, "Inmunidad de Jurisdicción de los Estados," en *Libro Homenajea José Melich Orsini*, Vol. 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 213 ss.

61 V. James Otis Rodner, "Huyendo del CIADI,", en *El Universal*, Caracas February 7, 2012, y en http://www.eluniver-sal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi

62 Dictada por Decreto ley No. 1438 de 17 de noviembre de 2014, en *Gaceta Oficial* No. 6154 (Extra) de 18 de noviembre de 2014.

63 Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

64 Véase en *Gaceta Oficial* No.6.583 Extra. de 12 de octubre de 2020. Véanse comentarios críticos sobre la Ley en Alejandro González Valenzuela, "Ley Antibloqueo: Hacia el

Mediante este instrumento, con el objeto de obtener "recursos adicionales" (art. 18), el gobierno supuestamente definió la implementación de un "cambio" de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país; pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico, el cual conforme a las previsiones de la llamada Ley podría ser "desaplicado" sin límites por el Ejecutivo Nacional.[65]

Entre las políticas que se definen en la Ley está la de *protección de la inversión extranjera*, disponiéndose en su artículo 34 que en los contratos públicos que celebre el Estado. Para ello se pueden suscribir "cláusulas" de "resolución de controversias," entre las cuales está, sin duda, la figura del arbitraje, y particularmente, del arbitraje internacional, incluso sin necesidad de que se tengan que agotar los recursos internos para poder acudir al arbitraje, como se había propuesto en el "Proyecto" de Ley que se sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente.[66]

De todo lo antes expuesto, podemos concluir afirmando que aun en medio del vaivén que históricamente se puede apreciar en relación con

---

deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho," *Bloque Constitucional*, 12 de ocurre de 202o, disponible en: https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/ ; José Guerra, en "Ley Antibloqueo es un golpe de Estado," reseña deEnrique Meléndez, en *La Razón*, octubre 2020, disponible en: https://www.larazon.net/2020/10/jose-guerra-ley-antibloqueo-es-un-golpe-de-estado/; y en*Acceso a la Justicia ONG*, "Ley Antibloqueo de la írrita Constituyente en seis preguntas,en *Acceso a la Justicia*, 16 de octubre de 2020, disponible en: https://www.accesoalajusticia.org/ley-antibloqueo-de-la-irrita-constituyente-en-seis-preguntas/

65 V. sobre ello Allan R. Brewer-Carías, "El último golpe al Estado de derecho: una "ley constitucional" "antibloqueo" para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco secreto y de inseguridad jurídica basado en la "inaplicación" discrecional de leyes por parte del Ejecutivo Nacional," New York, 14 de octubre de 2020. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-BREWER.-ULTIMO-GOLPE-AL-ESTADO-DE-DERECHO.-LEY-ANTIBLOQUEO.-18OCT-2020..pdf

66 V. sobre ello Allan R. Brewer-Carías, "Proyecto de ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico," New York, 4 de octubre 2020. Disponile en: https://bloqueconstitucional.com/efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-venezuela-en-relacion-con-el-estado-de-derecho-y-las-elecciones/

el arbitraje en el derecho público, lo cierto es que, sin duda, el mismo ha probado ser un efectivo mecanismo alternativo de resolución de conflictos que tiene que seguir abriéndose camino, incluso en sectores que otrora estaban vedados, como es el caso no solo de la contratación pública sino por ejemplo de los conflictos relacionados con la aplicación de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones), tanto a nivel interno como internacional, aun cuando esto último aún no se haya consolidado.[67]

[67] Como lo expresó Luis Fraga Pittaluga, "desde hace mucho tiempo existe una decidida tendencia hacia la aceptación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario," siendo también cierto "que incluso, con las disposiciones del Código Orgánico Tributario, el mismo no ha logrado consolidarse como debía haber ocurrido. V. Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje Tributario interne e internacional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020.

LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR Y EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN EN VENEZUELA.

DR. JOSÉ ALBERTO RAMÍREZ LEÓN.*

SUMARIO

Introducción. 1. La Mediación y los MARC en Venezuela. 2. Antecedentes de la Convención de Singapur. 3. Países que han suscrito y ratificado la Convención de Singapur. 4. Ámbito de aplicación de la Convención de Singapur. 5. Ejecución y denegación de ejecución de acuerdos transaccionales. 6. Beneficios de la Convención de Singapur. 7. El futuro de la Mediación en Venezuela. Conclusiones. Bibliografía.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Máster (LLM) en Resolución de Conflictos, Universidad de Missouri-Columbia. Fulbright Fellow. Profesor de Medios Alternos de Resolución de Conflictos en los programas de postgrado en derecho de la UCAB. Árbitro y Mediador del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director Ejecutivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Socio de la firma LEĜA Abogados. Email: jramirez@lega.law

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1133-1156 ISSN: 0798-1457

INTRODUCCIÓN

El 7 de agosto de 2019, 46 Estados, incluyendo a la República Bolivariana de Venezuela, firmaron la "Convención de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación[1]" (conocida como la Convención de Singapur sobre Mediación), en una ceremonia oficial celebrada en Singapur. La Convención tiene por objeto facilitar el comercio internacional y promover el uso de la mediación para la solución de controversias comerciales transfronterizas.

La Convención de Singapur es aplicable a todo acuerdo resultante de una mediación que haya sido celebrada por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial internacional, excluyéndose aquellos acuerdos concertados con consumidores que participen con fines personales, familiares o domésticos, así como los relacionados con el derecho de familia, sucesiones y laboral.

Este trabajo analizará los aspectos más relevantes de la Convención de Singapur sobre Mediación, incluyendo sus antecedentes, ámbito de aplicación, principios generales y principales características, así como sus potenciales beneficios y significación para la promoción del uso de la mediación como medio alterno de resolución de conflictos en Venezuela.

La Convención de Singapur le otorga un nuevo estatus a los acuerdos transaccionales producto de un proceso de mediación comercial internacional, pues convierte lo que anteriormente podría ser visto como simples acuerdos contractuales privados en instrumentos que pueden

[1] Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements

circular en un ecosistema internacional con reglas claras, sencillas y armonizadas destinadas a proveerles de mecanismos de ejecución rápidos y relativamente fáciles de obtener.

Resulta previsible que progresivamente muchos más países se sumen a esta Convención y que como consecuencia natural, se promueva el uso cada vez más frecuente de la mediación internacional. Tal y como ha ocurrido con la Convención de Nueva York de 1958 a los fines de promover el uso del arbitraje comercial internacional como el mecanismo de resolución de conflictos mayormente utilizado entre comerciantes a nivel mundial.

1. LA MEDIACIÓN Y LOS MARC EN VENEZUELA

La mediación, también llamada conciliación[2], es un medio alternativo de resolución de conflictos eficiente y eficaz, a través del cual las partes resuelven directamente su controversia con la intervención o colaboración de un tercero, ajeno a las partes, objetivo e imparcial, llamado mediador, quien funge como un facilitador del proceso de comunicación y negociación directa entre las partes, para que sean ellas mismas quienes lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable que ponga fin a la disputa.

Se trata de un proceso flexible y voluntario, que no está sujeto a complicadas reglas de procedimiento y que depende enteramente de las partes.

La mediación es un proceso no adjudicativo. A diferencia de lo que ocurre en un litigio judicial tradicional o inclusive en un arbitraje, dentro del proceso de mediación no se busca subsumir los hechos planteados por las partes dentro de las normas de derecho aplicables, para que un tercero, sea juez o árbitro, imponga una decisión de obligatorio

[2] Según se expone en las "Notas orientativas sobre la mediación", publicadas por la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés), en el plano internacional los términos "conciliación" y "mediación" designan en algunos casos procesos fundamentalmente idénticos y, en otros, procesos similares pero que presentan algunas diferencias. Sin embargo, no hay consenso sobre cuáles son las diferencias sustantivas. Para los efectos del presente trabajo, la mediación se entiende en un sentido amplio que abarca tanto la mediación como la conciliación.

cumplimiento para ellas. Dentro de la mediación no se imponen decisiones, no existen sentencias ni laudos, no existe una parte que resulte victoriosa a expensas de la otra que resulta perdidosa.

Justamente aquí surge la principal ventaja de la mediación, que radica en el empoderamiento de las partes, para que sean ellas mismas, de forma voluntaria y a través de la comunicación, quienes exploren sus posiciones, intereses y necesidades, generando alternativas y buscando puntos de encuentro que les permitan lograr un acuerdo negociado que las satisfaga, poniendo fin al conflicto.

El acrónimo MARC se refiere a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, conocidos en los países de habla inglesa bajo el acrónimo ADR que se refiere a "*Alternative Dispute Resolution*" o "*Amicable Dispute Resolution*"[3].

Los MARC se refieren a aquellos medios de solución de conflictos que son alternos a los tribunales de justicia que conforman el poder judicial y que buscan disminuir los costos asociados con el litigio tradicional (costos de oportunidad, financieros y de tiempo), incrementar la transparencia del proceso, ayudar a preservar las relaciones de las partes y proveer soluciones rápidas a un conflicto[4].

Conforme a lo previsto en el artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[5], podemos colegir que la referencia a medios alternativos para la resolución de conflictos se refiere al arbitraje, la conciliación y la mediación.

Las ventajas de los MARC son ampliamente conocidas en la literatura universal especializada en esta materia. La incorporación, la

---

[3] Este fue el término que se utilizó en el Reglamento ADR de la CCI ("ICC ADR Rules" en su versión original en inglés), de la Cámara de Comercio Internacional (*International Chamber of Commerce* o "ICC") que define estos medios de solución de controversias como medios "amigables" de solución de controversias, enfatizando su naturaleza no adversarial.
A partir del 1 de enero de 2014, el Reglamento ADR de la CCI fue sustituido por el Reglamento de Mediación de la CCI, el cual se encuentra actualmente vigente.

[4] Anthony Wanis-St. John, "Implementing ADR in transitioning states: Lessons learned from practice". 5 *Harvard Negotiation Law Review*. (2000): 339

[5] Artículo 258 CRBV: La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces y juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.
Asimismo, la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

promoción y el desarrollo de los MARC, tanto en el ámbito privado como público, es una condición necesaria para que los sistemas de administración de justicia funcionen adecuadamente. Así ha sido entendido en nuestro país, donde vale la pena destacar que los MARC han sido incorporados a nuestra Constitución y nuestra jurisprudencia les ha dado un importante espaldarazo[6].

El artículo 253 de la Constitución[7] detalla los componentes del sistema de administración de justicia y expresamente incluye los medios alternativos de justicia. Luego, el artículo 258 le da un mandato al legislador para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado este último artículo, sentando jurisprudencia vinculante a favor de los MARC y del rol que están llamados a cumplir en nuestra sociedad, como un mecanismo aceptado para la consecución del fin último de acceso a la justicia previsto como un derecho ciudadano por nuestra Constitución.

2. ANTECEDENTES DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

Los antecedentes de la Convención de Singapur se remontan a finales del año 2014. Al cierre del período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la delegación de los Estados Unidos ante esa Comisión sometió a consideración una propuesta[8] para que el Grupo de Trabajo II

---

6 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1.541, del 17 de octubre de 2008, caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución, Magistrado ponente: Luisa Estella Morales (ratificada en sentencias: Nro. 1.784 del 30 de noviembre de 2011 y Nro. 1.067 del 3 de noviembre de 2013).

7 Artículo 253 CRBV: El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio.

8 Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 47 período de sesiones (7 al 18 de julio de 2014). Disponible en https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/69/17

examinara como aumentaría el atractivo y el apetito de los usuarios por la mediación, si se le dotara a los acuerdos transaccionales producto de procedimientos de mediación exitosos, de un marco normativo que permitiera su ejecutabilidad a través de un procedimiento expedito, con base en un instrumento con rango de tratado internacional.[9]

En el año 2015, el Grupo de Trabajo II comenzó a trabajar sobre esta propuesta para la preparación de un instrumento (o instrumentos) que proveyera los mecanismos para asegurar la ejecutabilidad internacional de los acuerdos transaccionales producto de la mediación.

En febrero del año 2018, el Grupo de Trabajo II presentó los resultados de su trabajo, manifestado en la redacción de dos instrumentos normativos, (i) la Convención de Singapur sobre Mediación, y (ii) la Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la cual modifica la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002).

En junio de ese mismo año la CNUDMI recomendó que la versión final de ambos instrumentos fuese sometida a la consideración de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para su aprobación. Finalmente, a finales de ese año, la Asamblea General de la ONU aprobó los dos instrumentos, autorizando el proceso de apertura para firmas de la Convención en una ceremonia oficial a celebrarse en Singapur el 7 de agosto de 2019.[10]

3. PAÍSES QUE HAN SUSCRITO Y RATIFICADO LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

Los 46 países que se indican a continuación suscribieron la Convención de Singapur durante la ceremonia de apertura para firmas celebrada en esa ciudad el 7 de agosto de 2019[11].

---

[9] Timothy Schnabel, "The Singapore Convention on Mediation: A framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements" (2019). *19 Pepp Disp Resol LJ.*

[10] Shouyu, Chong y Felix Steffek. "Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention". (2019) *31 SAcLJ 448.*

[11] Situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación. Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status

Afganistán	Granada	Nigeria
Arabia Saudita	Haití	Palau
Bielorrusia	Honduras	Paraguay
Benín	India	Qatar
Brunéi Darussalam	Irán	República Dem. del Congo
Chile	Israel	Samoa
China	Jamaica	Serbia
Colombia	Jordán	Sierra Leona
Congo	Kazajistán	Singapur
Corea del Sur	Laos	Sri Lanka
Estados Unidos de América	Macedonia	Timor-Leste
Eswatini	Malasia	Turquía
Fiji	Maldivas	Ucrania
Filipinas	Mauricio	Uganda
Georgia	Montenegro	Uruguay
		Venezuela

Conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Convención, el período de firmas se mantendrá abierto indefinidamente para la adhesión de todos los Estados que no sean signatarios, quienes deberán depositar su instrumento de adhesión en la sede de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York.

Con posterioridad a la ceremonia de apertura para firmas, los 7 países mencionados a continuación suscribieron la Convención[12].

Armenia	Ghana
Chad	Guinea Bissau
Ecuador	Ruanda
Gabón	

En total, a la fecha de preparación de este trabajo, 57 países han suscrito la Convención de Singapur. Es importante destacar que la firma es una manifestación de intención por parte de los Estados de llegar a ser parte de la Convención en el futuro. Luego se requiere que cada Estado recabe sus aprobaciones internas y promulgue las leyes que sean necesarias conforme a su derecho interno.

[12] Ibidem

Finalmente, es necesario que cumplidos esos pasos previos, se deposite el instrumento de ratificación ante la oficina del Secretario General de las Naciones Unidas. A la fecha de preparación de este trabajo, solo 6 países han cumplido con esta formalidad. Ellos son:

Arabia Saudita Bielorussia Ecuador	Fiji Qatar Singapur

Conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Convención, la misma entraría en vigencia seis meses después de que se deposite el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Este hito se cumplió efectivamente el 12 de septiembre de 2020, fecha a partir de la cual entró en vigencia la Convención de Singapur.

En lo que respecta a Venezuela, si bien es un país signatario de esta Convención, resulta necesario aclarar que la misma todavía no forma parte del derecho positivo venezolano, toda vez que, como cualquier otro tratado, la Convención requiere pasar por el procedimiento previsto en nuestra Constitución[13] para incorporarse al derecho interno, el cual incluye la aprobación de la Asamblea Nacional y la ratificación por parte del Presidente de la República.

La particular situación política por la que atraviesa Venezuela actualmente, que implica una dualidad de poderes legislativos y de presidencias de la República, nos hace pensar que no será fácil el camino a recorrer para que puedan materializarse estos requisitos constitucionales y podamos contar con esta Convención como parte de nuestro derecho interno.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

El artículo 1 de la Convención establece que la misma será aplicable a los acuerdos transaccionales que cumplan con los siguientes

[13] Artículo 154 de la CRBV.

requisitos: (i) Que el acuerdo transaccional sea producto de un proceso de mediación; (ii) Que el acuerdo transaccional conste por escrito, (iii) Que haya sido celebrado con el fin de resolver una controversia "comercial", y (iv) Que en el momento de celebrarse sea "internacional". A continuación analizaremos cada uno de estos elementos.

4.1. Que el acuerdo transaccional sea producto de un proceso de mediación

El artículo 2 de la Convención establece definiciones generales y en particular el numeral 2.3 incluye una definición de lo que debe entenderse por "mediación". Esta definición incluye aquellos procedimientos mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros que carezcan de autoridad para imponerles una solución, cualquiera sea la expresión utilizada (i.e conciliación) o la razón por la que se haya entablado.

Es importante destacar que la definición provista es bastante genérica y que hace énfasis en la naturaleza propia del mecanismo de resolución de conflicto sin importar el nombre que le sea asignado. Así las cosas, términos como conciliación, evaluación neutral, negociación asistida y cualquier otro que tenga como elemento esencial el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para llegar a un arreglo amistoso, quedará cubierto por esta definición y por lo tanto podría tener acceso a los beneficios derivados de la Convención de Singapur en cuanto a la ejecución de acuerdos transaccionales que sean producto de ellos.

En contraposición, aquellos procesos meramente adjudicativos como el arbitraje o sus versiones híbridas como el llamado med-arb, estarían excluidos de la aplicación de la Convención de Singapur, puesto que escapan a una solución provista directamente por las partes. En resumen, todos aquellos procesos no adversariales que cuenten con la participación de un tercero imparcial (sin poder decisorio) pueden incluirse dentro de la definición de mediación que incluye la Convención, mientras que aquellos procedimientos donde la decisión sea tomada por un tercero (y no por las partes) quedan excluidos de tal definición.

4.2. Que el acuerdo transaccional conste por escrito

Con respecto a este requisito, el artículo 2.2 de la Convención establece que debe entenderse que un acuerdo de transacción se ha celebrado por escrito si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma, inclusive si esa constancia deriva de una comunicación electrónica, siempre y cuando sea posible acceder a esa información para su posterior consulta.

Resulta claro que las comunicaciones electrónicas (i.e. correos electrónicos, mensajería instantánea, etc.), satisfacen el requisito exigido por la Convención en cuanto a que el acuerdo debe constar por escrito. Esto lo consideramos positivo y acorde con los tiempos modernos en los que resulta cada vez más evidente que las sesiones telemáticas (i.e vía Zoom, Webex, Teams, Google Meet, etc.) son adecuadas, costo-eficientes y cada vez más utilizadas dentro de los procesos alternativos de resolución de conflictos tales como la mediación y el arbitraje.

La aceptación del formato electrónico para satisfacer el requisito de "escritura", también es conteste con lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[14]. Convención esta que incluye normas en relación al requisito de que la comunicación escrita deba estar firmada por las partes.

La definición de "por escrito" prevista en el artículo 2.2 de la Convención no exige la formalidad de que se incluyan las firmas (autógrafa o digital) de las partes. No obstante, es importante destacar que el artículo 4 literal (a) de la Convención, exige que el acuerdo transaccional por escrito esté firmado por las partes a los fines de su ejecución.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, como hemos dicho, incluye normas relacionadas a las firmas, que permiten dar por cumplido este requisito a través de métodos alternativos[15]. No obstante, es preciso destacar que Venezuela no ha suscrito ni ratificado esta Convención, por lo cual la misma no tiene carácter vinculante en

[14] Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf
[15] Idem. Ver artículo 9

nuestro país, más allá de ser una referencia de norma blanda o "*Soft Law"*[16].

Así las cosas, la recomendación para las partes de nacionalidad venezolana es que para satisfacer los requisitos de escritura y firma, exigidos por la Convención de Singapur, los acuerdos transaccionales producto de la mediación incluyan las formalidades propias de los contratos escritos y la inclusión de las firmas (autógrafas o electrónicas[17]) de las partes, sus representantes (si aplica) y del mediador. Una recomendación similar la encontramos en las Notas Orientativas sobre la Mediación de la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)[18]

4.3. Que el acuerdo transaccional haya sido celebrado con el fin de resolver una controversia "comercial"

Lo que debe entenderse por el término "comercial" no se encuentra definido en el texto de la Convención de Singapur. La mejor referencia podemos conseguirla en el segundo pie de página del artículo 1 de la Ley Modelo en su versión de 2018, el cual como hemos hecho referencia, es un instrumento normativo que se preparó y aprobó paralelamente junto con la Convención de Singapur.

Conforme a esta referencia de la Ley Modelo, el término "comercial" debe interpretarse en sentido amplio, para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, facturaje (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión,

---

[16] Para una referencia amplia de la relevancia del *Soft Law* en el derecho venezolano, ver Fernando Sanquírico Pittevil. "Soft Law. Derecho y terminología". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. No. 13, (2020): 409-425.

[17] De conformidad con las formalidades previstas en la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, publicada en la Gaceta Oficial número 37.076 de fecha 13 de diciembre de 2000.

[18] Párrafo 20.11.

financiación, banca, seguros, acuerdo de explotación o concesión, empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, y transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

La intención de los redactores de la Convención al limitar su ámbito de aplicación a materias de índole comercial se basa en evitar, en la medida de lo posible, los eventuales choques que pudieran existir en la legislación interna de cada país, en relación a normas de orden público que generalmente afectan materias como la laboral, familia, sucesiones, menores, etc.; materias que, es importante destacar, se excluyeron expresamente del ámbito de aplicación de la Convención.

Otra duda común que surge se refiere a la eventual aplicación de la Convención a los acuerdos transaccionales producto de procesos de mediación que tengan origen en una disputa de inversión. Sobre este aspecto, resulta necesario en primer lugar analizar si la Convención aplica a los acuerdos transaccionales en los que sea parte un Estado.

Sobre este aspecto observamos que la Convención está redacta de forma tal que por defecto, los Estados soberanos o cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, puedan ser parte de acuerdos transaccionales sometidos a la Convención. Por vía de excepción, y según lo previsto en el artículo 8 de la Convención, los Estados que suscriban la Convención pueden hacerlo con la reserva expresa de que la misma no sea aplicable al propio Estado, sus organismos o instrumentalidades, o las personas que representen a estas personas de derecho público.

En este sentido, podemos concluir, que la Convención de Singapur les resulta aplicable a todos los Estados signatarios que no hayan hecho expresamente la referida reserva.

Con respecto a la aplicación de la Convención a los acuerdos transaccionales producto de procesos de mediación que tengan origen en una disputa de inversión, somos de la opinión que las exclusiones previstas en la Convención son taxativas y por tanto se limitan a las materias expresamente excluidas, las cuales no incluyen las disputas entre Estados e inversionistas extranjeros. Como quiera entonces, que no se excluyen las disputas de inversión, todas aquellas disputas de inversión que puedan catalogarse como comerciales, podrían beneficiarse de la

aplicación de la Convención de Singapur. Para reforzar este argumento, debemos sumar el hecho de que la definición de "comercial" que hemos analizado previamente, expresamente incluye a las "inversiones" como actividades "comerciales".

4.4. Que en el momento de celebrarse sea "internacional"

El carácter de internacionalidad se encuentra definido en el artículo 1 de la Convención y se basa en los siguientes criterios:

a) Que al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tengan sus establecimientos en Estados diferentes; o
b) Que el Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es: (i) El Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o (ii) El Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción.

Adicionalmente, se requiere que el acuerdo transaccional no se vea afectado por alguna de las causales de exclusión previstas en los numerales 2 y 3 del referido artículo 1.

4.5 Exclusiones

El artículo 1 de la Convención expresamente excluye de su ámbito de aplicación aquellos acuerdos transaccionales que sean:

a) Concertados para resolver controversias que surjan de operaciones en las que una de las partes participe con fines personales, familiares o domésticos;
b) Relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral.
c) Que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial; y que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial;
d) Que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.

5. EJECUCIÓN Y DENEGACIÓN DE EJECUCIÓN DE ACUERDOS TRANSACCIONALES

El artículo 3.1 de la Convención establece que "cada Parte en la Convención ordenará la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención".

Así las cosas, los tribunales competentes de cada Estado parte se encuentran bajo la obligación de reconocer y ejecutar los acuerdos transaccionales producto de procesos de mediación internacional de forma expedita, con la única excepción en aquellos casos en que la parte contra quien se solicita la ejecución logre demostrar la existencia de una o más de las causales de denegación previstas en el artículo 5 de la Convención.

Los requisitos para hacer valer un acuerdo transaccional producto de un proceso de mediación internacional son bastante sencillos. Estos incluyen (i) la presentación del acuerdo que conste por escrito ante un tribunal o autoridad competente de algún Estado que sea parte de la Convención, y (ii) proveer evidencia de que el referido acuerdo fue alcanzado a través de un proceso de mediación.

En cuanto a este último requisito, el mismo puede evidenciarse a través de una manifestación de conformidad por parte del mediador, bien sea por la inclusión de su firma en el acuerdo o a través de la emisión de un documento separado que haga constar que el proceso efectivamente se realizó bajo su intermediación. Alternativamente, también puede satisfacerse este requisito a través de un certificado emitido por la institución que administró el proceso (en caso de procesos de mediación institucionales).

El tribunal o autoridad competente que conozca de la solicitud de ejecución podría considerar otros medios probatorios alternativos a los mencionados en caso de resultar necesario.

En cuanto a la denegación de ejecución, la Convención establece motivos taxativos que podemos agrupar en tres categorías principales: (i) según se relacionen con las partes litigantes, (ii) según se relacionen con el acuerdo de transacción y (iii) según se relacionen con el procedimiento de mediación.

Aquellas causales de denegación relacionadas con las partes se refieren a la capacidad de las partes o sus representantes a la hora de comprometer en el acuerdo transaccional. Es decir, cabría la causal de denegación si la parte contra la cual se pretende hacer valer el acuerdo transaccional demuestra que quienes otorgaron el consentimiento para ese acuerdo estaban afectados de algún tipo de incapacidad para ese momento.

Las causales de denegación relacionadas con el acuerdo de transacción se refieren a la validez del acuerdo en sí. Es decir, cabría la causal de denegación si la parte contra la cual se pretende hacer valer el acuerdo transaccional demuestra que el mismo es nulo, ineficaz, contrario a la ley que deba aplicar la autoridad competente, que no sea vinculante, no sea definitivo, que haya sido modificado posteriormente o que las obligaciones ya se hayan cumplido o no sean claras o comprensibles.

Con respecto a las causales de denegación relacionadas con el procedimiento, encontramos aquellas que tienen que ver con el desempeño del mediador. Esto incluye, que el mediador haya incumplido las normas legales o contractuales que le sean aplicables a su rol de mediador o al proceso en sí mismo. Que el mediador haya omitido información a las partes que hubiesen suscitado dudas fundadas acerca de su imparcialidad o independencia.

Finalmente, se incorporan a las causales de denegación aquellas que se relacionen con el orden público del Estado donde se pretende hacer valer el acuerdo y aquellas en las que se demuestre que el objeto de la controversia no era susceptible de resolverse a través de mediación conforme a la ley aplicable a la parte contra la cual se pretende hacer valer el acuerdo.

6. BENEFICIOS DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

El mayor beneficio de la Convención de Singapur radica en que proporciona a las partes un marco uniforme y eficiente para la ejecución de los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, resolviendo el problema ejecutivo de estos acuerdos, a los que dota de fuerza vinculante y permite que sean reconocidos y ejecutados a través de un procedimiento relativamente sencillo por cada

país signatario de la Convención de acuerdo con sus propias normas procesales, de forma similar al marco que fija la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (i.e. la Convención de Nueva York), para los laudos arbitrales.

La Convención de Singapur busca promover e incentivar el uso de la mediación como medio de preferencia para la resolución de conflictos surgidos de las relaciones comerciales internacionales, aportando sus ventajas inherentes como lo son la economía, la celeridad, la flexibilidad, la preservación de las relaciones y la confidencialidad al proceso de resolución de conflictos, contribuyendo a reforzar el acceso a la justicia y el estado de derecho.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), órgano promotor e impulsor de la Convención de Singapur, indica que "la Convención contribuye al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficaz las controversias internacionales en materia de inversiones". Adicionalmente agrega que "gracias a su condición de instrumento internacional vinculante, reforzará las garantías de certidumbre y estabilidad del marco, lo que a su vez contribuirá a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible".[19]

Sin lugar a dudas que la CNUDMI consigue un logro importante en su misión de armonización y homogenización del marco normativo internacional aplicable a la mediación, no obstante la fuerza vinculante que pueda llegar a tener la Convención de Singapur dependerá de que cada vez más un mayor número de países la suscriban y ratifiquen, con el objetivo de llegar a colocarse a la par de la Convención de Nueva York en materia de arbitraje, que a lo largo de sus 62 años de existencia se ha posicionado como uno de los tratados internacionales más exitosos del ecosistema normativo internacional al haber sido ratificada por 166 Estados.[20]

---

[19] Folleto informativo sobre la Convención de Singapur sobre la Mediación disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1808437_sp.pdf

[20] La situación actual sobre los países que han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 puede consultarse en https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

Adicionalmente a las ventajas ya mencionadas, podemos añadir que la Convención de Singapur (i) ofrece el marco normativo necesario para dar fuerza de cosa juzgada a los acuerdos transaccionales producto de procesos de mediación internacional, (ii) promueve el estudio y el uso de la mediación a nivel mundial, (iii) facilita el comercio internacional, (iv) promueve una manera óptima y eficiente para resolver conflictos, (v) fomenta una cultura de paz y un mejor porvenir, (vi) eleva el nivel de la mediación como medio alterno de resolución de conflictos, (vii) proporciona credibilidad al proceso y (viii) reconoce y facilita su uso tanto en los sistemas legales basados en el *Common Law* como aquellos basados en el derecho civil continental.

7. EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN EN VENEZUELA

Si bien Venezuela es un país signatario de la Convención de Singapur, resulta necesario aclarar que la misma todavía no forma parte del derecho positivo de nuestro país, toda vez que, como cualquier otro tratado, la Convención requiere pasar por el procedimiento previsto en nuestra Constitución (artículo 154) para incorporarse al derecho interno, el cual incluye la aprobación de la Asamblea Nacional y la ratificación por parte del Presidente de la República.

La particular situación política por la que atraviesa Venezuela actualmente, en la que existe una dualidad de poderes legislativos y asambleas nacionales, nos podría hacer pensar que puede pasar un tiempo antes de que puedan materializarse estos requisitos constitucionales y podamos contar con esta Convención como parte de nuestro derecho interno.

No obstante, hasta que llegue ese momento, podremos beneficiarnos de su existencia estudiándola y promoviéndola.

Para hablar del futuro de la mediación en Venezuela debemos primero hacer un balance del desarrollo de los MARC durante los últimos veinte años. Este balance es sin lugar a dudas positivo. A partir de lo que conocemos como la constitucionalización de los MARC en Venezuela se han dado importantes avances que incluyen el apoyo jurisprudencial a los MARC, la inclusión de la mediación en las reformas de distintas leyes sustantivas y adjetivas, y la inclusión de materias que

tratan la mediación en los pensum de las escuelas de Derecho de un número importante de Universidades del país.

Adicionalmente, es importante destacar la labor de los principales centros de arbitraje del país[21] y muy especialmente, las actividades académicas promovidas por las principales asociaciones gremiales de Venezuela que se dedican a estudiar y promover los MARC, entre las que destacan con mucho brillo la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA, el Capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje CEA, el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila CIERC y la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil SOVEDEM.

Todas estas organizaciones trabajan con empeño por la promoción de la mediación, el arbitraje y los MARC en general, por ello merecen un reconocimiento especial y son una garantía de que el futuro cuenta con el trabajo que se requiere para promover, educar y conseguir mayor apoyo para la mediación en nuestra sociedad.

Una tarea pendiente para el futuro de la mediación en Venezuela es promover la promulgación de una ley especial de mediación. En Venezuela no contamos con una ley especial en esta materia. Esto nos pone en una posición desventajosa en comparación a países tales como Argentina, Colombia, Perú, Costa Rica, Honduras, Ecuador, México, Bolivia y España[22]. En estos países si existen leyes especiales de mediación que permiten que los acuerdos a los que lleguen las partes por medio de la mediación, tengan los efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en igualdad de condiciones a la de una sentencia judicial firme.

Desde el punto de vista práctico, el aspecto más importante que consideran los usuarios a la hora de escoger la mediación como medio de resolución de un conflicto, es la posibilidad de ejecutar los acuerdos transaccionales que sean producto de esos procesos (i.e ejecutoriedad). Resulta lógico pensar que la vía de la mediación ganará más adeptos al dotar a los arreglos concertados en el curso de este procedimiento,

---

[21] Nos referimos al Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

[22] Alejandra Mera. "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina. Diagnóstico y Debate en un Contexto de Reformas". *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Pág. 426-433.

de un régimen de ejecución ágil o de una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de una sentencia o un laudo arbitral.

Este es justamente el objetivo principal de la Convención de Singapur. No obstante, como hemos visto, esta aplica únicamente para acuerdos transaccionales con elementos de internacionalidad. Para acuerdos netamente domésticos, somos de la opinión de que Venezuela necesita una ley especial de mediación que nos provea de un régimen similar de ejecutoriedad.

Mención especial debemos hacer al Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), que en sus artículos 11.2 y 11.3 establece claramente la facultad de transformar en laudo los acuerdos al que lleguen las partes en el marco de un proceso de conciliación llevado conforme a ese Reglamento.

Estas normas del Reglamento CEDCA, se inscriben dentro de las tendencias modernas que hemos observado existen a nivel internacional en materia de ejecutoriedad de acuerdos transaccionales producidos en el marco de un procedimiento conciliatorio.

Así las cosas, consideramos que hasta tanto no exista en Venezuela una ley especial de mediación que regule estos importantes aspectos, la mejor opción posible para otorgar ejecutoriedad a un acuerdo negociado en el marco de un procedimiento de mediación, es la de convertir tales acuerdos en laudos, tal y como está previsto en el Reglamento CEDCA.

CONCLUSIONES

El uso de la mediación presenta numerosas ventajas que incluyen economía, celeridad, flexibilidad, preservación de las relaciones y confidencialidad. Todas estas ventajas la posicionan como un medio de resolución de conflictos eficiente y eficaz. Su uso es cada vez más común para la atención de conflictos en el comercio internacional. Esto se verá aún más potenciado por la entrada en vigencia de la Convención de Singapur que provee un marco normativo con especial énfasis en la ejecutabilidad de los acuerdos que sean producto de procesos de mediación comercial internacional.

Podemos anticipar que el futuro en Venezuela apunta a un mayor desarrollo del uso de la mediación. Eventualmente llegará el momento donde nos inscribiremos en la tendencia mundial de tener en vigencia la Convención de Singapur y eventualmente contar con una ley especial de mediación, que estamos seguros potenciará aún más el uso de este medio alterno de resolución de conflictos, tal y como ha ocurrido en aquellos países que cuentan con una ley especial.

Por lo pronto, debemos seguir contribuyendo a su promoción, a través de su estudio académico y la profesionalización en su práctica. Para apoyarnos en esta labor, contamos con numerosos instrumentos de *Soft Law*, tales como la Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, el Código de Buenas Prácticas en Mediación del Club Español del Arbitraje. Las Notas Orientativas sobre la Mediación de la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), y ahora, la Convención de Singapur sobre Mediación, que nos ofrecen una buena orientación sobre las mejores prácticas para el correcto uso de este medio alternativo de resolución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

CHONG, Shouyu y STEFFEK, Felix. "*Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention"*. (2019) 31 SAcLJ 448.

MERA, Alejandra, "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina. Diagnóstico y Debate en un Contexto de Reformas*". Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina.*

NEWMARK, Chris. "Modifying the Mediation Model". *Contemporary issues in international arbitration and mediation.* The Fordham papers. Edited by Arthur W. Rovine. 2012.

HIGHTON, Elena I. y ALVAREZ, Gladys S. "*Mediación para Resolver Conflictos."* 2004.

HOET-LINARES, Franklin. *"La Mediación administración y negociación de justicia alterna"*.

Mackie, Karl, David Miles, William Marsh y Tony Allen, *"The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution"*, 2000.

RAMÍREZ LEÓN, José A. *"*Why Further Development of ADR in Latin America Makes Sense: The Venezuelan Model*", Journal of Dispute Resolution.* 2005.

SCHNABEL, Timothy, "*The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements"* (2019). 19 Pepp Disp Resol LJ.

SILVESTRI, Elisabetta. *"The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?"*

STIPANOWICH, Thomas, "ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume I, Issue 3, (2004)

WANIS-ST. JOHN, Anthony, *"*Implementing ADR in transitioning states: Lessons learned from practice*"*. 5 *Harvard Negotiation Law Review.* 2000.

Legislación y jurisprudencia:

Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Mediación. Vigente a partir del 1° de enero de 2014. Disponible en: Disponible en https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/

Cámara de Comercio Internacional. "Notas orientativas sobre la mediación". Disponible en Disponible en http://www.icccostarica.com/images/Arbitraje/ICC_Notas_orientativas_Mediacion.pdf

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCEDCA-2020.-Versi%C3%B3n-14-01-2020-Con-C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-Nuevo.pdf

Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Disponible en https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf

Club Español del Arbitraje. Código de Buenas Prácticas en Mediación.

Disponible en https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/CODIGO_CEA_PRACTICAS_MEDIACION-B.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional. Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación. Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements

Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpresa por error material del ente emisor en la Gaceta Oficial Nro. 5.453 extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1.541, del 17 de octubre de 2008, caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución, Magistrado ponente: Luisa Estella Morales.

RESUMEN

El 7 de agosto de 2019, el tratado multilateral denominado "Convención de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación[23]" (conocida como la Convención de Singapur sobre Mediación), fue puesto a disposición para su firma, en una ceremonia oficial celebrada en Singapur. En ese momento, 46 Estados, incluyendo a la República Bolivariana de Venezuela, firmaron la Convención. El propósito de este trabajo es analizar los aspectos más relevantes de la Convención de Singapur sobre Mediación, incluyendo sus antecedentes, ámbito de aplicación, principios generales y principales características, finalizando con un análisis sobre sus potenciales beneficios y significación para la promoción del uso de la mediación como medio alterno de resolución de conflictos en Venezuela.

PALABRAS CLAVES

Convención de Singapur, Mediación,
Conciliación,
MARC,
Medios alternos de resolución de conflictos.

[23] Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements

The Singapore Convention and the Future of Mediation in Venezuela

ABSTRACT

On August 7, 2019, the multilateral treaty called "United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation" (known as the Singapore Convention on Mediation), became open for signature, in an official ceremony held in Singapore. At that time, 46 states, including the Bolivarian Republic of Venezuela, signed the Convention. The purpose of this paper is to analyze the most relevant aspects of the Singapore Convention on Mediation, including its background, scope of application, general principles and main characteristics, ending with an analysis of its potential benefits and significance for promoting the use of mediation as an alternative method of dispute resolution in Venezuela.

KEYWORDS

Singapore Convention,
Mediation, Conciliation,
ADR,
Alternative dispute resolution

VIDEOCONFERENCIA ILEGITIMIDAD DE LA LLAMADA LEY ANTOBLOQUEO. 26 DE NOVIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN AL FORO A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

Páginas: 1059-1166 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar esta video conferencia sobre la auto llamada ***Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos***. La transmisión de este foro es posible gracias al patrocinio tecnológico de la ***Fundación Universitas.***

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales comprometida con su función de reivindicar los valores del estado de derecho y de la democracia en Venezuela, expresó a la sociedad venezolana su absoluto rechazo a la autodenominada **"Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos"**, dictada por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y publicada en la ***Gaceta Oficial*** N° 6583 del 12 de octubre de 2020.

Esta Corporación académica alertó a la comunidad nacional e internacional sobre la nulidad e ineficacia de esa vía de hecho normativa que pretende subvertir definitivamente el orden jurídico venezolano, para implementar en forma encubierta un **"cambio de legislación económica"** que busca, entre otros, privatizar bienes públicos de forma indiscriminada y opaca, a partir de una facultad para desaplicar selectivamente normas vigentes. Todo esto en violación de la Constitución de la República, la seguridad jurídica y los derechos de los venezolanos.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales confirmó, una vez más, la ilegitimidad de origen de la ANC[1], cuyo propósito espurio es usurpar la soberanía popular representativa de la Asamblea Nacional[2]. Señaló que la llamada **"ley constitucional"**, ni es ley ni es constitucional. Es un acto de fuerza de la usurpadora ANC que pretende sustituirse en las competencias legislativas y de control de la Asamblea Nacional, que son de su exclusiva y excluyente atribución, para derogar,

[1] Ver Pronunciamiento de las Academias Nacionales de fecha 15 de agosto de 2017

[2] Ver Pronunciamiento de esta Academia de 5 de diciembre de 2017 sobre la "Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia" dictada por la Asamblea Nacional Constituyente".

deslegalizar y desquiciar, singularmente, todo el ordenamiento jurídico vigente vinculado a la disposición de bienes públicos, en evidente transgresión del interés de todos los venezolanos.

La Academia alertó que, la llamada **"Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos"** rompe frontalmente con el ordenamiento jurídico, para:

a. Crear un pretendido marco normativo de rango supra legal, violentando la supremacía constitucional y el orden jerárquico de las fuentes de creación del derecho (disposición transitoria primera), en infracción del artículo 7 constitucional;
b. Facultar sin límites al régimen para **"inaplicar"** en casos específicos las normas de rango legal que estime necesarias, cuya aplicación considere **"…imposible o contraproducente como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o privativa"**, con el fin de suplir las normas desplazadas para perseguir los sedicentes propósitos de la Ley (art. 19);
c. Permitir al régimen la suscripción de **"tratados, acuerdos y convenios internacionales, bilaterales o multilaterales"** (art. 10), con el fin de eludir la necesaria aprobación de estos instrumentos mediante ley de la Asamblea Nacional, como lo exige el artículo 154 constitucional;
d. Establecer una declaratoria de **"secretos y reservados"** para todos **"…los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de algunas medidas"** (art. 42), establecidas en la llamada **"ley"** que **"suponga la inaplicación de las normas de rango legal o sublegal"** para alcanzar sus fines, todo ello en violación del derecho fundamental a la buena administración, esto es, el régimen legal de honestidad, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública con sometimiento pleno a la ley y el derecho, y el derecho de acceso a la información administrativa y a los documentos públicos, que exigen a la Administración Pública los artículos 141 y 143 constitucionales y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

Este andamiaje disruptivo confiesa su deliberado propósito de facilitar, al margen del orden jurídico, la generación de **"ingresos adicionales y obtención de divisas"**, a través de la liquidación, en secreto, de activos públicos, fuera de los mecanismos ordinarios de control presupuestario, bajo una contabilidad separada y en abierta violación del principio de unidad del tesoro, todo en violación de los artículos 311 al 315 de la Constitución, con el pretexto falso de contrarrestar los efectos de llamadas **"medidas coercitivas"** o **"medidas punitivas"** que se atribuyen a agentes extranjeros.

De forma inconexa se enuncian acciones que evidencian el despropósito de liquidar el menguado patrimonio de la Nación, incluso endeudarla, mediante la desaplicación intencional del régimen administrativo de contratación pública y de concesiones, especialmente los controles de la Asamblea Nacional sobre el crédito público y la contratación de interés nacional.

Señoras y señores académicos:

El nexo entre la corrupción y las graves violaciones de los derechos humanos, derivado de los beneficios económicos personales del saqueo de los bienes y órganos del Estado, constituye un fuerte incentivo para que los agentes gubernamentales mantengan el poder y garanticen la impunidad. Así lo determinó la Misión Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en su informe conclusivo presentado recientemente al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[3], como un elemento de la crisis de Venezuela que merece una investigación más profunda.

Es especialmente reprochable que el régimen pretenda justificar este nuevo atentado a la Constitución al plantearlo como necesario para la protección de los (i) **"derechos humanos del pueblo venezolano"**, (ii) **"…el patrimonio de la República**" y (iii) los **"principios y valores constitucionales y de Derecho Internacional Público, entre ellos la paz y estabilidad internacional e incluso la prohibición del uso**

[3] Consejo de Derechos Humanos, Cuadragésimo quinto período de sesiones, 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020, Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* A/HRC/45/CRP.11, 15 de septiembre de 2020.

de la fuerza" (art.5), cuando en sí misma, la abyecta violación de la Constitución es: (i) una infracción directa de los derechos humanos de los venezolanos, (ii) una invitación grave para el expolio del patrimonio de la República y (iii) una flagrante transgresión de los principios de supremacía, carácter vinculante e inderogable de la Constitución y del orden legal preexistente.

A todas estas consideraciones dedicamos la presente video conferencia de la mano de profesionales y académicos connotados en la materia política, constitucional y administrativa, sobre derechos humanos y sobre transparencia institucional.

En primer lugar, intervendrá el académico Ramón Guillermo Aveledo para comentar sobre la complejidad y agravamiento de nuestra situación político-institucional por incidencia de la llamada ley antibloqueo. Así como los obstáculos que habrá de superar cualquier transición.

Los aspectos sobre la pretensión ***desconstitucionalizadora*** en la llamada ley Antibloqueo serán expuestos por la Profesora Margarita Escudero.

Las explicaciones sobre el despropósito asociado al pretendido poder ***deslegalizador*** o para inaplicar normas legales y reglamentarias ***ad hoc*** y, sustituirlas discrecionalmente por otras, estará a cargo del académico profesor José Antonio Muci Borjas.

Tenemos el honor de contar con la participación del Dr. Pedro Vaca, Relator de Libertad de Expresión de la CIDH, quien explicará (i) las bases conceptuales y aplicativas del principio de "*transparencia de las actividades gubernamentales*", como componente fundamental de la democracia y expresión del derecho humano fundamental a la información. Y (ii) sobre los ***estándares*** internacionales de acceso a la información de interés público que constan en los archivos y documentos de las administraciones públicas.

La economía no responde positivamente al ejercicio irracional del poder. No será un acto normativo inválido ni una gestión de gobierno arbitraria, lo que logren encauzar la economía, mucho menos, aplicando la misma receta que la condujo a su ruina. Así lo afirma el académico Juan Cristóbal Carmona quien tendrá a su cargo las implicaciones económicas de la pretendida ley.

Sin menoscabo de la radical inconstitucionalidad e inexistencia de origen de la llamada "Ley Constitucional", su objetivo es dar rienda suelta al decisionismo y la arbitrariedad, parapetándose en un leguaje ampuloso y falaz. Los aspectos sobre la manipulación del lenguaje y las deformaciones de la ***neolengua*** del poder en la sedicente "Ley antibloqueo", serán presentadas por el académico Dr. Ramón Escovar León, haciendo especial referencia al pensamiento del filósofo político y jurídico alemán Carl Schmitt.

Finalmente, las implicaciones sobre la opacidad y la discrecionalidad en la pretendida ley serán expuestas por la Dra. Mercedes De Freitas.

Una vez más, el derecho es instrumentalizado por el régimen para imponer su voluntad política. En esta ocasión, el derecho es manipulado hasta el grado del oprobio, para imponer una "distópica licencia para violar el orden jurídico a discreción, de forma indefinida y sustituirlo por el capricho y la conveniencia oficial", abriendo las puertas al saqueo y la corrupción.

De más está decir que, todo lo que se concrete en base a los negocios ***ad-hoc*** creados en base a esta pretendida inaplicación ejecutiva, serán nulos por manifiesta contrariedad al derecho y no producirán efecto alguno.

Para finalizar nuestro más sincero agradecimiento a nuestros panelistas por su invalorable aporte y al académico Rafael Badell Madrid por la impecable organización y moderación del foro.

En nombre de las Academia de Ciencias Políticas y Sociales sean todos bienvenidos a esta video conferencia. Mis mejores deseos de provecho y éxito en las exposiciones que siguen.

Muchísimas gracias a todos

Ft. Lauderdale, 26 de noviembre de 2020

Para dar por terminado la instalación de este foro, quiero agradecer al público presente por su compañía y a los ponentes por sus valiosos aportes y explicaciones sobre las implicaciones de esta llamada ley antibloqueo, un expediente radicalmente premoderno, regresivo de los derechos y libertades civiles, antidemocrático, que degrada aún más la

institucionalidad del país, consolidando el proyecto autoritario usurpador que hoy subyuga y perjudica a todos los venezolanos.

Esto nos compromete aún más en la recuperación del estado de Derecho y la democracia.

LA PARADOJA DEL AVANCE REGRESIVO (IMPLICACIONES POLÍTICAS DE UNA "LEY CONSTITUYENTE").

DR. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO.*

* Profesor Titular Universidad Metropolitana y Profesor en la Maestría en Derecho Constitucional y el Doctorado en Derecho de la UCAB. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

La llamada "Ley Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los DDHH" será analizada en sus múltiples detalles por los distinguidos ponentes que irán interviniendo a continuación.

Por lo pronto, me limitaré a resumir ciertos datos fundamentales, suficientes para ilustrar mi argumentación acerca de su significado en el sistema político.

Se nos presenta con la forma de "ley constitucional", asociable de suyo al autoritarismo pues se equipara en la práctica a la Constitución sin someterse a las formalidades exigidas para modificar ésta. Es inexistente en el orden venezolano y no puede aceptársele sin alterar la supremacía constitucional.

Prevengo aquí, debo hacerlo, ante una inclinación doctrinal a confundir como "leyes constitucionales" a las prescritas en el artículo 157 constitucional "a fin de promover la descentralización", política nacional cuyo propósito se expresa en el artículo siguiente y que a mi entender, debe leerse con el 184 *ejusdem*. No otorga una licencia abierta para la creatividad. Es, al contrario, una facultad encausada a objetivos específicos y dentro de cauces concretos. Leyes son las que definen más adelante los artículos 202 y 203 CRBV. La realidad impone una interpretación estricta en este caso. La necesaria flexibilidad constitucional está prevista para cumplir los objetivos de la Constitución, nunca puede ser autodestructiva.

En el articulado sancionado por la espuria ANC encontraremos sus rasgos definitorios: Afecta a todo el Poder Público y a todas las personas naturales y jurídicas; sus disposiciones autorizan al Ejecutivo a desaplicar cualquier otra "cuando sea necesario" y tienen "aplicación preferente" a toda otra norma de la República, independientemente de su jerarquía incluso los tratados; posee efectos retroactivos; establece mecanismos excepcionales de contratación y privatización, secreto y eliminación de controles. A contravía de la Constitución que lo crea

como "órgano superior de consulta", atribuye al Consejo de Estado competencias ejecutivas y contraloras *ad hoc*.

Ese esquema nos facilitará comprender la naturaleza del paso dado por el poder.

¿Es esta "ley" un elemento nuevo que transforma el sistema político venezolano o más bien la consecuencia de una noción del poder político que tiene años en desarrollo en nuestro país?

Me inclino por lo segundo y al hacerlo, lejos de atenuar su significado y efecto nocivos, entiendo que el problema de fondo se expande y acentúa. No hay mayor novedad, pero sí mayor gravedad. Estamos ante la paradoja venezolana del avance regresivo.

Para comprenderlo, no bastaría con agregar a Venezuela a la lista de "democracias iliberales" como catalogaba en 1997 Zakaria[1], a aquellos países en los cuales "líderes elegidos usaron su poder otorgado democráticamente por el pueblo, para socavar el imperio de la ley, recortar los derechos de los ciudadanos y ahuecar sus instituciones". No obstante los elementos comunes, nuestro caso es mucho más que eso. La racionalidad del desordenado "orden" político nacional expresada en la "ley" de marras se encuentra muy lejos en la historia. Se remonta al absolutismo[2], por lo cual es manifestación del avance de una gravísima regresión.

El proceso político iniciado en Venezuela a partir de la elección de Hugo Chávez en diciembre de 1998, ha sido definido por sus promotores y autores como una revolución. Para hablar con mayor exactitud terminológica, como "La Revolución", pues los caracteres único y exclusivo son de la naturaleza de ese concepto. Perderíamos el tiempo discutiendo si en efecto lo es. Lo importante aquí es la autoimagen de sus agentes y por lo tanto su propósito. Este dato adquiere mayor relevancia si se toma en cuenta que ese grupo y sus políticas han permanecido en la dirección del Estado durante veintiún años, a lo largo de los cuales han ido desconociendo progresivamente, de hecho y formalmente, sus bases y estructura, así como las garantías, axiológicas y dispositivas, de su funcionamiento democrático.

---

1 Fareed Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*. En *Foreign Affairs* Nov-Dec 1997. 76,6

2 Ver R.G. Aveledo, *Yo, Legislador* en Últimas Noticias. Caracas, 21 de octubre 2020.

Instalado el grupo dirigente por decisión libre del electorado venezolano, el proceso revolucionario no podía desarrollarse con la brusquedad y a la velocidad que suele ocurrir cuando la toma del poder es por vía violenta del golpe de estado o la insurrección triunfante.

Las revoluciones tienen una primera fase destructiva del orden precedente y cuando se consideran consolidadas, pasan a formalizarse dictando su constitución, como ocurrió en los casos cercanos de Cuba y Chile, naciones latinoamericanas que han experimentado revoluciones de distinto signo.

En Cuba, la Ley Fundamental de 1959 decidió la vigencia de la Carta de 1940 con ajustes que facilitaran su ejercicio del poder, pero fue en 1976, diecisiete años después que se "puso fin a la provisionalidad del Estado revolucionario"[3] en palabras del propio Fidel Castro, al dictar su Constitución.

En Chile fue en 1980, casualmente a diecisiete años de instaurado el régimen militar que se dictó la Constitución[4] sustitutiva de la de 1925, parcialmente suspendida, modificada y derogada a partir del 11 de septiembre de 1973.

La venezolana es una revolución de constitucionalización temprana. Chávez había prometido una Constituyente para "refundar la República" y así la convocó. Antes de finalizar el primer año de su gobierno ésta concluyó sus labores y sometió a referendo lo aprobado. Sus planes así lo requerían. Había alcanzado la Presidencia bajo el imperio de una constitución. No afirmo con esto que ya hubiera entonces un plan acabado en detalle, pero sí una dirección definida para la cual necesitaba el control de todo el poder.

La constitucionalización temprana del proceso condicionaría su desarrollo. Al implicar la supremacía constitucional límites, eran predecibles las colisiones entre la intención del poder y las normas regulatorias sus actos, con lo cual se fue estableciendo *de facto* un principio que podríamos resumir como *In dubio pro revolution.* En caso de duda, se resuelve a favor del propósito revolucionario.

---

[3] Fidel Castro Ruz, *Discurso en el XX Aniversario del Granma*. Teatro Carlos Marx, La Habana 2 de diciembre de 1976.

[4] Aún vigente aunque con varias reformas y en trance de sustituirse por una nueva en el proceso constituyente en marcha.

Esta "doctrina" no es una humorada nacida del imperio del mero hecho. Está presente desde el discurso en la apertura del Año Judicial 2001 a cargo del magistrado J.M. Delgado Ocando, profesor de Filosofía del Derecho en LUZ, con su tesis de la "transitoriedad necesaria u ontológica", continuó en otros discursos en ocasión similar en el más alto tribunal de la República; en 2005 al desarrollar Mora Díaz la idea de "justicia revolucionaria"; en 2011 Vegas Torrealba expone que "papel de los jueces es dar su aporte a la construcción de la patria socialista"; o en 2012 Delgado Rosales, hijo del primero de los mencionados, quien trae la visión schmittiana del "Estado total"[5]. Por cierto de Carl Schmitt[6] es una noción de "ley constitucional" para la cual, sin embargo establece requisitos.

La "doctrina" de los magistrados, a la medida de los designios del poder, se expresa reiteradamente en jurisprudencia del TSJ con anterioridad a 2015, en aval de actos del Ejecutivo contra decisiones de los votantes a nivel regional y local o al permitir la implantación por vía legislativa de la reforma constitucional negada en referendo de 2007. Con la reacción al resultado electoral parlamentario de 2015 y las sentencias de 2016 en adelante contra la representación popular en la Asamblea Nacional, se hace obvia e indisimulable, como con el prolongado Estado de Excepción. Tiene continuidad en 2017 con la convocatoria a la nueva ANC, en la cual han visto con claridad Ayala y Chavero la manifestación de un "Leviatán de la democracia", suerte de hobbesianismo postmoderno[7]. El *corpus* doctrinario del grupo en el poder se afinca en tres bastiones: (1) La preeminencia de los objetivos del régimen por sobre las reglas constitucionales de la democracia; (2) La preeminencia en lo declarativo-legitimador de los derechos económicos y sociales por sobre todos los demás derechos reconocidos y garantías establecidas en

---

5 Ver, R.G. Aveledo, *Judicialización de la Política, Politización de la Justicia* en *Estado de Derecho y represión en Venezuela*. Libro con las ponencias de la XXXIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara "Ricardo Hernández Álvarez-Librería J. Rincón. Barquisimeto,2014.

6 Filósofo y jurista alemán (Plattenberg, 1888-1985), miembro prominente del partido nacional socialista.

7 Carlos Ayala Corao y Rafael Chavero Gazdik, *La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (2017-2019) El Leviatán de la democracia.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019.

la Constitución; y (3) La resistencia a aceptar la separación y distribución constitucional de poderes.

En artículo reciente, nuestro compañero académico Luis Ugalde habla de "Capitulación" [8] por parte de la Revolución Socialista con motivo de su análisis de la "ley" que comentamos hoy. Sustenta su argumento en la realidad del giro anunciado hacia la asociación con capital privado nacional y extranjero e incluso la privatización. Es una orientación que en el propio seno del régimen vienen promoviendo varios factores influyentes en la coalición de poder. Pero ese viraje pragmático, animado por la aspiración de subsistencia, se hace sin renunciar a la arbitrariedad discrecional que es el rasgo definitorio del sistema político de fondo. Además, no creo que esté en el pensamiento de sus decisores una búsqueda de entendimientos con el empresariado real, reconocido, sea nacional o foráneo, lo cual podría poner en entredicho su proyecto de poder. Es predecible que las sociedades, concesiones o privatizaciones sean con extranjeros provenientes o relacionados con países aliados, con nacionales "de confianza", conectados o como se ha dado en llamar, "enchufados" o eventualmente con grupos de cualquier origen, proclives a la aventura especulativa y el aprovechamiento de oportunidades con alto riesgo, conocidos como "capitales corrosivos".

El estatismo de origen ideológico ha sido una constante y es una vocación, pero puede sacrificársele, algunos creen que coyunturalmente, en el altar de la permanencia en el poder que es prioritaria. De un poder que se concibe y se ejerce sin sujeción a reglas ni reconocimiento de otros límites que los fácticos.

Las características del sistema político que pretende imponerse en Venezuela, puestas de manifiesto en la "legislación" que comentamos son:

1. La discrecionalidad más amplia por parte del gobernante. Se aspira a un poder sin límites, sea en cuanto a las competencias y atribuciones, a los controles o al tiempo.

[8] Luis Ugalde, S.J., *Capitulación Revolucionaria* (artículo) en *El Nacional*. Caracas, 31 de octubre 2020.

Esto implica, un debilitamiento de los ciudadanos.

2. La Preeminencia del Poder Ejecutivo Nacional sobre las demás ramas del Poder Público. La cual se verifica en el contexto de una identidad Nación-Estado- Poder Ejecutivo-Partido. El estudio colectivo coordinado por los doctores Brewer y García Soto ha advertido sobre las implicaciones de esta noción[9], pues el "desprecio a la Constitución" en la realidad sería la superficie de una corriente profunda de desprecio a la constitucionalidad y a la democracia misma. Con la progresiva abolición del pluralismo.
3. La preeminencia de los derechos colectivos sobre los individuales y de los sociales y económicos sobre todos los demás Derechos Humanos. Preeminencia discursiva, se entiende, con fines de propaganda y de justificación de actos, frecuentemente arbitrarios, del poder.

La prolija carta de derechos de la Constitución, amplia, detallada y resguardada como nunca se había visto, ha sido reducida en el discurso político del poder, en sus actos gubernativos, legislativos y jurisdiccionales.

La jurisprudencia reiterada y la imposición por esa vía y la de la legislación, de la decisión del Ejecutivo de llevar adelante la reforma constitucional que el electorado rechazó el 2 de diciembre de 2007, han disuelto el sentido integral de los Derechos Humanos como resguardo y promoción de la dignidad de la persona con pretextos de signo colectivista.

En el sistema que se viene imponiendo, a despecho de la Constitución y contra la resistencia del pueblo venezolano, cabe preguntarse ¿Dónde reside el poder?

Evidentemente, no en el pueblo. A juzgar por los hechos, las modificaciones al ordenamiento legal y el discurso oficial, su origen ya no

[9] Ver, VVAA: *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en* 2017. Allan Randoph Brewer Carías y Carlos García Soto (Coordinadores) Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017.

es el voto. Más bien la voluntad del grupo en el poder, sustentada en la fuerza y legitimada en la narrativa revolucionaria. Su carácter democrático queda comprometido al no someterse al mandato de la ciudadanía ni aceptar los cauces del Estado de Derecho.

En cuanto a su estructura es clasista y estamental, por lo mismo esencialmente antirepublicana.

Desde hace mucho he disputado el uso de la categoría "clase política" por su connotación netamente antipolítica de grupo excluyente, no permeable ni modificable. Sin embargo, es lo que viene imponiéndose en los hechos. Una clase dominante cerrada que monopoliza el poder, la cual de su mano se completa y/o se confunde, con un empresariado nacional o extranjero relacionado, derivado del poder y a éste conectado existencialmente. Un grupo político-social-económico con vocación exclusiva y excluyente.

Igualmente, hemos visto como "Estamento militar" es una categoría que se ha usado también impropiamente. Los militares son una profesión y una organización al servicio del Estado, pero por el papel político y económico que le ha sido atribuido, por cierto también contrario a la Constitución, el sector castrense venezolano tiende a convertirse en un estamento.[10]

La carta de naturaleza de naturaleza de uno y otro fenómeno, clasismo y estamentalismo, es pre-republicana y pre-democrática.

Este cuadro nos muestra la complejidad de nuestra situación político-institucional, así como los obstáculos que habrá de superar cualquier transición.

---

[10] "Clase Política" como ha sido vulgarizada comunicacional y coloquialmente e incluso por el discurso politológico prescinde, por interés o ligereza de datos que le son centrales. La acuñó Gaetano Mosca (1858-1941) pensador y político conservador del período monárquico italiano, con una connotación de elitismo. Más afín a la "clase funcionarial" del Imperio Chino que a un liderazgo democrático del cual se entra y se sale. Sus *Elementi di Scienza Politica* son de 1896 (Parte I) a treinta y cinco años del reinado de Humberto I y 1923 (Parte II), el año siguiente a la Marcha sobre Roma del fascismo.
Estamental es el tipo de sociedad de división rígidamente diferenciada, como la que se expresa en los "*États*" franceses; el bicameralismo original británico de Lores (Aristócratas y Clérigos) y Comunes (Plebeyos) o la denominación de la cámara alta del parlamento español como "Estamento de los Próceres" según el Estatuto Real de 1834.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y HEMEROGRÁFICAS

AYALA CORAO, Carlos y CHAVERO GAZDIK, Rafael: *La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (2017-2019) El Leviatán de la democracia.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019.

CASTRO RUZ, Fidel: *Discurso en el XX Aniversario del Granma*. Teatro Carlos Marx, La Habana 2 de diciembre de 1976

UGALDE, S.J Luis.: *Capitulación Revolucionaria* (artículo) en *El Nacional*. Caracas, 31 de octubre 2020.

ZAKARIA, Fareed: *The Rise of Illiberal Democracy.* En *Foreign Affairs Nov-Dec 1997. 76,6*

AVELEDO, Ramón G.: *Yo, Legislador* en Últimas Noticias. Caracas, 21 de octubre 2020.

VVAA: *Estado de Derecho y represión en Venezuela*. Libro con las ponencias de la XXXIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara "Ricardo Hernández Álvarez-Librería J. Rincón. Barquisimeto, 2014.

VVAA: *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en* 2017. Brewer Carías, Allan Randoph y García Soto, Carlos (Coordinadores). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017.

EL ESTADO SOY YO
LA ENCUBIERTA ABOLICIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO POR OBRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.*

PROF. JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS.**

SUMARIO

Sección I. Introducción. §1. Brevísimas reflexiones sobre el acto y su autor. §2. La falta de correspondencia entre el articulado de la mal llamada Ley y los fines que ésta declara perseguir. Sección II. La inaplicación ejecutiva de normas legales y reglamentarias. §1. Antecedentes: La institución de la "inaplicación" en el ordenamiento jurídico venezolano. §2. La inaplicación según la mal llamada ley. §3. Juicio crítico sobre la "inaplicación" prevista en la mal llamada ley. A) Las leyes sancionadas por el Poder Legislativo dejan de ser obligatorias. B) Las leyes dejan de ser generales. C) La minusvalía del principio constitucional de división del Poder Público. D) El derecho fundamental a la igualdad –a la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley– no obliga al Ejecutivo Nacional Sección III. Una reflexión final sobre el secreto y sus consecuencias. Sección IV. A modo de conclusión.

---

* Texto de la conferencia pronunciada el día 26 de noviembre de 2020, en el marco del Foro, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, intitulado "Ilegitimidad de la llamada ley antibloqueo".

** Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1177-1190 ISSN: 0798-1457

SECCIÓN I. INTRODUCCIÓN

Nos corresponde disertar sobre la Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos[1]. Pero ignoremos el nombre que identifica a ese instrumento. Ignorémoslo, decía, porque para hacerle justicia a su "ley", la Asamblea Nacional Constituyente debió haber escogido un título que más bien aludiese a los poderes dictatoriales —sí, de carácter dictatorial— concedidos a quien hace las veces de Presidente de la República con base en una elección que ha sido objeto de condena tanto nacional como internacionalmente[2].

§1. Brevísimas reflexiones sobre el acto y su autor

Un puñado de precisiones conceptuales resultan necesarias. Muy brevemente, el acto objeto de nuestros comentarios:

1. Primero, fue aprobado por un órgano ilegítimo. Recordemos que la Asamblea Nacional Constituyente fue el resultado de una elección celebrada al margen de la Constitución[3].
2. Segundo, fue aprobado por un órgano manifiestamente incompetente. Ciertamente, de acuerdo con nuestra Constitución, una Asamblea Nacional Constituyente tiene por única misión la redacción de una nueva constitución[4]. Solo eso.

---

1 *Gaceta Oficial de la República* N° 6.583 Extraordinario, del 12 de octubre de 2020

2 *Vid*. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el Decreto Constituyente que convoca Elecciones para la Presidencia de la República, del 15 de febrero de 2018.

3 *Vid*. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las bases comiciales decretadas para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, del 4 de julio de 2017.

4 De conformidad con el artículo 347 de la Constitución, «el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una

3. Tercero, no es ley. De conformidad con la Constitución la sanción de las leyes corresponde —en exclusiva— a la Asamblea Nacional[5].

§2. La falta de correspondencia entre el articulado de la mal llamada Ley y los fines que ésta declara perseguir

Así como es engañoso el título, también lo es su articulado.

Tomemos, *e.g.*, el artículo 3° de la mal llamada ley. En él se proclama que el instrumento tiene por finalidad «garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos del pueblo venezolano». Pero esa es una declaración vacua. Es vacua, decíamos, porque de seguida el artículo 37 de la mal llamada ley suprime el derecho a buscar y recibir información acerca de las actuaciones que el Ejecutivo Nacional realice con base en aquélla[6]. La primera de las víctimas de la mal llamada ley es, pues, el derecho fundamental a la información, reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocado en el numeral 3° de la

---

Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución».

5 Según el artículo 202 de la Constitución, «la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos».

6 De acuerdo con el artículo 37 de la mal llamada Ley establecen «… se crea un régimen transitorio en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial y secreto destinado a proteger y asegurar la efectividad de las decisiones tomadas por el Poder Público venezolano, en el marco de la protección del Estado contra las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas». Los artículos 39, 40 y 41 eiusdem agregan respectivamente, que «las máximas autoridades de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada, por razones de interés y conveniencia nacional, podrán otorgar el carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia, que en cumplimiento de sus funciones estén conociendo, en aplicación de esta Ley Constitucional. La calificación como reservado, confidencial o de divulgación limitada se hará por acto debidamente motivado, por tiempo determinado y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos adversos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas impuestas»; que «la documentación calificada como confidencial será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad. Cada cuerpo separado que contenga documentación confidencial o reservada, deberá contener en su portada la advertencia correspondiente, expresando la restricción en el acceso y divulgación y las responsabilidades a que hubiera lugar para aquellos funcionarios o personas que puedan infringir el régimen respectivo»; y, que «se prohíbe el acceso a documentación que haya sido calificada como confidencial o reservada, así como tampoco podrán expedirse copias simples ni certificadas de la misma».

norma objeto de estos comentarios preliminares, que la mal llamada ley declara falsamente proteger.

Con estas breves reflexiones como telón de fondo, pasemos revista a la potestad que la mal llamada Ley concede al Ejecutivo Nacional para dejar de aplicar normas legales y reglamentarias.

SECCIÓN II. LA INAPLICACIÓN EJECUTIVA DE NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS

§1. Antecedentes: La institución de la "inaplicación" en el ordenamiento jurídico venezolano

En nuestro Derecho, la potestad para "inaplicar" normas legales y reglamentarias ha sido tradicionalmente reconocida a los tribunales de justicia. El término lo emplea el artículo 3° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucional[7], regulador el amparo contra normas, que habilita al Poder Judicial para inaplicar normas que violen o amenacen con violar la Constitución. El artículo 3° reza textualmente así:

> «También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar *la inaplicación de la norma* impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión. La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad».

Aunque no emplean los vocablos inaplicar ni inaplicación, los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil

[7] *Gaceta Oficial de la República* N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988. Vid. Muci Borjas, José Antonio, La excepción de ilegalidad en el Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 49-50.

también confieren a los jueces poder para dejar de aplicar normas legales o reglamentarias. Los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil establecen, respectivamente, (i) que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales de la causa, aun de oficio, decidir lo conducente, y (ii) que cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán esta última con preferencia.

En síntesis, la potestad reconocida a los tribunales de la República para controlar las leyes y actos administrativos de efectos generales incidentalmente (*incidenter tantum*), a través del control difuso de constitucionalidad, debe ser ejercida en juicio contradictorio y es el resultado del ejercicio de función jurisdiccional.

La sentencia en virtud de la cual se desaplica una norma tiene carácter declarativo por lo que a esa desaplicación se refiere, pues el juez se limita a ignorar o desatender, en todo o en parte, el mandato legal contenido en la norma —legal o reglamentaria— cuya aplicación al caso sometido a su conocimiento no puede ser conciliada con la Constitución. El juez, dicho en otros términos, no se pronuncia sobre la validez abstracta de la norma; no la anula con efectos *erga omnes*, como ocurre en el control concentrado de la constitucionalidad, que suprime o priva de existencia a la norma impugnada de manera definitiva. Por el contrario, el pronunciamiento judicial tiene por único propósito desconocerle a la norma su *eficacia* para servir de fundamento a la decisión con la cual ha de zanjarse una controversia específica, habida consideración de su falta de idoneidad para servir de fundamento a una resolución judicial justa. A diferencia de la anulación, que incide directamente sobre la existencia misma el acto, normativo en este caso, pues lo borra o elimina del mundo del Derecho, la desaplicación incide o concierne sólo sobre los *efectos* de dicho acto, sin cuestionar su supervivencia; y por causa de ese pronunciamiento en torno a la desaplicación, que sólo tiene o produce efectos *inter partes*, el juez termina decidiendo –*tanquam non est*– con base en una regla de Derecho distinta a la desaplicada[8].

[8] Sobre el control difuso de constitucionalidad consúltense Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen VI (La jurisdicción contencioso-administrativa, Edi-

§2. La inaplicación según la mal llamada ley

El artículo 19 de la mal llamada ley emplea el vocablo inaplicar normas legales y reglamentarias. Pero el empleo de los vocablos inaplicar e inaplicación es lo único que tienen en común el artículo 19, por una parte, y por la otra, las normas constitucionales y legales mencionadas con anterioridad.

¿Qué contempla exactamente el artículo 19 de la mal llamada ley? ¿Cuáles son las singularidades del poder que la norma contempla? Veamos.

1. Primero, según el artículo 19 es el *Ejecutivo Nacional* quien puede ejercer el poder para inaplicar normas legales y reglamentarias.
   El término o expresión Ejecutivo Nacional incluye, *inter alia*, al Presidente de la República, obrando individualmente o en Consejo de Ministros, el Vicepresidente de la República, los Ministros y el Procurador General de la República[9]. Son estas, pues, las autoridades a las que se les reconoce potestad para dejar de obrar con sometimiento pleno a las leyes aprobadas por el Poder Legislativo.
2. Segundo, el poder para «*inaplicar*, para casos específicos[,] normas de rango legal o sublegal» puede ser ejercido cuando la observancia de tales normas «resulte imposible o contraproducente»[10].

---

torial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp.186-187; y, José Antonio Muci Borjas, *La excepción de ilegalidad en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 51-59.

9 *Vid*. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2.724, del 18 de diciembre de 2001, asunto *Jhonny García et al.*; y, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 142, del 28 de noviembre de 1988, asunto *Estrella Sobeida et al.*; y, Allan R. Brewer-Carías *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 15–16.

10 El artículo 19 establece textualmente lo siguiente: «Cuando resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas generan a la actividad administrativa, o cuando ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano frente a cualquier acto de despojo o inmovilización, o a mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan el flujo de divisas, el Ejecutivo Nacional procederá a *inaplicar, para casos específicos, aquellas normas de rango legal o sublegal cuya*

Por el contexto en que se emplean, con el vocablo "imposible" se alude a situaciones en que sea sumamente difícil cumplir con el mandato legal; con la voz "contraproducente" se hace referencia a los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la observancia del deber legalmente impuesto. A fin de cuentas, uno y otro término parecieran aludir a la mismo: la inconveniencia del respeto a lo mandado por las leyes.

3. Tercero, el poder atribuido por el artículo 19 puede ser empleado cuando (i) resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas, adoptadas por otros Estados, puedan estar generando a la actividad administrativa, (ii) ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano o (iii) mitigue los efectos de las medidas, adoptadas por otros Estados, que afecten el flujo de divisas.
4. Cuarto, la inaplicación ha de hacerse «para casos específicos», o sea, para negocios jurídicos concreto, determinados.

Las circunstancias anotadas, particularmente las primeras tres, ponen de bulto que la inaplicación prevista por el artículo 19 es radicalmente distinta a la inaplicación contempladas por la Constitución y las leyes mencionadas por nosotros con anterioridad (*ut supra*, Sección II, §1).

---

aplicación resulte imposible o contraproducente como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o punitiva». La regla del artículo 19 es complementada por los artículos 20 y 21 *eiusdem*, que establece, respectivamente, que «la inaplicación prevista en el artículo precedente se realizará previo informe técnico favorable emitido por los ministerios competentes en razón de la materia, en el cual sea concluyente que tal providencia es indispensable para la adecuada gestión macroeconómica, la protección e impulso de la economía nacional, la estabilidad del sistema productivo y financiero locales, la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala, o la consecución de recursos para garantizar los derechos humanos del pueblo venezolano y el sistema de protección social estatal. El informe se elaborará bajo la coordinación y aprobación de la Vicepresidencia de la República y expondrá, además, cómo determinadas medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, imposibilitan el accionar administrativo ordinario para el caso específico»; y, que «el Ejecutivo Nacional procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley Constitucional, solo cuando se trate de la implementación de las medidas para el equilibrio económico y productivo indicadas en este capítulo. En ningún caso podrán inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos, ni aquellas relativas a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias».

§3. Juicio crítico sobre la "inaplicación" prevista en la mal llamada ley

La inaplicación prevista en el artículo 19 de la mal llamada ley constituye una barbaridad. Constituye, decía, una barbaridad, un verdadero despropósito, porque violenta reglas o principios básicos de nuestro sistema de Derecho. Las reglas o principios que la mal llamada ley niega son tres, a saber: (i) la obligatoriedad y generalidad de las leyes, (ii) la división del Poder Público y (iii) la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley. De seguida me explico.

A) Las leyes sancionadas por el Poder Legislativo dejan de ser obligatorias

Como tuvimos oportunidad de señalar, la mal llamada ley habilita al Ejecutivo Nacional para inaplicar los *mandatos normativos* —contenidos en leyes y reglamentos— que comporten limitaciones a la actuación del Ejecutivo. ¿En qué se traduce ese poder? La respuesta es simple: *es el destinatario de la norma* legal o reglamentaria —sí, su destinatario— *quien decide si observa o desatiende su mandato*. A partir de la entrada en vigor de la mal llamada ley solo mantienen todo su vigor las leyes y reglamentos que, en criterio del Ejecutivo Nacional, convenga observar. En palabras llanas:

1. Para el Ejecutivo Nacional *las leyes sancionadas por el Poder Legislativo dejan der ser obligatorias*.
2. Al dejar de ser obligatorias, desaparece la *supremacía de las leyes* sancionadas por el Poder Legislativo, pues el Ejecutivo Nacional ya no se halla en el deber de obrar con «…sometimiento pleno a la[s] ley[es]…» aprobadas por el Parlamento, como establece el artículo 141 de la Constitución[11].
3. Desaparece también el *principio de inderogabilidad singular de los reglamentos* establecido por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[12], porque el Ejecutivo queda habilitado para obrar en contra de lo dispuesto por un reglamento.

---

[11] A tenor del artículo 141, «la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

[12] *Gaceta Oficial de la República* N° 2.818 Extraordinario, del 1° de julio de 1981.

Permítanme que recurra a un ejemplo para explicarme mejor. En materias como la contratación de bienes y servicios[13] la observancia de (i) los procesos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas[14], «de obligatorio cumplimiento» de acuerdo con el artículo 1° de dicha ley, y (ii) los principios de transparencia y publicidad[15] que informan la actuación contractual de la Administración Pública venezolana, quedan sometidos —por así decirlo— a una *condición puramente potestiva*, ya que tales procesos y principios serán observados en la medida en que el Ejecutivo decida que su cumplimiento no resulta inconveniente.

Recapitulando, la observancia de las leyes depende de la sola voluntad de los órganos ejecutivos que se hallan en el deber de respetarla. La potestad para inaplicar normas produce ese aberrante efecto. De allí el título —El Estado soy yo (*L'État, c'est moi*)— que decidimos darle a este brevísimo ensayo, porque esa frase, atribuida al Rey Luis XIV de Francia (El Rey Sol), subraya que la mal llamada ley reconoce al Ejecutivo Nacional *primacía* sobre las leyes sancionadas por el Parlamento.

B) Las leyes dejan de ser generales

La inaplicación le permite al Ejecutivo Nacional *ignorar* las normas limitativas o prohibitivas de una determinada conducta en «casos específicos» y *decidir sin las ataduras* que tales normas imponían a su actuación.

La norma o normas que pierden eficacia por causa de su inaplicación ejecutiva se ven sustituidas o reemplazadas por otra u otras y, con

---

[13] El artículo 28 (Mecanismos de contratación) establece: «Con el objeto de contrarrestar el impacto de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, *el Ejecutivo Nacional diseñará e implementará mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios*, preferentemente de producción nacional, destinados a: 1. La satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la alimentación. 2. La generación de ingresos, consecución de divisas y la movilización internacional de las mismas. 3. La normal gestión de las entidades objeto de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que motivan esta Ley Constitucional. 4. La sustitución selectiva de importaciones. Los mecanismos previstos en este artículo deberán ser elaborados en resolución conjunta por los Ministerios con competencia en materia de economía, finanzas, comercio exterior, planificación y comercio nacional. La vigencia de dichos mecanismos estará sujeta a la vigencia de esta Ley Constitucional».

[14] Artículo 1° (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.154 Extraordinario, del 19 de noviembre de 2014).

[15] Artículo 3° de la Ley de Contrataciones Públicas.

ello, *surge un régimen legal nuevo permisivo de una conducta, otrora prohibida por la ley*.

El régimen jurídico resultante de la inaplicación «para casos específicos» *ex* artículo 19 de la mal llamada ley es, por definición, un *régimen especial*: se configura sobre la base de las singularidades del negocio jurídico que el Ejecutivo Nacional se dispone a celebrar. La creación de regímenes jurídicos particulares, esto es, de *marcos normativos ad-hoc*, adaptados, *inter alia*, a las exigencias de sus distintas contrapartes contractuales, permite —ese es su efecto— que puedan haber o surgir tantos regímenes jurídicos como contrapartes contractuales.

En síntesis, el poder para inaplicar las normas legales y reglamentarias, inconvenientes —por sus limitaciones al ejercicio del Poder Público— permite la confección de *trajes a la medida* y, por tanto, el quiebre del principio de acuerdo con el cual la ley ha de ser general[16] para todos.

C) La minusvalía del principio constitucional de división del Poder Público

Desde una perspectiva distinta, el poder para inaplicar leyes por causa de su inconveniencia convierte al Ejecutivo Nacional en una suerte de *legislador negativo*, habilitado para *desechar* o *descartar* normas vigentes so pretexto de los efectos —inconvenientes— que tales normas producen, y al hacerlo permite que sea el Ejecutivo quien termine de conformar el marco normativo o régimen jurídico que ha de aplicarse a los negocios jurídicos que él decida celebrar.

En esa condición de legislador negativo, dicho sea de paso, el Ejecutivo Nacional puede invadir —a discreción— la *reserva legal* y privar de efectos las normas legales, orgánicas u ordinarias, limitativas de su actuación.

Recapitulando, la mal llamada ley (i) habilita al Presidente de la República, al Vicepresidente de la República y a los Ministros para *rivalizar sine die* con el Poder Legislativo y su producto: las leyes; y,

[16] Sobre el principio de generalidad de la ley consúltese Muci Borjas, José Antonio, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, Pp. 104-105.

(ii) al hacerlo, desdibuja —y hace que pierda sus contornos definitorios— el principio de división del Poder Público; principio fundamental —valga la redundancia— del sistema de gobierno previsto en la Constitución de 1999.

D) El derecho fundamental a la igualdad —a la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley- no obliga al Ejecutivo Nacional

Como tuvimos oportunidad de destacar, las leyes que debían ser observadas, pero en lugar de ello sea declaradas inaplicadas «para casos específicos» por sus efectos adversos, dejan de ser generales para todos. Dicho esto, interesa destacar aquí que al dejar de ser generales nuestras leyes, *desaparece* —he aquí el corolario— el *derecho a la igualdad* frente a la ley y en la aplicación de la ley.

En efecto, el poder para confeccionar *trajes a la medida*, solo aplicables a un negocio jurídico o a contados negocios jurídicos —*e.g.*, los celebrados con algunas empresas o inversionistas extranjeros, no así los celebrados con empresas o inversionistas nacionales— y no, como manda el principio de generalidad, a todos los que se hallen en el supuesto de hecho normativo de la norma, violenta el derecho fundamental a la igualdad garantizado por el artículo 21 de la Constitución.

SECCIÓN III. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL SECRETO Y SUS CONSECUENCIAS

Una reflexión final luce pertinente: la mal llamada ley, aprobada por la estertórea Asamblea Nacional Constituyente, agrava la situación creada por el Estado de Excepción y Emergencia económica en vigor desde 2017[17]. Mientras en éste, aludimos al Estado de Excepción

[17] El artículo 338 de la Constitución establece que el estado de emergencia económica puede ser decretada por un plazo máximo de sesenta días, prorrogables por un plazo igual. En abierta infracción de esa regla, el Estado de Excepción y Emergencia Económica ha venido siendo prorrogado sin solución de continuidad —y sin el obligado control político de la Asamblea Nacional— desde 2016 (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.214 Extraordinario, del 14 de enero de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.227 Extraordinario, del 13 de mayo de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 40.942, del 12 de julio de 2016; *Gaceta*

y Emergencia Económica, las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico venezolano han sido objeto de publicación en la Gaceta Oficial de la República, las modificaciones que en lo adelante se introduzcan por vía de la "inaplicación" de normas legales y reglamentarias serán desconocidas por la ciudadanía por el secreto que rodeará tales modificaciones[18].

El derecho fundamental al Derecho —a su *publicidad* y, por ende, a su *certeza*— es otra más de las víctimas, seguramente la más importante, de la mal llamada ley.

SECCIÓN IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

No quisiera concluir esta breve disertación sin antes advertir que los negocios que puedan llegar a celebrarse sobre la base de los regímenes jurídicos *ad-hoc* creados en virtud de la ilegítima inaplicación ejecutiva prevista en la mal llamada ley, se hallarán viciados de nulidad, por su manifiesta contrariedad con el Derecho venezolano.

Oficial de la República N° 6.256 Extraordinario, del 13 de septiembre de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.074 del 13 de enero de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.112, del 13 de marzo de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.298 Extraordinario, del 13 de mayo de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.192, del 13 de julio de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.233, del 11 de septiembre de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 3.239 Extraordinario, del 9 de enero de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.357, del 9 de marzo de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.394, del 10 de mayo de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.435, del 9 de julio de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.485, del 19 de septiembre de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.521, del 9 de noviembre de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.424 Extraordinario, del 11 de enero de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.433 Extraordinario, del 12 de marzo de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.456 Extraordinario, del 10 de mayo de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.464 Extraordinario, del 9 de julio de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 3.980 Extraordinario, del 7 de septiembre de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.487 Extraordinario, del 6 de noviembre de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.501 Extraordinario, del 5 de enero de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.515 Extraordinario, del 5 de marzo de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.534 Extraordinario, del 4 de mayo de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.551 Extraordinario, del 2 de julio de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.568 Extraordinario del 30 de agosto de 2020).

[18] Esa grave limitación al derecho a la información no puede conciliado con la letra ni con el espíritu del artículo 337 de la Constitución, que prohíbe la restricción de ese derecho incluso durante un Estado de Excepción.

Un inversionista institucional que obre con prudencia difícilmente manifestará su disposición a celebrar contratos que se fundamenten en un piso tan endeble como el que puede proporcionar la inaplicación ejecutiva de normas legales y reglamentarias prevista por la Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos, aprobada —*ultra vires*— por la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente.

Madrid, 17 de noviembre de 2020.

LA LLAMADA LEY ANTIBLOQUEO CONTRA LA CONSTITUCIÓN.

DRA. MARGARITA ESCUDERO LEÓN.*

SUMARIO

I. Ilegitimidad de origen de la Asamblea Nacional Constituyente e inconstitucional promulgación de la Ley Antibloqueo. A. Ilegitimidad de origen de la Asamblea Nacional Constituyente. B. Inconstitucional promulgación de la Ley Antibloqueo. II. Violación de principios fundamentales del Estado de Derecho al permitirse al Ejecutivo Nacional la desaplicación del ordenamiento jurídico y la posibilidad de normar en materias de reserva legal. A. Desaplicación del ordenamiento jurídico viola principio de legalidad y principio de separación de poderes. B. Posibilidad de normar en materias de reserva legal viola el principio de separación de poderes. III. Violación al derecho de acceso a la información a través de la declaratoria de reserva de archivos públicos y consecuente violación del derecho de los ciudadanos a la rendición de cuentas y a la participación en la gestión pública; y debilitamiento de competencias de otras ramas del Poder Público. IV. Violación a los principios constitucionales de legalidad, unidad presupuestaria y de unidad del Tesoro al preverse un registro separado de los ingresos. V. Conclusiones.

* Abogada cum laude de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de la Universidad de Harvard y Doctora en Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Es Profesora de Derecho Constitucional en pregrado, postgrado y doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello y Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

Páginas: 1191-1210 ISSN: 0798-1457

El objeto de estas breves consideraciones es revisar la recientemente promulgada Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos[1] (en lo adelante Ley Antibloqueo) a la luz de las normas y principios fundamentales de nuestro texto constitucional. Esta ley ha sido dictada por la Asamblea Nacional Constituyente con el supuesto fin de contrarrestar los efectos de los distintos tipos de medidas y sanciones que han sido dictadas en contra del gobierno venezolano, por distintos países de la comunidad internacional, como respuesta a la violación sistemática de este gobierno a los principios democráticos. Su objetivo principal es estimular la inversión privada y generar ingresos adicionales para el Estado venezolano.

Se hará, en primer lugar, un rápido recorrido por la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente para actuar, vista la usurpación que hace del Poder Constituyente originario del pueblo, desde el inicio de su funcionamiento. Se revisará, además, cómo la referida ley, aún en el supuesto de que la Asamblea Nacional Constituyente fuera legítima y constitucional, no podía ser dictada por ésta por no estar habilitada para dictar leyes de rango constitucional sin previa aprobación de su contenido por parte del pueblo. En segundo lugar, revisaremos cómo la Ley Antibloqueo violenta los cimientos del Estado de Derecho, el principio de legalidad, la separación de poderes y la soberanía popular, al permitir al Poder Ejecutivo la desaplicación discrecional del ordenamiento jurídico venezolano. En tercer lugar, veremos cómo la ley habilita al Ejecutivo Nacional a normar en materias de reserva legal, en clara usurpación de funciones de la Asamblea Nacional. En cuarto lugar, comentaremos cómo la Ley Antibloqueo viola el derecho de acceso a la información y los principios constitucionales de transparencia, rendición de cuentas y control de la gestión pública al hacerse una declaratoria general de

[1] Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.583 Extraordinario, del 12 de octubre de 2020.

confidencialidad de determinados actos y registros públicos, así como habilitarse a los funcionarios públicos para hacer dicha declaratoria, sin cumplir con los principios constitucionales para la restricción de derechos fundamentales. Por último, comentaremos sobre la violación de principios constitucionales en materia presupuestaria en que incurre la ley al permitirse un manejo de recursos fuera del presupuesto nacional.

I. ILEGITIMIDAD DE ORIGEN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE E INCONSTITUCIONAL PROMULGACIÓN DE LA LEY ANTIBLOQUEO

A. Ilegitimidad de origen de la Asamblea Nacional Constituyente

El 1º de mayo del 2017 el Presidente de la República Nicolás Maduro convoca una Asamblea Nacional Constituyente[2] (en lo adelante ANC) violentando el artículo 347 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[3] (en lo adelante la Constitución) el cual señala que es el pueblo de Venezuela el depositario del poder constituyente originario y, en consecuencia, el único que puede convocar una ANC. Usurpando el poder constituyente originario del pueblo, el Presidente de la República procede a convocar una ANC sin la necesaria participación y consulta al pueblo venezolano. Las reglas que regirán la elección de la ANC, así como su objeto y funcionamiento también son dictadas por el Presidente de la República,[4] sin ser sometidas a votación popular, usurpándose al pueblo, no sólo el poder de decidir o no convocar a una ANC, sino también el poder de decidir sobre cómo se constituye dicho órgano y cuáles son las competencias que se le quieren asignar y los límites que se le desean imponer.

Además de la inconstitucionalidad señalada, el proceso de escogencia de los miembros a integrar la ANC también violentó derechos

[2] Decreto No. 2.850 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.295 Extraordinario, del 1º de mayo de 2017.

[3] Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.

[4] Decreto No. 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 41.156, del 23 de mayo de 2017.

constitucionales. El diseño de escogencia de los constituyentistas estaba basado en representación sectorial y representación territorial. Dicho diseño distorsionó la representación popular de distintas maneras. En primer lugar, en lo que respecta a la representación sectorial, los sectores a ser representados fueron escogidos de forma arbitraria dejando por fuera diversos sectores de la vida nacional. Así, estaban representados trabajadores, campesinos, pescadores, estudiantes, personas con discapacidad, pensionados, comunas y concejos comunales; dejando por fuera de la representación sectores de la sociedad civil como son el sector profesional, el universitario o el de las personas encargadas de los quehaceres domésticos. Además de ello la identificación de los sectores, y de los electores que pertenecían a cada uno, no fue transparente, no constaba en registros que controlara el Consejo Nacional Electoral y no fue auditada. Pero lo principal y más grave de esta forma de elección sectorial es que no está prevista en el texto constitucional, desconociendo así el pleno ejercicio de la soberanía popular al permitir la representación de solo una parte del pueblo venezolano.

En segundo lugar, la representación territorial utilizada para la elección de los constituyentistas también violentó los derechos políticos de los venezolanos al distorsionar abiertamente la representación popular, desconociendo el principio de un ciudadano-un voto. Dicha distorsión fue producto de la sobrerrepresentación de áreas rurales sobre áreas urbanas. Por ejemplo, los habitantes de Amazonas escogían 8 constituyentistas, con una población registrada de 178.670 habitantes, mientras que Caracas escogía solo 7 constituyentistas con una población de 3.315.000 habitantes. Esta distorsión también violenta los derechos políticos del pueblo venezolano y el ejercicio de su soberanía.

Lo anterior demuestra que tanto la convocatoria de la ANC, como la determinación del contenido de sus competencias y la elección de sus miembros, estuvo plagada de violaciones constitucionales al desconocerse los siguientes artículos de nuestra Constitución: 5 (la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce directamente), 62, 63 y 64 (todos los venezolanos tienen derecho a la participación política, al sufragio y a la representación proporcional), 347 (el pueblo es el depositario del poder constituyente originario y solo él puede convocar una ANC).

Nuestro texto constitucional señala en su artículo 25 que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público, que viole o menoscabe los

derechos garantizados por la Constitución, es nulo. En consecuencia, la elección e instalación de la ANC está viciada de nulidad, por lo que no puede ejercer autoridad legítima, pues incurre en el supuesto del artículo 138 constitucional que señala que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

B. Inconstitucional promulgación de la Ley Antibloqueo

La ANC, aún bajo el negado supuesto de que fuera legítima y constitucional, tiene unas potestades limitadas por el propio texto constitucional. El artículo 347 constitucional señala que una Asamblea Nacional Constituyente tendrá por objeto "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución". De la redacción pudiera argumentarse la posibilidad de la ANC de crear, además de una nueva Constitución, nuevas normas jurídicas. Ello, por la naturaleza de una ANC, solo puede significar emitir normas de rango constitucional que podrían estar fuera del texto constitucional. Piénsese, por ejemplo, en normas de transición que se requieran para la aplicación del nuevo texto constitucional; en caso de no haber sido contenida dicha regulación transitoria en el texto de la nueva Constitución.

En todo caso, lo relevante es que tanto la nueva Constitución como cualquier norma de rango constitucional que pudiera ser dictada por la ANC tiene que ser sometida al pueblo. De acuerdo con los artículos 342 y siguientes de la Constitución los mecanismos previstos para la enmienda o reforma constitucional requieren la aprobación del pueblo, en ejercicio del Poder Constituyente originario, a través del sometimiento del proyecto de enmienda o reforma a referendo popular. Si bien la Constitución no señala de forma expresa el sometimiento a referendo popular del proyecto de nueva Constitución o de ley de rango constitucional que haya redactado la ANC, de una interpretación sistemática de la Constitución se desprende claramente que, de necesitarse un referendo popular para aprobar una enmienda o una reforma constitucional, pues mucho más se requerirá la participación del pueblo para darse una nueva Constitución o una ley de rango constitucional.

Es más, el artículo 347 constitucional es claro al otorgarle al pueblo el poder constituyente originario, único con la posibilidad de

aprobar normas de rango constitucional. Así, cualquier posible modificación al texto constitucional, bien sea a través de una nueva Constitución o mediante llamadas leyes constitucionales, debe ser sometida a referéndum, visto que el poder constituyente reside en el pueblo. En consecuencia, la Ley Antibloqueo tampoco puede ser dictada porque no ha sido sometida a consulta popular.

Estando, en consecuencia, la Constitución de 1999 vigente, la posibilidad de dictar leyes solo puede ejercerse dentro de las competencias previstas en dicho texto. Mientras la Constitución de 1999 esté vigente la ANC está en la obligación de respetarla. De acuerdo con los artículos 202, 203 y 165 de la Constitución solo la Asamblea Nacional tiene la potestad de dictar leyes nacionales en alguna de las categorías establecidas: leyes orgánicas, leyes ordinarias, leyes de base y leyes marco. En consecuencia, la pretensión de la ANC de dictar leyes se convierte en una verdadera usurpación de funciones asignadas a la Asamblea Nacional.

Merece la pena comentar sobre la naturaleza de las que podrían ser llamadas, en nuestra Constitución, leyes constitucionales. Si bien dicha categoría no existe expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de fortalecer la descentralización, a través de una modificación por ley de la distribución competencial establecida en el texto constitucional, podría considerarse como legitimación para dictar una ley constitucional. Ello por cuanto la referida ley estaría modificando el texto constitucional en lo que respecta a la distribución de competencias entre los distintos niveles político-territoriales. Esta posibilidad existía en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y se mantiene en la actual Constitución de 1999 en su artículo 157 que permite a la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. En base a dicha disposición, prevista en la derogada Constitución, por ejemplo, se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.[5]

[5] Cuya última modificación se encuentra publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.140, del 17 de marzo de 2009.

Estas leyes que pueden modificar la distribución competencial, prevista en la Constitución, entre los niveles político-territoriales se dictan en ejecución de habilitación constitucional. Dicha habilitación legitima a la Asamblea Nacional a modificar las normas constitucionales en esta materia, por lo que podrían considerarse dichas leyes como normas de rango constitucional. En todo caso, dicha posibilidad en ningún caso legitima la actuación de la ANC pues ni estamos ante una actuación de la Asamblea Nacional, único órgano competente para dictar este tipo de ley, ni tampoco trata la Ley Antibloqueo sobre descentralización.

II. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO AL PERMITIRSE AL EJECUTIVO NACIONAL LA DESAPLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA POSIBILIDAD DE NORMAR EN MATERIAS DE RESERVA LEGAL

A. Desaplicación del ordenamiento jurídico viola principio de legalidad y principio de separación de poderes

La Ley Antibloqueo, en sus artículos 19 y 21, establece la posibilidad del Ejecutivo Nacional de desaplicar para casos específicos normas de rango legal y sublegal vigentes en el país. Esta potestad sin precedentes que le otorga la ley al Ejecutivo Nacional violenta los propios cimientos del Estado de Derecho, a través de la violación de los principios de legalidad y separación de poderes.

La Constitución establece en su artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Si bien la primera comprensión del Estado de Derecho atendía al mero sometimiento del Estado a unas normas jurídicas, la evolución de dicho concepto ha exigido el respeto del Estado a valores, principios y derechos fundamentales, en lo que se llama un Estado de Derecho material en oposición a un Estado de Derecho formal. Así, la doctrina constitucional moderna reconoce que el Estado de Derecho, entendido como el sometimiento pleno de éste a la ley y al Derecho, se estructura en base a cinco principios fundamentales como son: i) el principio de legalidad, ii) el principio de separación de poderes, iii) el principio de respeto a

los derechos fundamentales, iv) el principio de tutela judicial y el v) principio de garantía patrimonial.

En lo que respecta al principio de legalidad el artículo 7 de la Constitución, al establecer la supremacía constitucional, señala que "[l] a Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución." Por su parte, el artículo 137 constitucional, que se reconoce como el principal consagrador del principio de legalidad, señala: "Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen." Asimismo, el Artículo 141 señala que la Administración Pública se encuentra "en sometimiento pleno a la ley y al Derecho." Ello, además, en acatamiento del artículo 5 de la Constitución que establece que la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce directamente o a través del sufragio por los órganos que ejercen el Poder Público. Es precisamente ese Derecho, dictado por los órganos del Poder Público a través de los cuales ejerce el pueblo su soberanía, el que pretende ser desconocido por el Ejecutivo Nacional, a través de la habilitación que le hace la Ley Antibloqueo. Por ello estamos en esencia ante una violación de la propia soberanía popular.

Los citados artículos constitucionales evidencian con claridad el mandato del Constituyente a que el ejercicio del Poder Público se haga en estricta sujeción a la norma jurídica y al Derecho. En primer lugar, la norma jurídica atiende a cualquier producción normativa, indistintamente de su emisor o del grado en que se encuentre dentro de la jerarquía normativa. Por ello el ejercicio del Poder Público se encuentra tan sometido a la Constitución como a normas de inferior jerarquía. Es evidente, pues, la grave violación del principio de legalidad que hace la Ley Antibloqueo al permitírsele precisamente a una rama del Poder Público, la Administración Pública, el actuar en desapego al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la posibilidad de desaplicar ordenamiento jurídico viola el principio de separación de poderes. Ha habido un reconocimiento de la existencia de distintas funciones públicas desde la antigüedad. Sin embargo, el principio de separación de poderes atiende a una idea relativamente nueva en el mundo filosófico, político y jurídico,

como es la de dividir el poder público entre diversos órganos, para evitar los abusos y excesos por parte de los detentadores de dicho poder.

En Venezuela, ya desde la Constitución de 1811 se previó tanto la distribución vertical del poder, como su distribución horizontal, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial."[6] Dicho principio ha sido mantenido en todas nuestras Constituciones, incluyéndose en la Constitución de 1999 en su artículo 136. Nuestra norma constitucional evidencia la división de órganos con funciones propias, así como también el control y colaboración entre órganos para el cumplimiento de los fines del Estado.

En el caso concreto, se le está otorgando al Poder Ejecutivo, a través de la posibilidad de desconocer ordenamiento jurídico, la facultad de ser una suerte de legislador negativo que deja sin efecto normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico, dictadas, entre otros, por la Asamblea Nacional. Es decir, se le permite intervenir en la función legislativa, en clara usurpación de funciones constitucionales.

Es más, la única rama del Poder Público que puede desaplicar normas es el Poder Judicial, tal como lo establece el artículo 334 del texto constitucional. Esta desaplicación de normas es conocida como el control difuso de constitucionalidad. Dicha competencia solo puede ser ejercida por el Poder Judicial cuando la norma es incompatible con el texto constitucional. En el presente caso la Ley Antibloqueo prevé la posibilidad de desaplicación sin que ni siquiera exista inconstitucionalidad alguna de la norma desaplicada.

Vemos pues que la desaplicación de normas violenta también el principio de separación de poderes pues se le pretende asignar competencias al Poder Ejecutivo que violentan la función legislativa de la Asamblea Nacional. Además, la desaplicación de normas es una función propia del Poder Judicial, de acuerdo con nuestro texto constitucional, y que solo puede ser ejercida cuando la norma está viciada de inconstitucionalidad, lo cual ni siquiera se constituye en requisito para ejecutar la habilitación que la Ley Antibloqueo hace en esta materia al Ejecutivo Nacional.

---

[6] Constitución de 1811, en Allan Brewer-Carías (Compilador), *Las Constituciones de Venezuela*, Segunda edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Anauco Ediciones, C.A., Caracas, 1997, pág. 285.

B. Posibilidad de normar en materias de reserva legal viola el principio de separación de poderes

Nuestro texto constitucional, en ejecución del principio de separación de poderes y como garantía de protección de los derechos de los ciudadanos, establece que determinadas materias solo podrán ser reguladas a través de ley emanada de la Asamblea Nacional, como órgano de representación popular. Contrariamente a este principio, la Ley Antibloqueo pretende asignarle al Poder Ejecutivo la posibilidad de regular materias que nuestro texto constitucional ha asignado al Poder Legislativo. Veamos diversos supuestos en que la referida ley habilita al Ejecutivo a dictar normas en materias reservadas al Poder Legislativo nacional.

En primer lugar, el artículo 26 de la Ley Antibloqueo permite al Ejecutivo Nacional modificar los mecanismos de constitución, gestión, administración, funcionamiento y participación del Estado en empresas del Estado. Ello desconoce que el artículo 156, en su numeral 32, en concordancia con el artículo 187 del texto constitucional, otorga a la Asamblea Nacional la competencia para legislar en materia de organización y funcionamiento de los órganos y entes nacionales. Precisamente, al ser las empresas del Estado entes nacionales, le corresponde solo a la Asamblea Nacional legislar sobre su organización y funcionamiento.

Además de lo anterior, esta materia está en la actualidad regulada por la Ley Orgánica de la Administración Pública[7] por lo que no puede ser modificada a través de normas a ser emanadas del Poder Ejecutivo. Lo contrario implica la violación del artículo 218 de la Constitución que solo permite que las leyes se deroguen por otras leyes.

En segundo lugar, similar situación se presenta con el artículo 28 de la Ley Antibloqueo que permite al Ejecutivo Nacional diseñar mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, que serán promulgadas a través de resolución conjunta de varios ministerios. Esta materia de contrataciones públicas se encuentra en la actualidad regulada en la Ley de Contrataciones Públicas.[8] En

[7] Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

[8] Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.154 Extraordinario, del 19 de noviembre de 2014.

consecuencia, tal como ya alertamos, el artículo 218 constitucional exige que solo una ley pueda derogar la referida legislación en materia de contrataciones públicas. Por cuanto la ley, tal como establece el artículo 202 constitucional, es un acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, no puede una resolución conjunta de varios ministerios modificar la mencionada Ley de Contrataciones Públicas.

En tercer lugar, el artículo 31 de la Ley Antibloqueo permite al Ejecutivo Nacional el "levantamiento de restricciones a la comercialización para determinadas categorías de sujetos, en actividades estratégicas de la economía nacional". Este supuesto atiende a las actividades económicas que han sido reservadas por el Estado, mediante ley orgánica, en ejecución del artículo 302 constitucional. Recordemos que el referido artículo constitucional permite al Estado reservarse actividades o bienes de carácter estratégico. En ejercicio de dicha potestad se han reservado al Estado distintas actividades de la economía nacional, impidiendo a los particulares realizarlas, salvo otorgamiento de concesiones (de existir habilitación legal para ello). Tal es el caso en Venezuela de actividades relacionadas con los hidrocarburos, el hierro, el oro, entre otras. En consecuencia, el levantamiento de dicha reserva requiere ser realizado por la Asamblea Nacional a través de ley orgánica, instrumento a través del cual se ejecutaron las reservas originales, tal como lo exige el artículo 203 de la Constitución. Por tanto, cualquier modificación en esta materia, a ser realizada por el Ejecutivo, sería inconstitucional.

En cuarto lugar, los artículos 22 y 32 de la Ley Antibloqueo asignan al Ejecutivo Nacional la posibilidad de crear e implementar cualquier mecanismo financiero. Por su parte, el artículo 23 faculta a crear o autorizar nuevos mecanismos o fuentes de financiamiento. Asimismo, el artículo 27 permite "elaborar e implementar operaciones de administración de pasivos, así como de administración de activos, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales".

Los mecanismos financieros o fuentes de financiamiento atienden a los distintos métodos que permiten obtener recursos. Existen distintos medios a través de los cuales el Estado puede obtener recursos, tales como préstamos bancarios, emisión de bonos, venta de bienes, creación de tributos, entre otros. Al permitírsele al Ejecutivo Nacional crear e implementar distintas fuentes de financiamiento de forma autónoma se

usurpan funciones legislativas y se violentan los distintos controles que en esta materia tiene asignados la Asamblea Nacional, en una nueva violación al principio de separación de poderes.

Así vemos que la separación de poderes se ve afectada al desconocerse las competencias constitucionales asignadas en materias de naturaleza financiera. El numeral 6 del artículo 187 constitucional establece como competencia de la Asamblea Nacional discutir todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público. Asimismo, el artículo 133 y el 156 numeral 12 constitucionales ratifican la reserva legal en materia tributaria. Por su parte, el artículo 312 de la Constitución reitera que el endeudamiento anual será aprobado por la Asamblea Nacional, conjuntamente con la ley de presupuesto.

La forma cómo la Ley Antibloqueo habilita de forma amplia al Ejecutivo Nacional en materia financiera puede claramente significar la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional usurpe funciones del Poder Legislativo en materia de crédito público o en materia tributaria. Piénsese en la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional endeude a la República o incluso cree o modifique tributos nacionales, sin la necesaria participación de la Asamblea Nacional. Esto violenta claramente las competencias asignadas por nuestra Constitución al órgano legislativo nacional.

III. VIOLACIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN A TRAVÉS DE LA DECLARATORIA DE RESERVA DE ARCHIVOS PÚBLICOS Y CONSECUENTE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LOS CIUDADANOS A LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y A LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA; Y DEBILITAMIENTO DE COMPETENCIAS DE OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO

Los artículos 37 al 42 de la Ley Antibloqueo establecen la posibilidad para la Administración Pública Nacional, central o descentralizada, de declarar el carácter confidencial de cualquier documento, información o expediente, a los fines de proteger la eficacia de las medidas que se tomen en el marco de la ley. Aparte de impedirse el acceso a dichos registros y archivos se prohíbe la expedición de cualquier tipo de copias

de dichos documentos. Se declaran, además, secretas de plano todas las desaplicaciones de normas jurídicas a las que queda facultada la Administración Pública Nacional, tal como señalamos anteriormente.[9]

El artículo 143 constitucional establece el derecho de acceso a la información pública señalando que todos los ciudadanos tienen derecho a ser informados por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén interesados, así como el acceso a todos los archivos y registros administrativos. Sin embargo, la Ley Antibloqueo pretende, en sus artículos 37 y 42, justificar la reserva de las actuaciones en el artículo 325 constitucional que permite la reserva de asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad nacional. Asimismo, el artículo 143 de la Constitución establece la posibilidad de limitar dicho acceso a la información pública por razones de seguridad interior y exterior.

La seguridad nacional es una limitación legítima al derecho a la información bajo determinadas condiciones, tal como está establecido en nuestra Constitución y en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 13 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite restricciones a la libertad de expresión que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional. Sin embargo, la norma establece que las excepciones al acceso a la información deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias.

Efectivamente, es una garantía constitucional que toda restricción a derechos fundamentales, como es el derecho de acceso a información pública, debe estar prevista expresamente en la ley y ser necesaria y proporcional con el objetivo que se pretende proteger. En el presente caso la Ley Antibloqueo solo establece que las autoridades podrán otorgar carácter reservado a cualquier expediente, documento o información que estén conociendo, con el objetivo de garantizar la efectividad de las medidas que se dicten en el marco de las potestades otorgadas por la Ley Antibloqueo. La ley no establece supuestos claros en que determinada información puede ser clasificada por el funcionario como reservada por afectar la seguridad nacional. La ley otorga una amplísima

[9] Facultad de desaplicación de normas prevista en los artículos 19 y 21 de la Ley Antibloqueo.

habilitación a la Administración Pública para declarar reservado cualquier acto, documento o expediente que en criterio del funcionario pueda poner en riesgo la seguridad de la Nación. Recordemos que las leyes deben definir claramente el concepto de seguridad nacional protegido y los criterios que el funcionario debe utilizar para determinar que cierto registro debe ser declarado reservado o no, en base a una necesaria protección de dicha seguridad nacional. Dicha claridad en la restricción de derechos es fundamental para cumplir con el requisito de precisión normativa, como condición para la restricción de derechos fundamentales, a los fines de limitar los posibles abusos de la Administración Pública en esta materia.[10]

Una habilitación como la contenida en la Ley Antibloqueo violenta el derecho de acceso a la información pues no cumple con la referida consagración legal y precisa de los supuestos en que se puede reservar un documento. Utiliza conceptos amplios y vagos que no cumplen con los requisitos de limitación legales pues otorga un nivel excesivo de discrecionalidad al funcionario público. En consecuencia, será el funcionario, y no la ley, el que determinará la restricción al derecho, convirtiendo su potestad de declaratoria de confidencialidad en una limitación excesiva al derecho de acceso a la información.

Asimismo, la ley establece de una vez, como secretos, todos los procedimientos, actos y registros que supongan la desaplicación de normas a la que está habilitada la Administración Pública de acuerdo con la ley. Recordemos que cualquier restricción de derechos debe ser no solo adecuada e idónea para la consecución del fin constitucionalmente habilitado, sino que además debe la solución legislativa ser necesaria y proporcional por no encontrarse una regulación menos limitativa del derecho.[11] En este caso, sin racionalidad alguna, se excluye del acceso público todos los procedimientos y actos que desapliquen normas jurídicas, una limitación claramente excesiva por desproporcionada e innecesaria. No se permite el análisis de cada caso concreto para determinar cómo la divulgación de determinada información puede poner en riesgo

[10] Ver Jesús María Casal, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Editorial Legis, Caracas, 2010, págs. 146 y ss.

[11] Para un desarrollo detallado de la necesaria proporcionalidad de las leyes restrictivas de derechos, ver Jesús María Casal, *Ibid.*, págs. 213 y ss.

la seguridad nacional. Es evidente que la norma, en búsqueda de la protección de la seguridad nacional, podía establecer supuestos claros que habilitaran la declaratoria de confidencialidad sin tener que declarar de plano todos los registros y archivos como secretos. En este caso es más que evidente que la supuesta protección de la seguridad nacional se podía conseguir a través de mecanismos menos restrictivos del derecho de acceso a la información.

Este errado diseño de restricción al acceso a la información pública violenta, además, los principios de transparencia, de rendición de cuentas, de control de la gestión pública y de participación democrática. Al limitarse de forma ilegítima el acceso a la información pública se violenta el derecho establecido en el artículo 66 constitucional sobre la obligación de los funcionarios a rendir cuentas públicas y transparentes de su gestión. Es más, dicha limitación impide el derecho a la participación de los ciudadanos en el control de la gestión pública, previsto en el artículo 62 constitucional, pues un conjunto de actuaciones públicas se mantendrá fuera del conocimiento del colectivo. Todo esto, en definitiva, debilita los cimientos democráticos, al impedírsele a los ciudadanos conocer, vigilar, evaluar y en consecuencia decidir sobre el funcionamiento de su gobierno.

Por último, la ley también debilita los controles a ser ejercidos por las instituciones públicas y el propio ejercicio de sus competencias. El artículo 43 de la Ley Antibloqueo establece que la Contraloría General de la República, para el ejercicio de sus funciones de control, deberá coordinar con el Ejecutivo Nacional los procedimientos de control y los mecanismos idóneos de aporte de información. Asimismo, y en lo que respecta a la reserva decretada sobre los documentos y registros que supongan la desaplicación del ordenamiento jurídico, se establece que el Poder Judicial o el Ministerio Público, cuando requieran alguno de estos documentos, deberán tramitar su solicitud por intermedio de la Procuraduría General de la República, la cual procurará aportarlo en condiciones que no expongan a la República, sus entes o terceros a los efectos de las llamadas por la ley medidas coercitivas unilaterales, que no son más que las sanciones impuestas por distintos Estados en contra del gobierno venezolano. Tal redacción establece un margen de discrecionalidad a la Administración Pública sobre cómo

aportar la información e incluso sobre si la aporta o no, en claro debilitamiento de los controles que las ramas Judicial y Ciudadana tienen asignados sobre la Administración Pública y en general se constituye en un entorpecimiento de las funciones previstas para dichas ramas en el texto constitucional.

IV. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LEGALIDAD, UNIDAD PRESUPUESTARIA Y DE UNIDAD DEL TESORO AL PREVERSE UN REGISTRO SEPARADO DE LOS INGRESOS

El artículo 18 de la ley establece que los ingresos adicionales que se generen con ocasión de la aplicación de la ley "se registrarán separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional, y se destinarán a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo venezolano, así como a la recuperación de su calidad de vida y la generación de oportunidades a través del impulso de sus capacidades y potencialidades".

Existen distintos principios presupuestarios previstos en nuestro texto constitucional que son violentados por esta disposición. Entre ellos están el principio de reserva de ley, el principio de unidad y universalidad presupuestaria y el principio de unidad de caja o unidad del Tesoro.[12]

El presupuesto público es el instrumento que relaciona los gastos e ingresos estimados que tiene el Estado en un año determinado, buscando un equilibrio entre ambos y vinculando dichos gastos a los objetivos del Estado en el marco del plan gubernamental. Para asegurar el control democrático del manejo de las finanzas públicas se requiere que dicho presupuesto sea aprobado por el Parlamento a través de ley. Por su parte, los principios de unidad y universalidad presupuestaria atienden a la necesidad de que haya un único presupuesto que recoja los ingresos y gastos totales, sin deducción alguna, lo que permite un claro y completo entendimiento de la actividad financiera pública.

[12] Ver sobre los principios presupuestarios Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Ediciones Nuevo Mundo, 2007, págs. 81 y ss.

Este principio de unidad presupuestaria exige además el respeto al principio de unidad de caja o unidad del Tesoro que atiende a la necesaria centralización de los ingresos y gastos de la República en una única unidad como es el Tesoro Nacional. Dicho principio deriva además de que la República, como persona jurídica, cuenta con un único patrimonio que abarca todos los ingresos, gastos y bienes de la República. Ello significa que todos los ingresos deben ir al Tesoro y todos los gastos deben ser a cargo también del Tesoro. La importancia de este principio radica no solo en la necesidad de facilitar un adecuado control de las finanzas públicas, sino que además permite dar la suficiente flexibilidad al patrimonio público para atender las dinámicas necesidades públicas y poder priorizarlas en la forma más adecuada. Así se asegura el financiamiento de los gastos del Estado con la totalidad de los ingresos del Estado permitiendo una justa distribución de dichos ingresos. Además, al permitirse una dispersión de los fondos públicos, como pretende la Ley Antibloqueo, se facilitan las irregularidades en el manejo del patrimonio público por lo que se debe propender a que no haya actividades financieras fuera del presupuesto.

Estos principios mencionados se encuentran implícita y explícitamente consagrados en los artículos 311 al 315 de la Constitución. Así, nuestro artículo 311 constitucional establece el necesario equilibrio de la gestión fiscal a través de un diseño presupuestario en que los ingresos ordinarios sean suficientes para cubrir los gastos ordinarios y establece los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal. Asimismo, el artículo 313 señala que la administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley y el artículo 312 establece que el endeudamiento público será autorizado por la Asamblea Nacional tomando en cuenta, entre otros, la capacidad de generar ingresos. El 314 constitucional ordena que no se harán gastos que no hayan sido previstos en ley de presupuesto o sean autorizados a través de créditos adicionales. Por último, en el artículo 315 de la Constitución se establece que en los presupuestos de gastos se establecerá para cada crédito presupuestario el objetivo al que está dirigido y los resultados que se espera obtener, teniendo el Ejecutivo Nacional que rendir cuentas ante la Asamblea Nacional y presentar el balance de su ejecución presupuestaria.

Dichas normas reflejan la exigencia constitucional de que haya un presupuesto en que se refleje la totalidad de ingresos y gastos, para así poder realizar un verdadero control de la gestión fiscal por parte de la Asamblea Nacional y los ciudadanos. Además, es evidente que se pone en riesgo el equilibrio fiscal y la determinación de un sano endeudamiento, exigidos por la Constitución, al permitirse la existencia de ingresos y gastos que estén fuera del presupuesto nacional. Al no estar un conjunto de ingresos y gastos previsto en el presupuesto nacional tampoco se podrá analizar adecuadamente los objetivos a los que están dirigidos dichos gastos y los resultados obtenidos, lo cual también es exigencia constitucional.

Es más, la experiencia venezolana de los últimos años ha demostrado que la existencia de fondos especiales extrapresupuestarios, con ingresos y gastos que no entran al presupuesto nacional y sin metas establecidas, no son verdaderamente auditables pues no suelen cumplir con mecanismos de rendición de cuentas. En este caso la Ley Antibloqueo, al establecer el manejo de recursos a través de fondos extrapresupuestarios, no incorpora especiales mecanismos de control ni de rendición de cuentas sobre esta gestión fiscal. En consecuencia, la ley violenta los principios constitucionales presupuestarios antes mencionados, poniendo en riesgo el adecuado manejo de las finanzas públicas y dificultando los necesarios controles que en la materia deben existir.

V. CONCLUSIONES

Esta ha sido una breve visión de esta alarmante ley dictada por un órgano ilegítimo e inconstitucional que ha usurpado el poder constituyente originario del pueblo. Además de ello hemos visto cómo la Ley Antibloqueo viola principios fundamentales del Estado de Derecho y convierte al Poder Ejecutivo en una suerte de super poder habilitado para actuar por encima de la Constitución y la ley. Paralelamente, las actuaciones a ser realizadas por el Ejecutivo serán hechas principalmente en secreto, impidiéndose a los venezolanos conocer, evaluar y decidir sobre el funcionamiento de su gobierno. Esta realidad no hace más que profundizar el grave deterioro de las garantías democráticas y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lamentablemente, varias de las violaciones constitucionales denunciadas estaban ya presentes en Venezuela antes de la promulgación de la Ley Antibloqueo. Basta pensar, por ejemplo, en los distintos mecanismos utilizados por el gobierno nacional y el Tribunal Supremo de Justicia para desconocer los controles que la Asamblea Nacional tiene asignados constitucionalmente sobre la Administración Pública en materia de crédito público y presupuestaria. Asimismo, es ya recurrente la existencia de varios fondos extrapresupuestarios manejados de forma opaca y sin control.

Esta regulación, sin precedentes, agrava sin duda la situación de desmoronamiento institucional que sufrimos los venezolanos. A través de esta normativa se fortalece el carácter autoritario del gobierno de turno que a través de distintos mecanismos ha ido debilitando al extremo el Estado de Derecho, la democracia y los derechos de todos los venezolanos. Si bien este debilitamiento ha sido constante y progresivo, es nuestro deber seguir alertando sobre las graves consecuencias de leyes y actuaciones como estas que solo pueden ser calificadas como inaceptables vías de hecho que desprecian abiertamente nuestra Constitución y leyes.

Caracas, noviembre de 2020.

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA LEY CONSTITUCIONAL ANTIBLOQUEO EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PETROLERA.

PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS.*

SUMARIO

I) Consideraciones preliminares. II) Invalidez de la Ley Antibloqueo. III) Posibles medidas a ser dictadas en el sector de los hidrocarburos líquidos con fundamento en la Ley Antibloqueo. A) Consideraciones preliminares. B) Posibles actuaciones del Poder Público Nacional. B.1. Restructuración de los esquemas de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias. B.1.1. Variación en la composición accionarial de las empresas mixtas. B.1.2. Cabida a convenios no asociativos (concesiones). B.2. Comercialización de combustibles líquidos. B.2.1. Importación de combustibles líquidos. B.2.2. Comercio interno de combustibles líquidos. B.2.3. Exportación de crudo. B.3. Actividad de refinación. B.4. Reincorporación de bienes y servicios conexos. B.5. Impulso a la inversión privada. B.6. Administración de activos. B.6.1. Venta de acciones. B.6.2. Gravámenes de acciones. B.7. Operaciones de administración de pasivos. B.8. Mecanismos de contratación. V) Consideraciones finales. VI) Bibliografía.

* Abogado egresado de Universidad Católica Andrés Bello, Mención Summa Cum Laude, LL.M in Common Law de Georgetown University, Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, Mención Cum Laude. Aspirante al título de Doctor en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (carga académica cumplida). Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y Profesor Invitado del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero y Expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Sillón N° 30.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1211-1263 ISSN: 0798-1457

I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.583 Extraordinario de fecha 12 de octubre de 2020 apareció publicada la Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos, en lo sucesivo, "Ley Antibloqueo".

De acuerdo con el artículo 1° del referido instrumento, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), su propósito no es otro que establecer un marco normativo especial y temporal que provea al Poder Público Nacional de herramientas jurídicas para contrarrestar y reducir los efectos nocivos generados por la imposición contra la República y su población de medidas coercitivas unilaterales y otras restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otros Estados, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos, que afectan los derechos humanos del pueblo venezolano.

Conforme al artículo 21 y a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo, esta tendrá aplicación preferente respecto de las normas legales y sublegales vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano, incluidas las de rango orgánico, salvo las relativas a derechos humanos y a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias. Finalmente, indica el referido texto que las medidas que con fundamento en él se adopten, seguirán surtiendo efectos aun cuando dicho instrumento haya cesado en su vigencia.

En otras palabras, es propósito de la Ley Antibloqueo que el Poder Público Nacional actúe libre de las ataduras que pueda suponer el ordenamiento jurídico vigente, cualquiera éstas sean, salvo por los casos excepcionales en ella señalados.

II) INVALIDEZ DE LA LEY ANTIBLOQUEO

Desde que el 27 de octubre de 2017 se formalizó la convocatoria a una ANC en el país, surgieron críticas, denuncias y protestas en cuanto a su necesidad y validez. Si bien el tema de su convocatoria se encuentra claramente regulado en el artículo 347[1] de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el proceder de las ramas ejecutiva y judicial del Poder Público Nacional se apartó completamente de su letra.

Es así como en opinión del académico venezolano Rafael Badell Madrid, el Decreto N° 2.830 mediante el cual Nicolás Maduro convocó a una ANC, está viciado de inconstitucionalidad por cuanto usurpó la titularidad atribuida al pueblo en el artículo 347 de la Carta Magna, como depositario del poder constituyente, de decidir su convocatoria y de fijar sus objetivos a partir de la determinación de sus cometidos programáticos. Continúa señalando Badell, que el proceder del Presidente de la República violó también los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 62, 63, 70 y 71, entre otros, de la Ley Fundamental[2].

De conformidad con el artículo 348 de la Constitución, ciertos órganos de los poderes constituidos, entre otros, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, tienen la iniciativa de convocatoria de la ANC, lo cual quiere decir, que a lo sumo, tienen la facultad de promover tal convocatoria para que se consulte al pueblo, mediante referendo consultivo si quiere o no convocar a una ANC[3].

La convocatoria a una ANC debió ser sometida a referendo consultivo, mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículos 62 y 70, en concordancia con artículos 63 y 71), como había sido reconocido en el caso de la Constituyente de 1999.

---

1 Artículo 347 CRBV: El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

2 Rafael Badell Madrid, *La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, p. 90.

3 Ibidem, p. 90.

De esta forma, sostiene Badell que el Decreto N° 2.830 al omitir la voluntad del pueblo sobre la convocatoria de una ANC y accionar directamente este mecanismo de sustitución constitucional, contrarió también el principio de progresividad de los derechos (artículo 19 de la Constitución), en especial, el de participación ciudadana en el ejercicio de la soberanía popular (artículos 62 y 70 de la Constitución).

Termina sentenciando el jurista venezolano que, en virtud de lo expuesto, la ANC fue ilegítimamente "convocada" por el Presidente de la República en usurpación de la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente originario.

Aquel vicio se profundizó aún más, cuando Nicolás Maduro dictó unilateralmente y sin consulta popular las bases comiciales sobre las que se llevaría a cabo la convocatoria, así como la conformación y funcionamiento de la ANC.

Frente a todas las denuncias efectuadas sobre la validez de aquel proceder del Primer Mandatario Nacional, la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia N° 378 de fecha 31 de mayo de 2017 determinó que no era necesario, ni constitucionalmente obligante, un referendo consultivo previo para la convocatoria de una ANC.

La SC determinó así que la CRBV al reconocer la soberanía popular en su artículo 5, dispone a su vez que dicha soberanía puede ejercerse tanto directa como indirectamente y, en este sentido declara la Sala que, si bien el pueblo puede ejercer la democracia participativa, también puede ejercer la democracia representativa, en ejercicio indirecto de la soberanía. Señala entonces que los órganos que ejercen el poder público pueden ejercer indirectamente y por vía de representación la soberanía popular y, por lo tanto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 348 del Texto Fundamental, puede decidir convocar a una constituyente sin que sea necesario consultar al pueblo.

Tal decisión en nuestra opinión, que es a su vez la de un sector mayoritario de la doctrina patria, arrebata al pueblo de Venezuela el ejercicio de la soberanía relativo al poder constituyente que atribuye el precitado artículo 347 de la Carta Magna.

Con el camino despejado por la SC, el Presidente de la República continuó avanzando. Fue así, como el 4 de junio de 2017 dictó el Decreto N° 2.889 contentivo de las bases para la elección de los integrantes de la ANC, quienes serían electos en el ámbito territorial y sectorial mediante el voto universal, directo y secreto, sin perjuicio de los integrantes de la población indígena, lo que también representó un exceso del Primer Mandatario Nacional.

El día 30 de julio de 2017 se llevó a cabo el proceso comicial dirigido a la elección de los llamados "constituyentistas", en el que únicamente participaron candidatos pertenecientes al sector oficialista, quienes terminaron siendo juramentados en un número de 545 el día 4 de agosto de 2017.

La inconstitucionalidad de la ANC no sólo se ha atribuido a su origen sino también a su desempeño. Ha sido sostenido que el poder constituyente, cuando es ejercido por su titular originario que no es otro que el pueblo, reviste carácter ilimitado, quedando a salvo, sin embargo, por una parte, los valores naturales y absolutos y, por la otra, los términos establecidos por el poder constituyente originario, es decir, por lo que disponga el pueblo en ejercicio directo de su soberanía.

> "Debido a que precisamente la ANC no detenta un poder ilimitado o absoluto, como el que sí detenta el pueblo en ejercicio de su soberanía y del poder constituyente originario, ésta no puede modificar o suspender el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, la ANC no tiene la facultad de alterar o impedir la vigencia de la Constitución durante su funcionamiento, al no detentar el carácter originario.
> La ANC, en la labor de redactar la nueva Constitución debe respetar el ordenamiento constitucional y legal vigente. Está sometida a las normas y principios constitucionales vigentes para su conformación, siendo que la supremacía del texto fundamental (artículo 7 de la Constitución) impide que ésta pierda su vigencia (artículo 333 de la Constitución), hasta tanto el poder constituyente originario, que solo corresponde al pueblo, lo decida mediante referendo consultivo que resulte en la adopción de una Constitución[4]".

[4] Rafael Badell Madrid, Ob. Cit., p. 69.

De acuerdo con el artículo 347 de la Carta Magna, la ANC tiene por objeto: 1) transformar el Estado, 2) crear un nuevo ordenamiento jurídico y 3) redactar una nueva Constitución. De forma tal que las actuaciones de la ANC deben estar circunscritas a esos propósitos esenciales.

> "Se sigue de la norma que no es que el proceso constituyente da lugar a un régimen de facto que pueda por vías de hecho eliminar o destruir el ordenamiento vigente ni los poderes constituidos. Cualquier sustitución o modificación del orden existente ha de producirse con la aprobación de la nueva Constitución, y en caso de que dicha aprobatoria no proceda, porque el pueblo la rechace, continuará vigente el ordenamiento constitucional y sus poderes constituidos en el ejercicio de sus funciones, que no ha de interrumpirse, salvo que una nueva Constitución aprobada por el pueblo lo ordene y en los términos en los cuales sus disposiciones transitorias lo regulen[5]".

Según el abogado venezolano, Fernando Sanquírico:

> "La consecuencia jurídica de esta norma [347 CRBV] es clara: la Asamblea Nacional Constituyente está sometida a lo que determina la Constitución. Inclusive, la Constitución reconoce la existencia conjunta tanto de los Poderes tradicionales constituidos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral; por lo que la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto está sometida a la Constitución y su única función es la de redactar una nueva Constitución, no puede desconocer a dichos Poderes Constituidos[6]".

No obstante, es claro que la ANC ha pretendido ejercer poderes "originarios" y "plenipotenciarios", y de esa forma se ha considerado a sí misma habilitada para exceder los límites y objeto que deben informar las actuaciones de una institución de su tipo. Fundamentada en ese criterio de la "supraconstitucionalidad", ha dispuesto que sus

---

5 Ibídem, p. 70.

6 Fernando Sanquírico Pittevil, "Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la república", en Allan Brewer-Carías, y Carlos García Soto (compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017, p. 433.

decisiones y actos son incluso de "superior" rango que las previstas en la Constitución.

Fue así como al dictar la ANC las "Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos Constituidos" de fecha 8 de agosto de 2017, dispuso en su artículo quinto que:

> "(…)
> QUINTO: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están obligados a cumplir y a hacer cumplir los actos jurídicos que emanen de dicha Asamblea …"

En opinión de Rafael Badell, esta disposición es violatoria del ordenamiento constitucional, por cuanto pretende situar a los actos y decisiones que dicte la ANC por encima de la Constitución, así como de los órganos regulados en ella, a pesar de lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Magna, que prevé la supremacía del Texto Fundamental.

La más reciente expresión de aquel inaceptable proceder de la ANC la representa precisamente la Ley Antibloqueo aquí a ser analizada. Evidencia clara de aquella política la constituyen sus artículos 19 y 21, así como su Disposición Transitoria Primera, en los que se prevé la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de "inaplicar" normas de rango legal y sublegal, salvo las relativas a derechos humanos y a la división del Poder Público **que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias**. Tras dicha "inaplicación", que valga señalar sólo corresponde en principio al Poder Judicial (Art. 334[7] CRBV) y únicamente por razones de inconstitucionalidad, pretenderá seguramente el Ejecutivo Nacional regular materias sujetas a reserva de ley[8], así como liberarse de los controles que corresponde ejercer a la AN, todo lo cual se traducirá en la violación, entre otros, de los artículos 2, 7, 112, 136, 137, 138, 302, 312, 313 y 334 de la Carta Magna.

---

[7] Control difuso y concentrado de la constitución.

[8] La reserva de ley en materia de libertad de empresa se encuentra consagrada en el artículo 112 de la CRBV, cuando se señala que "todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes…"

III) POSIBLES MEDIDAS A SER DICTADAS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS CON FUNDAMENTO EN LA LEY ANTIBLOQUEO

A) Consideraciones preliminares

Nadie pone en duda la grave crisis por la que atraviesa nuestro país desde que se instauró la llamada "Revolución Chavista" en 1999. La presencia omnímoda del Estado que ha desarticulado el régimen económico consagrado en la CRBV, debilitando y achicando considerablemente al sector privado[9]; la sistemática violación del ordenamiento jurídico que ha desmontado el estado de Derecho consagrado en la Carta Magna; los cada vez más evidentes y burdos fraudes electorales que han atentado contra el carácter democrático del Estado y los impresentables indicadores de insatisfacción y violación de los derechos humanos que evidencian la injusticia en la que viven los venezolanos, alejan a nuestro Estado del modelo democrático, social de Derecho y de Justicia consagrado en el Texto Fundamental, acercándolo más bien a un Estado Totalitario.

En lo económico, que es el tema que nos ocupa, el balance de tan lamentable gestión en términos de cifras, que generalmente dicen mucho más que las palabras, puede resumirse como sigue:

- *Reducción del PIB* en 57,6% entre el primer trimestre de 2013 y el primer trimestre de 2019[10].
- *Niveles acumulados de inflación* de 185.175.451% entre noviembre de 2017 y septiembre de 2020.
- *Correlación entre el Bolívar y el Dólar* que pasó entre el 21 de agosto de 2018 y el 20 de noviembre de 2020 de Bs.S. 60/US$1 a Bs.S. 710.701/US1, lo que implica que la cotización del dólar ha aumentado en poco más de dos años en 1.184.501,66%[11] respecto del Bolívar Soberano.

---

[9] Según reporta la encuentras de Coyuntura Industrial efectuada por CONINDUSTRIA para el 2019, la capacidad productiva del sector industrial se encontraba en 21%. Ese año habían salido del mercado aproximadamente 400 empresas. En las últimas dos décadas el parque industrial reflejaba un descenso de cerca de 13.000 unidades a 2.145. En: www.fedecamaras.org.ve/comunicadoconindustria/

[10] bcv.org.ve

[11] bcv.org.ve

- *Endeudamiento* con un saldo de deuda pública externa en 2008 estimado en cerca de US$ 50.000 mm que se aprecia podría alcanzar US$ 141.000 mm para finales de 2020. Si bien el incremento en niveles absolutos es notable, lo es aún más si se relaciona el saldo de la deuda con el monto de las exportaciones, un indicador usual del peso relativo del endeudamiento para una economía. En este sentido, mientras que en 2008 el saldo de la deuda pública externa representaba el 53% de los ingresos por exportaciones, para finales de 2020 se estima que podría significar cerca de 1.900%. Con base en esta última cifra, Venezuela es, sin duda, la economía relativamente más endeudada, no sólo de Latinoamérica sino del mundo[12].
- *Caída de la producción petrolera* que según la OPEP ha registrado un descenso de 86% al haber pasado de una producción de 2.776.000 b/d en septiembre 2014 a 367.000 b/d en octubre 2020[13]. En lo que respecta a la gasolina, en algunas oportunidades se ha logrado alcanzar últimamente un máximo de 60.000 b/d, a pesar de que el mercado interno consume entre 100.000 y 120.000 b/d, tras la drástica disminución del parque automotor nacional. El déficit ha tenido que ser cubierto con combustible importado, quedando generalmente desabastecida buena parte del interior del país.

Si bien estos indicadores son contundentes, la crisis venezolana no puede medirse únicamente con base en ellos, en tanto también es necesario referirla a los índices sociales e institucionales. Al respecto puede decirse que:

- El sistema eléctrico se encuentra hoy día en una crisis estructural nunca vista en la historia del país, habiéndose registrado una contracción de 35% entre 2013 y 2020[14].

[12] Informe de Coyuntura de septiembre del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la UCAB dirigido por Luis Zambrano Sequín, p. 16.

[13] https://www.opec.org/opec_web/en/publications/337.htm

[14] https://www.voanoticias.com/venezuela/colapso-electrico-en-venezuela-un-ingrediente-mas-de-la-profunda-crisis

- En los últimos años se ha exacerbado la escasez de agua. En este sentido, el Observatorio Venezolano de Servicios Públicos realizó una encuesta en la que tan solo un 23% de las familias venezolanas afirmó recibir agua potable siempre. Se calcula que en los últimos 20 años han sido gastados cerca de USD 10.000 millones en obras fracasadas para mejorar el servicio[15]. Hoy día, solo funciona alrededor de 55% de la capacidad instalada de la infraestructura del sistema. Afirma José Norberto Bausson, expresidente de Hidrocapital, que en 1999 era posible repartir 140.000 litros por segundo de agua potable, teniendo el 82% de la población acceso a agua continua y de buena calidad. Hoy, esto se reduce a entre 18% y 20% de los venezolanos.[16]
- El costo de la canasta básica para julio de 2020 rondaba los USD 202, siendo inaccesible para la mayoría de los venezolanos cuyo salario mínimo mensual era en ese momento de US$ 1,95 [17].
- El sistema de salud del país se encuentra, en gran parte, inoperativo. Las estadísticas muestran escasez de medicinas básicas, y suministros médicos. Asimismo, alrededor del 79% de los centros de salud no tienen agua potable.[18]
- El Fondo Monetario Internacional proyectaba una tasa de desempleo de 47.9% para Venezuela en 2020 (sin tomar en cuenta el impacto del COVID19), tomando en cuenta que en 2019 dicha tasa fue de 44.3%.[19]

---

15 elcomercio.com. "La escasez de agua, otra cara de la crisis en Venezuela". 28 de enero de 2020. Disponible en: https://www.elcomercio.com/actualidad/escasez-agua-crisis-venezuela-economia.html.

16 *Prodavinci,* "Por qué no hay agua en Venezuela", 8 de abril de 2019. Disponible en: <http://factor.prodavinci.com/porquenohayaguaencaracas/index.html> y "Vivir sin agua", 21 de marzo de 2018. Disponible en: <http://factor.prodavinci.com/vivirsinagua/>

17 Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores (CENDA), "Resumen del mes CAT y CBT", s/f, Disponible en: <http://cenda.org.ve/noticias.asp>

18 CNN en español, "El sistema de salud de Venezuela está en peores condiciones de lo que se cree, según encuesta". 28 de marzo de 2018. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/03/28/el-sistema-de-salud-de-venezuela-esta-en-peores-condiciones-de-lo-que-se-cree-segun-encuesta/>

19 Crónica uno, "FMI prevé tasa de desempleo en Venezuela de 47.9% para 2020". 9 de abril de 2019. Disponible en: <https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>

Resultan alarmantes los niveles de insatisfacción y violación de los derechos socioeconómicos de la población venezolana atribuibles a las gestiones gubernamentales del periodo comprendido entre 1999 y 2020, que han conducido al reconocimiento por parte de organizaciones nacionales e internacionales (OEA, ONU, etc.) de la configuración de una crisis humanitaria en el país, que aunada a la falta de legitimidad de origen y de desempeño del gobierno de turno, han conducido a que un importante sector califique al Estado venezolano de "fallido".

En el ámbito institucional, las constantes violaciones a los principios rectores del Estado democrático, social de Derecho y de Justicia que comenzaron con la convocatoria a la ANC de 1999 y cuya más reciente muestra la representa precisamente la Ley Antibloqueo que aquí nos ocupa, son las principales responsables de aquellos resultados económicos, sociales e institucionales que, no son peores o no llegaron antes a esos niveles, gracias a circunstancias ajenas a la gestión gubernamental, entre otras, el comportamiento del mercado petrolero entre los años 2008 y 2014[20], aunque los conductores de la Revolución Chavista en sus delirios pretendan atribuírselo como una victoria de la política impulsada en la materia por el para entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.

Independientemente del impacto que en la economía nacional han tenido las denominadas por la Ley Antibloqueo, "Medidas Coercitivas Unilaterales", dentro de las cuales destacan las Órdenes Ejecutivas (Sanciones) dictadas por Barack Obama (2015) y Donald Trump (2018), debe recalcarse que la caótica situación por la que atraviesa Venezuela es fundamentalmente consecuencia de las nefastas gestiones gubernamentales de Nicolás Maduro Moros y Hugo Rafael Chávez Frías.

---

[20] En 2003, la Guerra de Irak unida a la demanda de los países asiáticos hizo que el precio de barril de petróleo volviera a aumentar. Lo propio ocurre en 2006, producto del conflicto en el Medio Oriente, específicamente entre Israel y la Milicia Chiita Libanesa Hezbulá. Brasil, Rusia, China e India, a lo largo de la primera década de los años 2000, son los principales demandantes de crudo, haciendo que a lo largo de esos años el precio de dicho recurso se mantuviera en alza. En el año 2008, el precio del barril alcanza su récord histórico de US$ 147/b, producto de la fuerte demanda de China y del enfrentamiento entre EE.UU. e Irak; sin embargo, luego se registra una estrepitosa baja que lo llevó ese mismo año a US$ 31/b, producto de la caída en la demanda.

Frente al estado calamitoso que viene registrando Venezuela desde hace varios años, el Poder Público Nacional ha recurrido a diversas herramientas previstas en el ordenamiento jurídico, que vale observar han sido instrumentadas de manera abusiva e irregular, al punto de habérselas convertido en inconstitucionales, entre ellas, leyes habilitantes, declaratorias de Estado de Excepción e instalación de una ANC.

En ese contexto, la última de las invenciones a las que ha echado mano el Poder Público Nacional es la Ley Antibloqueo que, en lo económico, según se desprende de su artículo 5, persigue los siguientes objetivos:

- Generar fuentes de trabajo (Arts. 87 -93 CRBV)
- Incrementar el Valor Agregado Nacional (Art. 299 CRBV)
- Elevar el nivel de vida de la población (Art. 299 CRBV)
- Fortalecer la soberanía económica y tecnológica del país (Art. 299 CRBV)
- Alcanzar la plena soberanía sobre las riquezas naturales (Arts. 113 y 302 CRBV)
- Proteger los derechos, intereses y patrimonios de la República y de terceros, incluidos los de otros Estados que invierten en el país (Arts. 299 y 301 CRBV).

Más allá de la letra expresa de la Ley Antibloqueo, de los mensajes implícitos que ella encierra y de algunas señales que comienzan a revelarse en declaraciones de ciertos voceros oficialistas, puede especularse que en el ámbito económico el Poder Público Nacional recurrirá a políticas de privatización, entendida ésta en su acepción amplia, con miras a lograr la desestatización (disminución del intervencionismo), desnacionalización (desprendimiento de bienes, servicios y actividades) y despublicalización (liberación o flexibilización de reservas) de sectores estratégicos.

En este ámbito resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de tomar acciones respecto de una serie de sectores económicos que fueron objeto de reserva por parte del Estado o en los que la República adquirió empresas o bienes por compra, expropiación o a través de vías de hecho.

Dentro del primer grupo encontramos a los sectores petrolero, minero estratégico (oro, coltán, diamantes), petroquímico y eléctrico, entre muchos otros. En el segundo grupo, es decir, sectores cuyas empresas más representativas fueron "adquiridas" por el Estado, pero en los que no media reserva, encontramos casos como los de las empresas cementeras, agrícolas y bancarias, por tan solo mencionar unas pocas.

En rueda de prensa internacional organizada por la Presidencia de la República el día 28 de octubre de 2020, ante la pregunta formulada por un periodista extranjero acerca de los planes de inversión que se llevarían a cabo en Venezuela en el marco de la comentada actuación de la ANC, Nicolás Maduro afirmó: **"Con la Ley Antibloqueo podemos hacer todo"**. Ese "todo" al que con arrogancia se refirió el Primer Mandatario Nacional, encierra la idea de que la recuperación de la economía nacional depende de la liberación del Poder Público Nacional del ordenamiento jurídico vigente, como si el ordenamiento jurídico fuera un obstáculo para lograrla. Pareciera entonces que hemos retrocedido, en poco más de dos décadas, hasta el Estado Absoluto del que nos separan más de dos siglos.

Lo que no pareciera terminar de entender Nicolás Maduro, es que si en algún sector de la vida en sociedad no opera la fuerza bruta que supone el ejercicio desmedido del poder, ese es el económico. En contrapartida, también debe admitirse que, siempre habrá quienes estén dispuestos a incursionar en semejante aventura, "pescando en río revuelto". Frente a una decisión de ese tipo, vale simplemente alertar a quienes transiten ese camino que, si al final del recorrido surgen contratiempos no les será posible alegar el "principio de la buena fe", porque "el juego está cantado" y "nadie puede alegar su propia torpeza".

Lo que comienza mal, igualmente mal ha de terminar. No serán un acto normativo, inválido y una gestión de gobierno arbitraria, los que logren encauzar la economía, mucho menos, aplicando la misma receta que la condujo al abismo.

Antes de proceder a efectuar algunos comentarios concretos en torno a las medidas que en el ámbito de los hidrocarburos líquidos pudiera tener en mente adoptar el Poder Público Nacional con base en la Ley Antibloqueo, debe advertirse que el 6 de diciembre de 2020 (6D2020) tendrá lugar un proceso eleccionario dirigido a la conformación de la

AN para el período 2021-2026. Con la celebración de esas elecciones el Oficialismo aspira zanjar la problemática que ha venido confrontando desde el 5 de enero de 2016 cuando dejó de contar con la mayoría parlamentaria, frente a lo cual no encontró otra alternativa que instrumentar la estratagema del llamado "Fraude del Estado Amazonas" y la subsiguiente declaratoria del "Desacato" por parte del órgano legislativo. No obstante que se da por descartado el triunfo del partido de gobierno ante la decisión adoptada por la mayoría democrática opositora de no participar en dicho evento electoral, la consecución del objetivo trazado por el Ejecutivo Nacional pudiera verse obstaculizada dada la postura asumida por la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea (UE) de desconocer ese proceso por considerarlo contrario a las reglas democráticas universalmente aceptadas[21]. En esa materia y muchas otras, habrá que ver cuál será la posición del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica bajo la administración de Joe Biden, más allá que Donald Trump ya se había pronunciado en el sentido de no reconocer a la nueva AN. En todo caso, el 5 de enero de 2021, con seguridad se instalará una AN con mayoría calificada oficialista que legislará al margen de las reacciones externas que se produzcan, sin que haya un Poder Judicial que controle la validez de sus actos.

Para terminar de visualizar el campo de actuación en el que se desenvolverá el Poder Público Nacional en lo sucesivo, es adicionalmente necesario referirse nuevamente a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo, conforme a la cual, ese instrumento coexiste con el decreto que establece el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio nacional, aunque siempre privando en caso

[21] Unión Europea (UE), "*Venezuela: Comunicado de prensa sobre el diálogo de la UE con las partes interesadas en Caracas (traducción no oficial)"*, 30 de septiembre, 2020. Disponible en: <https://eeas.europa.eu/delegations/venezuela/86155/venezuela-comunicado-de-prensa-sobre-el-di%C3%A1logo-de-la-ue-con-las-partes-interesadas-en-caracas_es> y Organización de Estados Americanos (OEA) "Nota de la misión permanente de Colombia mediante la cual adjunta el proyecto de resolución 'La carencia de condiciones democráticas mínimas, para garantizar elecciones libres, justas y transparentes en la República Bolivariana de Venezuela' con el copatrocinio de Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela", 19 de octubre, 2020. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/481061946/Resolucion-Venezuela#from_embed>.

de conflicto o de que la normativa derivada de este último represente un obstáculo.

En otras palabras, pareciera que el Poder Público Nacional, según lo requiera, pretende actuar en lo sucesivo con base en: i) Ley Antibloqueo; ii) Decreto que acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica; iii) normas de rango legal y sublegal integradoras del ordenamiento jurídico ordinario vigente; iv) Leyes sancionadas por la AN; v) Decretos-Leyes dictados con base en leyes habilitantes que con seguridad sancionará la AN a favor del Presidente de la República, todo sin perjuicio de lo previsto en el Texto Fundamental, al que mencionamos en último lugar intencionalmente, porque a ese puesto pareciera pretender relegársele.

En ese contexto, la Ley Antibloqueo lejos de contribuir a crear un escenario signado por la claridad, transparencia y seguridad jurídica, tan necesarias para que la economía del país se encauce, abonará la discrecionalidad y arbitrariedad, todo a la sombra del secretismo y la falta de discusión, lo que agravará aún más la crisis económica, social e institucional que tanto agobia a los venezolanos.

B) Posibles actuaciones del Poder Público Nacional

Varias son las acciones con directa incidencia en el ejercicio de actividades económicas que pudieran ser adoptadas por el Poder Público Nacional conforme a la letra del Capítulo II de la Ley Antibloqueo, unas, dirigidas a generar ingresos públicos, otras, enrumbadas a la mejora de los niveles de satisfacción de los derechos fundamentales de la población venezolana y, según algunos, todas, enfocadas a lograr la permanencia del régimen.

Entre esas posibles acciones vale mencionar las siguientes:

- Inaplicación de normas de rango legal o sublegal que resulten contraproducentes para enfrentar los efectos producidos por las "medidas coercitivas unilaterales"
- Implementación de mecanismos financieros a gran escala que permitan restituir progresivamente el valor de las prestaciones sociales, beneficios acumulados y ahorros obtenidos por los trabajadores

- Celebración de actos y negocios requeridos para revertir e impedir la inmovilización de activos
- Reorganización de entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país
- Modificación de los mecanismos de constitución, gestión, administración y participación del Estado en determinadas empresas públicas o mixtas en el territorio nacional o en el exterior
- Implementación de operaciones a nivel nacional e internacional dirigidas a mejorar la administración de pasivos y activos
- Diseño e implantación de mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, preferentemente de producción nacional
- Impulso a la inversión privada nacional y extranjera
- Incorporación al desarrollo nacional de todo activo en poder del Estado producto de procesos administrativos o judiciales
- Protección de sectores estratégicos
- Levantamiento de restricciones en la comercialización de ciertos bienes
- Estímulo a la iniciativa social.

Dada la magnitud de las referidas medidas y a los términos de su previsión en la Ley Antibloqueo, a efectos del presente análisis nos centraremos únicamente en el examen de su impacto en el sector de los hidrocarburos líquidos.

B.1. Restructuración de los esquemas de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias

La Ley Antibloqueo alude en su artículo 25 a la facultad que se confiere al Ejecutivo Nacional para adoptar mecanismos dirigidos a la organización y reorganización de los entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país. Tales medidas han de ir dirigidas a la modernización y mejora de los mecanismos de constitución, gestión, administración, funcionamiento y participación del Estado en ese tipo de entidad, todo ello, **sin perjuicio de lo previsto en la CRBV.**

En virtud de las características del sector petrolero nacional y lo que representa para el país[22], no cabe duda, que respecto de él actuará prioritariamente el Poder Público Nacional con base en el instrumento en comentario o por cualquier otra de las vías que están a su disposición (AN/Estado de Emergencia/Ley Habilitante).

El proyecto de Ley Antibloqueo presentado por Nicolas Maduro Moros a la ANC en octubre de 2020 era explícito en lo que respecta al sector petrolero, al punto que dedicaba tres artículos a esa materia. Independientemente de que esas normas fueron suprimidas del texto finalmente aprobado por la ANC, su esencia quedó igualmente plasmada en su artículo 25.

En materia petrolera, resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de modificar la modalidad bajo la cual actualmente participa el sector privado en el ejercicio de las actividades reservadas, reconocida como una de las causas de la debacle de la Industria Petrolera Nacional (IPN) que actualmente ni siquiera es capaz de cubrir la demanda interna de combustibles líquidos y ha retrocedido en sus niveles de producción de crudo a los años cuarenta del siglo pasado.

Muestra adicional de que sobre ese sector actuará el Poder Público Nacional la representa la intervención del actual presidente de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), Asdrúbal Chávez en reunión celebrada con la Cámara Petrolera Venezolana (CPV), en la que informó sobre los planes que existían en ese sentido y frente a lo cual pareciera haber encontrado receptividad entre sus interlocutores[23].

---

[22] Hace una década la exportación de petróleo y sus derivados representaba 90.000 millones de dólares para la República. En 2020 cuando mucho generará 2.300 millones de dólares para el Tesoro Nacional. En: https://www.nytimes.com/es/2020/10/07/espanol/america-latina/venezuela-petroleo-maduro.html

[23] Declaración de presidente de la CPV, Reinaldo Quintero: "Tenemos que coexistir y llegar a un acuerdo nacional y poner por delante los temas económicos y operativos que afectan a la mayoría de la población. Estamos trabajando en la rehabilitación de la industria y para eso partimos de que ambos sectores políticos (Gobierno y oposición) tienen propuestas parecidas como no limitar la participación de privados, permitir la comercialización de productos por parte de privados, gobernabilidad y repago". http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/presidente-de-pdvsa-propuso-la-cpv-apertura-en-empresas-mixtas-e-importaci%C3%B3n-de

B.1.1. Variación en la composición accionarial de las empresas mixtas

Desde hace varios años diversos sectores del mundo petrolero nacional han venido planteando la urgente necesidad de flexibilizar el régimen de las llamadas empresas mixtas previsto en el artículo 22 de la vigente LOH de 2006, en las que el Estado, de manera directa o indirecta, ha de mantener una participación accionarial superior al 50%, así como permitir el ejercicio de actividades primarias a través de entes totalmente privados, mediante opciones contractuales que no impliquen asociación con el Estado, a través de la figura de la concesión.

Cualesquiera sean los planes que en ese sentido tenga en mente el Poder Público Nacional, partiendo del "respeto que se debe a la CRBV[24]" al que alude en varias oportunidades la propia Ley Antibloqueo, ha de tenerse en cuenta que en materia de hidrocarburos líquidos media una reserva de rango constitucional (Art. 302) que debe ser instrumentada mediante ley orgánica. En ella puede darse cabida a la participación privada, tanto por la vía contractual asociativa, en la que el Estado tenga cualquier nivel de participación accionarial, como por la vía contractual no asociativa (concesiones). Independientemente de la modalidad que adopte el legislador respecto de la reserva, en ella siempre ha de intervenir PDVSA o el ente corporativo que la sustituya bajo la exclusiva propiedad de la República[25].

En virtud de que la puesta en práctica de este tipo de medidas exige la intervención de la AN, quien ha de sancionar una ley orgánica a esos efectos, nos preguntamos **¿Cómo pretende actuar a esos fines el Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo, sin quebrantar adicionalmente al Texto Fundamental?**

Se trata de una materia sujeta al Principio de Reserva de Ley, respecto de la cual debe tenerse presente, sin embargo, el precedente de

---

[24] Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder público están sujetos a esta Constitución.

[25] Sobre este tema sugerimos la lectura del artículo "Relanzamiento de la Actividad Energética en Venezuela. Primera Entrega. Modalidades de Participación del Sector Privado en las Actividades Primarias. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 160.

haber sido regulada en el pasado a través de un Decreto-Ley (2006). Si bien ha sido objeto de polémica el que respecto de este tipo de materia pueda mediar habilitación o tratamiento a través de decretos en el marco de un Estado de Excepción, lo que si pareciera claro es que los principios democráticos que encierra la condición impuesta por el artículo 302 de la CRBV al condicionar la regulación de una materia tan importante como la petrolera a la sanción de una ley orgánica, no podría considerarse válidamente satisfecha mediante una actuación del Presidente de la República fundamentada en una supuesta "Ley Constitucional Antibloqueo", no prevista en nuestro Texto Fundamental y dictada por una ANC ilegítima en su origen y desempeño.

La sujeción constitucional de determinadas materias al Principio de Reserva Legal supone una decisión por parte del constituyente de considerar ciertos temas de especial relevancia debiendo ser únicamente regulados por el Poder Legislativo. De esa forma el órgano electo popularmente en el que está representada la población (mayorías y minorías), queda a cargo de la sanción del instrumento legal correspondiente, además, sujetándolo a un procedimiento que garantiza la discusión y la consulta, es decir, el pleno ejercicio de la democracia, no sólo representativa, sino también, participativa.

Tal premisa no sólo aplica respecto de lo previsto en el artículo 302 de la Carta Magna, sino también de lo contemplado en su artículo 112, según el cual, la garantía de la libertad económica no es absoluta pudiendo ser objeto de las limitaciones establecidas por **las leyes**, por razones de desarrollo humano, seguridad, protección del ambiente u otras de interés social.

Pese a la mala redacción del artículo 21 de la Ley Antibloqueo, de él pareciera desprenderse que su propósito no es otro que el de permitir al Ejecutivo Nacional "inaplicar" normas, entre ellas, las que condicionan sus actuaciones a la previa autorización de la AN. Al respecto vale preguntarse si la pretensión de la ANC de que el Ejecutivo Nacional desaplique normas de rango legal abarca también a las dictadas por mandato constitucional, como ocurre precisamente en el caso que aquí nos ocupa.

Si el artículo 302 de la CRBV ordena que la reserva petrolera sea desarrollada por una ley que, además debe ser orgánica, no es posible,

aun en el supuesto de que se aceptara la figura de la "inaplicación" que, tras el ejercicio de esa facultad, el vacío dejado sea llenado por una prescripción de rango sublegal. Ello supondría una clara violación del referido mandato constitucional que conduciría a la nulidad de lo actuado, tal como lo prevé el artículo 138[26] del Texto Fundamental.

Por más que la Ley Antibloqueo faculte al Ejecutivo Nacional a "inaplicar" leyes, incluidas las orgánicas, con lo que se pretendería obviar el extremo previsto en el artículo 22 de la LOH en virtud del cual el Estado debe contar con una participación mayor al 50% de las acciones de las empresas mixtas, el vacío que ello dejaría únicamente podría ser llenado por otra ley orgánica que debería ser sancionada por una AN legítimamente electa y posteriormente promulgada por un Presidente de la República, igualmente electo de manera legítima.

De inaplicar el Presidente de la República el artículo 22 de la LOH (inaplicación de primer grado) y dictar un acto que permita una participación estatal distinta a la expresamente prevista, estaría incurriendo en un claro caso de usurpación de funciones, evidentemente inconstitucional y nulo, que se vería reforzado con la inaplicación que, adicionalmente supondría del artículo 302 constitucional (inaplicación de segunda grado).

Ante la mácula que impondría tal proceder en una materia tan sensible como la petrolera, pudiera pensarse que el Ejecutivo Nacional actuara más bien a través de la AN que resulte electa el 6D2020, con lo cual eliminaría buena parte de los problemas que suscitaría el operar con base en la Ley Antibloqueo. En ese hipotético escenario, quedaría pendiente, sin embargo, medir el impacto que tendría en ese acto legal a ser dictado, la ilegitimidad que atribuirá buena parte del mundo democrático al cuerpo parlamentario resultante de tan cuestionable proceso electoral, al que valga señalar, pertenecen los inversionistas más atractivos en un mundo tan especializado como el petrolero.

Un tercer escenario que pudiera presentarse respecto del tema aquí tratado es que la AN electa el 6D 2020 habilite al Presidente de la República a legislar y que con base en ello, como ocurrió en 2006, Nicolás Maduro Moros reforme la LOH o dicte una nueva LOH. En ese caso, a

[26] Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

pesar del antecedente de 2006, tal proceder pudiera considerarse violatorio del artículo 302 constitucional por contrariar la "Reserva de Ley" en él consagrada, lo que, aunado a la ilegitimidad de esa AN, mantendría un margen de inseguridad jurídica de considerable magnitud.

La opción que tiene el Ejecutivo Nacional de continuar regulando materias sujetas al Principio de Reserva de Ley mediante decretos dictados con base en la declaratoria de Estados de Emergencia Económica, por períodos que exceden groseramente los límites establecidos en el artículo 338 de la CRBV (60 días prorrogable por otro tanto con la aprobación de la AN), sería también cuestionable, lo que conduce nuevamente a un escenario incierto desde el punto de vista jurídico.

Más allá de la inaplicación del artículo 22 de la LOH, sería necesario, además, que el Ejecutivo Nacional "inaplicara" el artículo 33 eiusdem, según el cual, la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la **aprobación previa de la AN**.

Es precisamente de ese rol contralor de la AN del que pretende liberarse el Ejecutivo Nacional, para lo cual la Ley Antibloqueo incluyó el artículo 21[27].

Ha sido tradicionalmente considerado que, especialmente en el marco de una reserva de actividad a favor del Estado, contratos del tipo de los de asociación califican como de interés público nacional, por lo que la LOH, como también lo hizo en su momento la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH), supedita su celebración a la aprobación previa de la AN conforme lo dispone el artículo 150[28] de la CRBV.

De la norma antes mencionada puede observarse cómo la actuación de la AN no se limita a legislar, sino que también juega un importante papel, junto con otros órganos contralores del Poder Público Nacional, en el resguardo del interés público en referencia a los actos del Ejecutivo Nacional.

---

[27] Artículo 21 (…) En ningún caso podrá inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos, ni aquellas relativas a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias.

[28] Artículo 150.- La celebración de los contratos de interés público nacional requerirán la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

En cuanto a la autorización legislativa, comenta Allan Brewer Carías que la misma tiene por función evitar la adopción de medidas de interés general y vital para la nación sin la intervención del Poder Legislativo. Dicha autorización, previa a la conclusión del contrato, se verifica a través de acuerdos, vale decir, actos emanados de la Asamblea Nacional en sesión plena, que habilitan a la administración para ejercer el poder jurídico de contratar. El referido autor considera que se trata de actos legislativos en su fondo y en su forma, dictados a instancia de la administración pública y que pueden contener determinaciones sobre las oportunidades, formas y condiciones para que la Administración contrate[29].

Es importante, sin embargo, tener en cuenta que el artículo 150 de la CRBV deja en manos del legislador el exigir si un contrato de interés público nacional requiere o no de autorización previa para ser celebrado. Es decir, que, aun tratándose de contratos de ese tipo, si el legislador no condiciona su celebración al referido control parlamentario, estos pueden celebrarse válidamente sin intervención de la AN.

En un caso como el planteado, si con base en la Ley Antibloqueo se "inaplicara" el artículo 33 (inaplicación de primer grado), no sería necesario inaplicar el artículo 150 de la CRBV, aun cuando en el fondo se estaría atentando contra su espíritu, propósito y razón de ser.

B.1.2. Cabida a convenios no asociativos (concesiones)

Hemos venido sosteniendo en otros estudios que los términos en que fue consagrada constitucionalmente la reserva de actividades relativas a los hidrocarburos líquidos en los artículos 302 y 303 de la CRBV, permiten la celebración de contratos no asociativos entre el Estado y los particulares, en virtud de los cuales estos últimos puedan ejercer actividades primarias.

En caso de que el Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo pretenda instrumentar esa opción, tendría que inaplicar la LOH,

[29] Allan Brewer-Carías; *Contratos administrativos en procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional*. Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973, pp. 80-89.

por cuanto ella no está prevista en su texto. El dictar una nueva normativa que la regule a través de un acto distinto de una ley orgánica, conduciría al mismo escenario antes planteado de violación del artículo 302 de la CRBV, lo que estaría viciado de nulidad absoluta conforme al artículo 138 eiusdem.

B.2. Comercialización de combustibles líquidos

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley Antibloqueo, cuando resulte necesario proteger sectores productivos fundamentales del país y a los actores que en ellos participan, se autoriza el levantamiento de restricciones a la comercialización de determinadas categorías de sujetos en actividades estratégicas de la economía nacional.

En ese contexto y teniendo en cuenta la crisis que viene registrando el país desde hace algún tiempo en lo que respecta a la producción y, por ende, suministro de combustibles líquidos (gasolina, gasoil y diesel, etc.), otra de las medidas que se comenta pudiera adoptar el Ejecutivo Nacional es la de permitirle a los particulares la importación, distribución y expendio de tales productos.

Al respecto lo primero que debe tenerse presente es que en nuestra opinión la reserva de la actividad petrolera consagrada en el artículo 302 constitucional no abarca el comercio interno y externo de derivados de los hidrocarburos líquidos. Así lo asumió el legislador al desarrollar la materia en la LOH al señalar que el comercio interior y exterior de productos derivados de hidrocarburos líquidos puede ser llevado a cabo por particulares previo permiso expedido por el ministerio competente, salvo el que tenga por objeto productos y derivados que el Ejecutivo Nacional haya señalado vía decreto de exclusiva comercialización por empresas de total propiedad de PDVSA (arts. 56 al 58 LOH).

Dos años después de dictada la LOH de 2006, fue sancionada la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos (LORMICL), publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 39.019 del 18 de septiembre de 2008, en virtud de la cual se reservó al Estado la actividad de intermediación para el suministro de combustibles líquidos, realizada por PDVSA, sus filiales y los establecimientos dedicados a su expendio.

En la LORMICL, se reservan también las actividades de transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos. Como consecuencia de tal medida fueron declarados de utilidad pública y de interés social, los bienes, obras, trabajos y servicios que fueren necesarios o complementarios para realizar dichas actividades.

Si bien en 2008 estaba previsto que todos esos bienes fueran adquiridos por el Estado previo el pago de su valor a sus propietarios, se le facultó a ocuparlos, mientras esas negociaciones se llevaban a cabo. Hasta donde tenemos entendido, en la gran mayoría de los casos tales pagos no han tenido lugar aún.

Es importante reiterar que esta reserva, a diferencia de la relativa a las actividades primarias, no es de origen constitucional, sino legal, aun cuando instrumentada igualmente con base en la competencia que a tales fines se confiere a la AN en el artículo 302 del Texto Fundamental, a ser ejercida mediante ley orgánica, de allí pues que resulten aplicables respecto de ella los mismos argumentos expuestos en cuanto a la inaplicación de normas legales e incluso constitucionales.

A efectos del presente análisis, el tema de la distribución y expendio de combustibles puede dividirse en tres grandes bloques la importación, el expendió interno y la exportación.

B.2.1. Importación de combustibles líquidos

Podría decirse que es casi inexistente la normativa reguladora de la importación de gasolina a Venezuela por parte de particulares. Ello es hasta cierto punto lógico, pues bajo el modelo tradicionalmente adoptado en materia petrolera resultaba totalmente imprevisible un escenario de desabastecimiento como el que actualmente confronta el país.

De acuerdo con el artículo 56 de la LOH las actividades de comercialización comprenden el comercio interior y el exterior, de productos y derivados de los hidrocarburos naturales.

Salvo los productos y derivados señalados mediante decreto por el Ejecutivo Nacional, todos los demás pueden ser comercializados por empresas con participación pública y privada en cualquier proporción y por empresas privadas (Art. 58 LOH).

La importación de combustibles supone una operación aduanera que, al igual que su exportación, debería considerarse incluida dentro

de la noción de comercio exterior, por ende, al margen de la LORMICL que, como su nombre indica, regula únicamente el comercio interno de ese tipo de productos. Siendo ello así, el tratamiento de la importación de combustibles líquidos se limita a lo previsto en la LOH, tal como pareciera haberlo entendido el Ejecutivo Nacional cuando dictó el Decreto Nº 4.220 publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.890 del 29 de mayo de 2020 mediante el cual exoneró de todas las tasas los combustibles derivados de los hidrocarburos y los aditivos necesarios para mejorar la calidad de la gasolina. La exención también aplica a las compras externas y ventas en el mercado interno hechas por PDVSA, "realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción **y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos**".

Asume pues el Ejecutivo Nacional, que es perfectamente posible para los particulares importar combustible al país, lo cual luce consistente con lo previsto en la LOH.

Si bien pareciera posible que los particulares importen combustibles líquidos, previo el cumplimiento de los extremos que establezca el Ejecutivo Nacional, cosa distinta es que las sanciones impuestas por los EE.UU. y la Unión Europea permita el ejercicio de dicha actividad sin contratiempos[30].

De superarse exitosamente aquellos obstáculos, una vez el combustible ingrese al territorio nacional, su desembarco, almacenamiento y distribución hasta las estaciones de servicios, ameritará de infraestructura especializada y de unos medios actualmente en manos de PDVSA.

[30] En declaraciones del constituyentista Julio García Zerpa: «Hemos tenido que enfrentar situaciones de facto al tener que traer gasolina» afirmó, al consultarlo por la importación de gasolina en el Zulia por parte de privados, lo cual no está contemplado en la Ley de Hidrocarburos. Dijo que la confidencialidad de la Ley Antibloqueo busca garantizar la reserva de los acuerdos entre el sector privado y el gobierno para evitar que los empresarios sean sancionados. Julio García Zerpa, Constituyentista, admitió que el gobierno ha tenido que hasta caer en piratería para traer gasolina y está garantizado la confidencialidad para empresarios que decidan hacer negocios con el gobierno venezolano. Aseguró que la Ley Antibloqueo está por encima de las leyes orgánicas y por debajo de la Constitución. Disponible en: <https://www.descifrado.com/2020/10/05/constituyente-garcia-zerpa-admite-el-gobierno-ha-tenido-que-enfrentar-situaciones-de-facto-para-traer-gasolina/>

Ante esa realidad, quizá lo más sencillo para los importadores sea vender el producto a la estatal petrolera de manera que ella se encargue del resto. En ese caso, se agravará aún más el riesgo de que las sanciones recaigan sobre los actores privados involucrados[31].

De no venderse el combustible a PDVSA, sería necesario aclarar temas como los siguientes: ¿Cómo se transportará al país?; ¿Cómo se desembarcará el producto?; ¿En qué tanques se almacenará?; ¿A través de qué poliductos se transportará? y; ¿Quién responderá por la seguridad, calidad y conservación del combustible?

B.2.2. Comercio interno de combustibles líquidos

De acuerdo con la LORMICL, la intermediación del suministro de combustibles líquidos realizada entre PDVSA y los establecimientos dedicados a su expendio, corresponde exclusivamente al Estado.

De igual manera se encuentra reservado el transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos.

Tal actividad ha sido calificada como servicio público de primera necesidad, correspondiéndole a PDVSA o a la filial que ella designe efectuar el abanderamiento de los expendios de combustibles líquidos y de las unidades de transporte reservadas.

Como fue indicado estamos ante una reserva dictada con fundamento en el artículo 302 constitucional, aunque distinta a la prevista respecto de las actividades primarias. Independientemente de que no tenga rango constitucional, como hemos señalado, toda reserva amerita para su consagración y regulación de una ley de rango orgánico, razón por la cual tienen plena validez en esta materia los argumentos

[31] Horacio Medina, ex–gerente de PDVSA indicó al respecto que "Aun sin las sanciones esto sería un desastre. Con las sanciones esto se complica muchísimo más, porque, obviamente, es difícil encontrar quién venda la gasolina a un privado que tiene que presentar una serie de condiciones. Y, segundo, encontrar barcos que estén dispuestos a tomar el riesgo de venir al país, porque el problema está en que esa gasolina viene a Venezuela y el régimen que está sancionado es el de Venezuela". En este orden de ideas, en junio de este año Estados Unidos sancionó a cuatro compañías marítimas internacionales que transportaron petróleo venezolano entre febrero y marzo. Además de esto, señala Medina que el bajo valor de la gasolina hace que, para que sea rentable su importación, lo mínimo que tendría que importar cada empresa sería 350.000 barriles. Voz de América, "¿Es viable la importación privada de gasolina en Venezuela?" 15 de junio de 2020. Disponible en: https://www.voanoticias.com/venezuela/es-viable-la-importacion-privada-de-gasolina-en-venezuela

expresados en cuanto a la imposibilidad de inaplicar por la vía de la Ley Antibloqueo a la LOH, sin quebrantar adicionalmente a los artículos 302, 112 y 299 de la CRBV, así como a las que consagran el Principio de Separación de Poderes en la Carta Magna.

En caso de que se inaplique lo previsto en la LORMICL o ésta sea reformada por la AN, surgen dudas en cuanto a la suficiencia del actual "precio internacional" de la gasolina de US$ 0,50/1Lt., tomando en cuenta que al expendedor le serán trasladados costos como: precio de adquisición del combustible en el exterior, flete internacional, descarga, almacenamiento y traslado, entre otros. ¿Será acaso posible manejar el mercado interno en ese escenario con base en un precio fijo, cuando aquellos costos variarán constantemente?; o ¿Tendrá que seguir asumiendo el Estado un margen de subsidio para mantenerlo estable?

Un aspecto adicional de especial relevancia en este campo es el relativo al estatus en que actualmente se encuentra la titularidad de los inmuebles (estaciones de servicios) y vehículos de carga cuya posesión tomó el Estado hace doce años y que a la fecha no han sido pagados a sus propietarios originales. ¿Cómo podrá el Ejecutivo Nacional efectuar actos de disposición sobre esos bienes, entre otros, asignarlos a terceros, si respecto de ellos no ha habido adquisición formal por parte del Estado?

B.2.3. Exportación de crudo

De acuerdo con el artículo 57 de la LOH, la comercialización de hidrocarburos en estado natural sólo puede ser llevada a cabo por las empresas a las que se refiere el artículo 27 *eiusdem*, esto es, las de exclusiva propiedad del Estado. De ahí que se obligue a las empresas mixtas a vender los hidrocarburos naturales que produzcan a esas mismas entidades.

Uno de los aspectos del modelo instrumentado con la LOH que los inversionistas privados claman porque sea modificado es precisamente el relativo a la exportación de los hidrocarburos líquidos en estado natural. Para que ello tenga lugar en el marco de la Ley Antibloqueo, el artículo 57 de la LOH tendría que ser inaplicado con todas las consecuencias jurídicas a las que hemos hecho referencia.

La AN a través de una reforma de la LOH pudiera atender tal requerimiento, aun cuando con el efecto negativo que supondría su falta de reconocimiento por buena parte del mundo democrático.

B.3. Actividad de refinación

Los artículos 27 y 29 de la Ley Antibloqueo, en los que se contempla la posibilidad de elaborar e implementar operaciones de administración de activos, así como medidas que estimulen y favorezcan la participación del sector privado en el desarrollo de la economía nacional, pudieran conducirnos a la intención que tiene el Ejecutivo Nacional, según se ha comentado, de dejar en manos de terceros particulares, nacionales o extranjeros, el manejo de las refinerías actualmente existentes en el país[32].

A la fecha existen en Venezuela las siguientes refinerías:

- Centro Refinador Paraguaná:
  - Bajo Grande (Zulia) con capacidad para refinar 16 MBD
  - Amuay (Falcón) con capacidad para refinar 635 MBD
  - Cardón (Falcón) con capacidad para refinar 305 MBD
- Refinería de Puerto La Cruz (Anzoátegui) con capacidad para refinar 187 MBD
- Refinería de San Roque (Anzoátegui) con capacidad para refinar 5 MBD
- Refinería El Palito (Carabobo) con capacidad para refinar140 MBD

De ese potencial refinador que asciende aproximadamente a 1.288MBD, se procesan al día un total de 200 MBD (a octubre de 2020).

Dada los constantes accidentes registrados por esa infraestructura, la falta de mantenimiento y actualización de sus componentes y los ingentes recursos económicos que se requieren para ponerla a producir a su total capacidad, de un tiempo a esta parte han corrido fuertes rumo-

[32] Amuay, la mayor refinería de Venezuela, podría pasar a ser manejada por funcionarios del gobierno iraní. La medida formaría parte de un nuevo intento del régimen de Nicolás Maduro para "garantizar combustible para el pueblo", en medio de una profunda escasez de gasolina, en un país que cuenta con las mayores reservas mundiales de petróleo. En: https://www.cambio16.com/iran-y-maduro-intentan-reactivar-amuay-la-mayor-refineria-de-venezuela/

res acerca de la posibilidad de que sean terceros, distintos de las operadoras de PDVSA, quienes se encarguen de tan importante actividad.

Si bien conforme al artículo 10 de la LOH las actividades de destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos, es decir, la refinación, no está reservada, pudiendo ser llevada a cabo por particulares a través de licencias expedidas por el ministerio competente, las instalaciones propiedad del Estado que existían para el 2006, sus ampliaciones y modificaciones están reservadas a éste y han sido declaradas de utilidad pública e interés social.

La totalidad de las refinerías que existe en Venezuela son anteriores al año 2006, razón por la cual, pertenecen al Estado venezolano/PDVSA. Ello no impide que puedan celebrarse contratos con particulares dirigidos a su reparación y mejoramiento, así como a su operación. En el primer caso, el producto de esos trabajos siempre pertenecerá a la estatal petrolera. En los supuestos de operación por terceros, pudieran celebrarse convenios de gestión, arrendamiento y mejoramiento (*upgrade*), pero no de venta.

Situación distinta sería la de las refinerías que pretendan ser construidas a partir de este momento, respecto de las cuales la reserva en comentario no aplicaría. En todo caso, conforme al artículo 11 de la LOH, tales proyectos deberán responder a un plan nacional aprobado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Petróleo y deberán tender a la obtención de combustibles limpios.

De especial importancia resulta también lo previsto en el artículo 15 de la LOH, que a su vez remite al 34.3 *eiusdem*. En virtud de esa norma, las controversias que surjan con ocasión a las licencias para el ejercicio de actividades de refinación otorgadas a particulares, "que no se resuelvan por la vía amistosa, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley de la materia, serán decididos por los Tribunales de la República de conformidad con las leyes nacionales". A este tema volveremos más adelante.

En caso de que el Ejecutivo Nacional intentara implementar alguna medida con base en la Ley Antibloqueo, en términos distintos a los previstos en la LOH en materia de refinación, dependiendo de lo que decida hacer (Ej. venta), tendría que "inaplicar" algunas de las disposiciones comentadas, respecto de lo cual damos por reproducidos

nuestros comentarios en cuanto a la invalidez jurídica de tal proceder. En todo caso, estando reservada legalmente únicamente la propiedad de las instalaciones previas a 2006, no habría necesidad de inaplicar el artículo 57 de la LOH respecto de las que pretendan ser construidas en lo sucesivo.

Sin necesidad de echar mano a la Ley Antibloqueo, perfectamente podrían entonces celebrarse contratos de arrendamiento, mejoramiento y operación del parque refinador actual por parte de particulares, por así permitirlo el ordenamiento jurídico ordinario vigente en el país.

B.4. Reincorporación de bienes y servicios conexos

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley Antibloqueo, respecto de los activos actualmente bajo la administración o gestión del Estado, producto de medidas administrativas o judiciales, podrán celebrarse "alianzas" con entidades del sector privado o con el Poder Popular organizado con miras a lograr su efectiva incorporación a los procesos productivos.

Vinculando dicha facultad con la materia petrolera, más allá de lo ya comentado respecto del expendio de combustible (gandolas y estaciones de servicios), lo primero que sale a relucir es la Ley Orgánica que Reserva al Estado los Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (LOREBSCAPH), según la cual, se reservan al Estado, por su carácter estratégico, los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la LOH, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N*° 39.173 de fecha 7 de mayo de 2009.

De acuerdo con dicho instrumento las actividades reservadas serían ejecutadas directamente por la República, por PDVSA o por la filial que ésta designara al efecto, o a través de empresas mixtas bajo el control de PDVSA o sus filiales.

Entre los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la LOH que fueron reservados se encuentran:

1. La inyección de agua, de vapor o de gas, que permita incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro.
2. La compresión de gas.

3. Los destinados a las actividades en el lago de Maracaibo: lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; de barcazas con grúa para transporte de materiales, diesel, agua industrial y otros insumos; remolcadores; gabarras planas, boyeras, grúas de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza.

Establece adicionalmente la ley que los contratos que hayan sido celebrados en las materias objeto de la reserva serán considerados como contratos administrativos, los cuales se extinguirán una vez que el ministerio del poder popular con competencia en materia petrolera lo determine mediante resolución.

Fueron declarados servicios públicos y de interés público y social las obras, bienes y servicios conexos para la realización de actividades primarias de hidrocarburos.

De conformidad con este instrumento, el Ejecutivo Nacional, a través de PDVSA, podía decretar la expropiación, total o parcial de las acciones o bienes de las empresas que realizaban los servicios referidos, de conformidad con lo previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. El pago sería efectuado con dinero efectivo, títulos valores u obligaciones de personas jurídicas públicas y en ningún caso se tomarían en cuenta ni el lucro cesante ni los daños indirectos para el cálculo de justiprecio, y para la valoración de los bienes se aplicaría el criterio de valor en libro y se deducirían los pasivos laborales y ambientales determinados por las autoridades competentes, si fuere el caso.

De igual forma, importa destacar en cuanto a esta reserva que las resoluciones administrativas del Ministerio de Energía y Petróleo N° 51 (G.O. Nº39.174, del 8 de mayo de 2009), N° 54 (G.O Nº 39.177 del 13 de mayo de 2009), N° 65 (G.O. Nº 39.181, del 19 de mayo de 2009) y N° 67 (G.O Nº 39.183, del 21 de mayo de 2009), establecieron los servicios, sectores, bienes y empresas afectados por las medidas de toma de posesión, habiendo pasado al control del Estado a través de PDVSA o de la filial por ésta designada.

PDVSA a través de la filial por ella designada (PDVSA Servicios, S.A./Divisiones Regionales), asumió el inmediato control de las operaciones adelantadas hasta ese momento por las referidas empresas, y tomó posesión de sus instalaciones, documentación, bienes y equipos.

En ese orden, en fecha 20 de mayo de 2009 se dictó la Resolución Nº 066 publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 39.182, del 20 de mayo de 2009, mediante la cual se creó un Comité Estratégico de Ejecución bajo lineamientos del para entonces Ministerio de Energía y Petróleo, con el objeto de "garantizar la continuidad de las operaciones y el traspaso de los bienes y servicios" expropiados. A dicho Comité, integrado única y exclusivamente por empleados de PDVSA, le incumbiría determinar "la forma de operación de los servicios y la modalidad de transferencia de los bienes".

Ahora bien, tomando en consideración la cláusula de reserva contenida en la LOREBSCAPH, los particulares quedaron excluidos de la realización de las actividades relativas a los servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos, en el entendido de que éstas sólo pueden ser realizadas por la República, PDVSA, la filial que ésta designare al efecto, o por empresas mixtas sometidas al control de PDVSA o de las filiales por ella designadas.

No obstante haberse dictado la LOREBSCAPH, sin hacer alusión a ella como si se tratara de materias independientes, sorprendió la posterior publicación en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.845 de fecha 10 de febrero de 2015 del Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG).

A pesar del objeto social de la empresa CAMIMPEG, se adscribe al Ministerio del Poder Popular para la Defensa. Dentro del largo listado de actividades que definen su cometido, vale destacar las siguientes:

a) Servicios requeridos en el área de rehabilitación y mantenimiento de pozos petroleros
b) Reparación, mantenimiento y administración de taladros de perforación
c) Fabricación, reparación y mantenimiento de estaciones de flujo, bombeo y plantas compresoras en áreas terrestres y marinas

d) Servicios de transporte a nivel nacional e internacional, en las áreas de transporte lacustre, marítimo y terrestre, nacional e internacional, mediante el suministro de lanchas, barcazas, gabarras, etc.
e) Construcción de obras civiles en general
f) Asistencia técnica.

A mediados del año 2016 se intentó revertir la reserva en comentarios, en una negociación que adelantaba el entonces exministro de petróleo y expresidente de PDVSA, Eulogio Del Pino, quien en un acto de la CPV aseguró que esta medida había sido un error. Sin embargo, nunca se concretó la devolución de las empresas al sector privado por la crítica que hicieron dirigentes del PSUV como Diosdado Cabello, Elías Jaua y el expresidente de PDVSA, Rafael Ramírez[33].

En julio de 2018, la AN sancionó la Reforma de la LOREBSCAPH, con el fin de rectificar parcialmente la decisión del presidente Chávez del año 2009. Sin embargo, esta normativa no se promulgó en tanto, según decisión del TSJ, la AN se encontraba en desacato al momento de aprobarla[34].

Visto lo anterior para permitir la actuación del sector privado en la utilización de esos bienes y en el ejercicio de las actividades reservadas por la LOREBSCAPH, tendría que pasarse por la previa inaplicación de la totalidad de ese instrumento o por su reforma por parte de la AN, con las mismas implicaciones en cuanto a invalidez que hemos venido comentando.

La AN pudiera optar por derogar o reformar a la LOREBSCAPH, con las mismas consecuencias comentadas.

---

[33] Petroguía, "Parlamento venezolano aprobó devolver a privados empresas de servicios petroleros estatizadas por Chávez", 12 de julio, 2018. Disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/parlamento-venezolano-aprob%C3%B3-devolver-privados-empresas-de-servicios-petroleros>

[34] Finanzas Digital, "AN: Sancionada ley que permitirá la participación privada en las actividades de hidrocarburos", 10 de julio, 2018. Disponible en: <https://www.finanzasdigital.com/2018/07/an-sancionada-ley-que-permitira-la-participacion-privada-en-las-actividades-de-hidrocarburos/>

B.5. Impulso a la inversión privada

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley Antibloqueo, el Ejecutivo Nacional instrumentará medidas que estimulen la participación del sector privado nacional e internacional en la economía del país.

El artículo 34 *eiusdem*, en función de ese objetivo, contempla la posibilidad de que se acuerden cláusulas de protección de la inversión y de resolución de controversias, a los fines de generar confianza y estabilidad.

Las condiciones mínimas requeridas para que la economía opere apropiadamente, son comunes tanto respecto de la inversión privada nacional como de la extranjera, entre ellas, la seguridad jurídica. El riesgo de invertir en el propio país y más aún en uno ajeno, sujeto a actos dictados por órganos electos y/o que operen de manera ilegítima; manifiestamente contrarios al texto constitucional; expuestos todos a una futura declaratoria de nulidad y a sanciones dictadas por terceros Estados luce, por decir lo menos, temerario, aunque los menos escrupulosos vean en ello, una oportunidad de intentar hacer un negocio, no con miras a contribuir al desarrollo del país, sino a la consolidación de su patrimonio personal.

Respecto al propósito que se desprende del artículo 34 de la Ley Antibloqueo de incluir mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los contratos a ser suscritos por la República con inversionistas privados, entre ellos, el arbitraje, lo primero que debe mencionarse es lo previsto en el artículo 151 constitucional en virtud del cual, a los contratos de interés público, **si no fuere improcedente de acuerdo con su naturaleza**, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula, según la cual, las controversias habrán de ser decididas por los tribunales de la República conforme a las leyes nacionales.

En materia de hidrocarburos líquidos, en lo atinente a los contratos de asociación de los que devienen las empresas mixtas, el artículo 34 de la LOH repitió lo previsto en el artículo 151 constitucional, pero los Acuerdos dictados por la AN respecto de cada empresa mixta dieron un paso hacia adelante al sujetar la resolución de disputas a los tribunales y a las leyes venezolanas, excluyendo así el arbitraje como opción.

Como fue adelantado, lo propio ocurre en materia de conflictos suscitados con ocasión a las licencias para el ejercicio de actividades de refinación.

Sobre este tema, aunque en el contexto de la llamada Apertura Petrolera (1994), la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) mediante sentencia de fecha 17 de agosto de 1999 en pleno accidental señaló que si bien no cabían dudas acerca del carácter de interés público que tenían los convenios de asociación, tal condición no era suficiente para considerarlos sujetos en forma exclusiva a la jurisdicción de los tribunales de la República, por cuanto ello dependía de que "…no fuera improcedente con la naturaleza de los mismos". Se enfatizaba así que la Constitución de 1961 se había acogido "… al sistema de inmunidad relativa que había sido establecido en la Constitución de 1947. Sistema que, por lo demás, impera en los países desarrollados que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno y otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda –como pareciera inevitable– a favorecer a su país en la disputa de que se trate".

Al respecto señaló la CSJ que el artículo 127 de la Constitución Nacional de 1961 (hoy día, 151 CRBV) no se circunscribía únicamente a los contratos celebrados entre Estados soberanos o entre un Estado soberano y organismos de derecho internacional público, resultando por tanto aplicable también a contratos suscritos por instrumentalidades del Estado, como era el caso de una filial de PDVSA.

El tema central respecto de esta denuncia era la naturaleza del contrato, que obviamente aludía a algo distinto a su carácter de "contrato de interés público", su contenido práctico. Al respecto estableció el sentenciador:

> "Considera esta Corte, además, que esa 'naturaleza' a la que se refiere el artículo in comento no puede reducírsele única y exclusivamente a la índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de contrataciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la negociación también exigen o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral. Esto conlleva [sic] a concluir, que la Administración puede y debe estimar la circunstancia especí-

> fica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, lo que de ninguna manera postula una discrecionalidad en sentido lato, pues, se preserva de ello el artículo 126 de la Constitución, cuando exige la aprobación del Congreso Nacional al tratarse de contratos de interés nacional.
>
> […] En razón de lo expuesto, estima esta Corte que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara".

A pesar de ser aquella la postura de la extinta CSJ, la AN al dictar los acuerdos definitorios de los términos y condiciones de constitución de empresas mixtas a partir del año 2007, asumió la posición de que las controversias que no se resolvieran amigablemente entre las partes, lo serían únicamente a través de los tribunales de la República.

En virtud de lo anterior, para proceder en el sentido que pudiera pensarse aspira el Ejecutivo Nacional, éste es, dándole cabida al arbitraje, entre otros, en el caso de las controversias surgidas entre accionistas de empresas mixtas, los acuerdos de la AN tendrían que ser inaplicados por el Ejecutivo Nacional o reformados por la nueva AN, con todas las consecuencias que hemos venido comentando.

Respecto de la implementación de esta medida vale preguntarse hasta qué punto tendrá efectividad y validez una cláusula arbitral que haya sido incorporada en un contrato con fundamento en una medida inconstitucionalmente adoptada por el Ejecutivo Nacional, como lo sería la que inaplique lo previsto en el Acuerdo de la Asamblea Nacional.

Respecto de otras materias, aun dentro del mundo petrolero, debe tenerse presente al artículo 61 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen

de Concesiones publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nº 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999 (DLOPIP), según el cual, para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción. También se contempla la figura del Tribunal Arbitral.

Siendo ello así, respecto de cualquier contrato diferente a los que alude el artículo 151 de la CRBV, lo previsto en el precitado artículo puede ser adoptado como política, con o sin Ley Antibloqueo de por medio, siempre y cuando se modifique por los canales regulares el Acuerdo de la AN.

B.6. Administración de activos

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley Antibloqueo se podrán adoptar medidas dirigidas a administrar activos de la República de la manera que se estime conveniente a los fines de incrementar el flujo de divisas, aumentar su rentabilidad y recuperar la calidad de vida del pueblo venezolano, todo sin perjuicio de lo establecido en la CRBV.

Dentro de este tipo de operaciones cabe avizorar, entre otras, ventas, arrendamientos, gravámenes, concesiones y alianzas de operación que tengan por objeto activos públicos.

Dependiendo del tipo de bien del que se trate, del sector al que pertenezcan y de quién sea su propietario, el tratamiento jurídico aplicable a la luz del ordenamiento jurídico ordinario variará, pudiendo verse afectado de distinta manera bajo la vigencia e instrumentación de la Ley Antibloqueo. Dada la amplia gama de escenarios que pudieran presentarse en ese ámbito, nos limitaremos simplemente a resaltar algunas notas relevantes de operaciones que tengan por objeto activos propiedad de PDVSA y sus empresas filiales, en Venezuela y el exterior.

En líneas generales los actos de disposición de los bienes públicos quedan sujetos a lo previsto en el Decreto Ley Orgánica de Bienes Públicos (DLOBP), publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.155 Extraordinario. De acuerdo con ese instrumento, califican de bienes públicos, por ende, sujetos a su normativa,

tanto los que son propiedad de la República, como los que pertenecen a las empresas del Estado (PDVSA y sus filiales).

Independientemente de que dentro de los bienes públicos existen diversas categorías, cada una sujeta a un régimen jurídico diferente, a los efectos que aquí interesa nos limitaremos a señalar que el DLOBP, adopta diversas medidas dirigidas a controlarlos, registrarlos y valorarlos para lo que se cuenta con la actuación de la Superintendencia de Bienes Púbicos y la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos de la AN, todo ello en línea con lo previsto en el artículo 141 de la CRBV, clara expresión de la llamada "Doctrina de la Buena Administración" que ha de imperar en el sector público.

Autorizaciones, notificaciones, motivación de ciertos actos, inscripción en registros, constitución de fianzas, cumplimiento de derechos de preferencia, avalúos de peritos autorizados, mínimo de ofertas públicas, carácter excepcional de la adjudicación directa, comisiones de licitación, prohibición de contratar con cierto tipo de personas, son algunas de las medidas adoptadas para la protección y correcta administración de los bienes públicos, alguna de las cuales pudiera pretender el Ejecutivo Nacional desaplicar con base en la Ley Antibloqueo.

Una clara opción para lograr la desnacionalización de determinados sectores o actividades económicas podemos encontrarla en las llamadas privatizaciones, una de cuyas expresiones o mecanismos de concreción es la transferencia onerosa a particulares de las acciones de las que es titular la República en sociedades mercantiles.

Como hemos señalado, el tratamiento a serle conferido a ese tipo de acto de disposición variará según el régimen jurídico aplicable a las empresas involucradas. En algunos casos, éstas operan en sectores reservados (Ej. PDVSA y sus operadoras), en otros, se consideran simples bienes del dominio privado sometidos a un régimen jurídico más flexible.

Es así, por ejemplo, que en el caso de PDVSA el artículo 303 constitucional es claro y contundente al prohibir la venta total o parcial de las acciones que tiene la República en la estatal petrolera. Caso distinto es el de las acciones de las filiales total propiedad de PDVSA y las empresas mixtas a que alude esa misma norma. Con relación a la venta de este tipo de bienes (acciones) de empresas básicas, el DLOBP remite

a la normativa reguladora de procesos de privatización, conservando, dicho decreto-ley, aplicación supletoria.

Respecto de los bienes públicos, no sólo la venta pudiera plantearse, sino también, la constitución de gravámenes, opciones estas a ser analizadas a continuación, siempre en el contexto de la IPN.

Uno de los problemas que confrontará el Ejecutivo Nacional en cualquiera de los escenarios planteados lo constituye el haber recurrido en el pasado a vías de hecho para tomar posesión de bienes propiedad privada. La posesión por parte del Estado de esos bienes en esos términos se torna ilícita e impide, hasta tanto el pago de su valor no se efectúe, realizar otros actos de disposición a favor de terceros del sector privado. Tal es el caso ya comentado de las estaciones de servicios y de los bienes vinculados a la prestación de servicios conexos al sector petrolero.

B.6.1. Venta de acciones

Como fue indicado, una de las medidas que con mayor urgencia pretende instrumentar el Ejecutivo Nacional tras la inaplicación o reforma del artículo 22 de la LOH es la venta de las acciones de las que es titular la Corporación Venezolana de Petroleros, S.A. (CVP) en las empresas mixtas.

Al respecto cabe preguntarse cuáles serían las implicaciones que frente a esa decisión pudiera tener la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Privatización publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.199 Extraordinario del 30 de diciembre de 1997 que aún continúa vigente. Este instrumento señala en su artículo 11 que "La enajenación parcial o total de las acciones en empresas básicas o estratégicas, independientemente de cuál sea el porcentaje de participación del Estado en el capital social de las mismas, **deberá ser previamente aprobado por el Congreso de la República"**.

Si bien aquella norma es previa a la CRBV, ésta actualmente somete a autorización de la AN únicamente a la enajenación de bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.

De acuerdo con los estatutos de las empresas mixtas, la CVP no puede transferir a particulares sus acciones sin el consentimiento previo del ministro de petróleo. No queda del todo claro si este tipo de venta tiene que ser aprobada por la AN, especialmente en aquellos casos que impliquen el ingreso de nuevos socios.

B.6.2. Gravámenes de acciones

A pesar de la controversia suscitada recientemente con el gravamen impuesto a las acciones de las que es propietaria PDVSA en CITGO, el Ejecutivo Nacional pudiera pretender repetir esa práctica, especialmente respecto de acciones de las que es titular la estatal petrolera en entidades constituidas en el exterior, así como de las que son propiedad de la República, directa o indirectamente, a través de otras empresas del Estado.

Es el caso que, PDVSA en forma directa o indirecta es titular de acciones de compañías constituidas en distintos países (aproximadamente 89) que son a su vez propietarias de refinerías o inmuebles de significativo valor. Aunque buena parte de esas compañías e instalaciones se encuentran domiciliadas y ubicadas en los Estados Unidos de Norteamérica[35], cuyas autoridades pudieran adoptar medidas restrictivas o prohibitivas adicionales a las dictadas respecto de CITGO[36], también hay entidades en otras jurisdicciones en las que esos impedimentos aún no existen.

En caso de que en el marco de algún endeudamiento público PDVSA pretendiera constituir gravámenes que tuvieran por objeto

[35] A) USA: i) Citgo International Corporation: Lake Charles (Golfo de México - 425 MBD), Corpus Christi (Golfo de México - 157 MBD), Lemont (Norte de EE.UU – 167 MBD); ii) Chalmentte Refining LLC en sociedad con ExxonMobil (Chalmette/Louisiana – 184 MBD); Merey Sweeny LP en sociedad con ConocoPhillips (Coquificadora Retardada – 58 MBD); HOVENSA (USA Virgin Islands – Terminal); B) Curazao: Refinería Islas (alquiler); C) Cuba: CUVEPETROL (Camilo Cienfuegos – 65 MBD); D) Jamaica: PetrojamLimited (en sociedad con Corporación de Crudo de Jamaica – 35 MBD); República Dominicana: REFIDONSA; D) Suecia: Nynas AB en asociación con Nestleoil, B.V. (con refinerías en Alemania e Inglaterra).

[36] El Departamento del tesoro emitió una licencia [Licencia General 5D] que restringía cualquier operación con las acciones de CITGO. Esta licencia fue extendida por la Licencia General 5E, hasta el 19 de enero de 2021.

acciones en algunas de sus filiales, más allá de lo que implican los estatutos de cada una de ellas y la normativa del país en la que están constituidas, a los efectos que aquí interesa, debe tenerse presente su calificación como operaciones de crédito público de acuerdo con el artículo 80 de la LOAFSP.

Respecto de este tipo de operaciones, el artículo 105 de esa ley establece que:

> "**Artículo 105.-** No se podrá contratar operaciones de crédito público con garantía o privilegios sobre bienes o rentas nacionales, estadales o municipales. *"* (Subrayado nuestro)

Conforme al artículo 101 de la LOAFSP, PDVSA se encuentra liberada de la obligación de obtener autorización previa de la AN respecto de las operaciones de crédito público que pretenda celebrar, tal tratamiento aplica respecto de lo previsto en su Título V (Sistema de Crédito Público), razón por la cual, pudiera pensarse que a PDVSA no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 105 antes transcrito.

Adicionalmente, de interpretarse literalmente dicha norma, podría afirmarse que las acciones de PDVSA en tales compañías no son en principio bienes nacionales, en tanto, PDVSA, que es su titular, es una persona jurídica distinta de la República. Cabría la duda, sin embargo, de si es posible extender el alcance de aquella disposición no sólo a los bienes propiedad directa de la República, sino también, indirecta, es decir, los poseídos a través de sus instrumentalidades.

Ante tal reflexión resulta forzoso referirse a lo dispuesto en el DLOAB, en cuyo artículo 4 queda clara su aplicación, como parte del Sector Público a las sociedades mercantiles en las cuales: i) La República o las demás personas a que se refiere dicho artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social; ii) las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional (PDVSA) y; iii) Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social (Ej. Operadoras de PDVSA).

De acuerdo con el artículo 5 del DLOAB:

> **"Artículo 5.-** Se consideran Bienes Públicos:
> 1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valor, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos, de dominio público o de dominio privado, que hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan;
> (…)
> Dentro de los Bienes Públicos, se establecen las siguientes categorías: Bienes Nacionales. Son Bienes Nacionales, los bienes públicos, de dominio público o privado propiedad de La República, de los institutos autónomos y de las empresas del Estado, de las demás personas en que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social y de las consideradas fundaciones del Estado." (Subrayado nuestro).

Con base en la precitada norma, no cabe duda, que las acciones de las que es titular la República en PDVSA, así como las que tiene PDVSA en sus filiales[37] y éstas en las empresas que a su vez posean, califican como Bienes Públicos Nacionales, sujetos al DLOAB, respecto de los cuales, conforme al artículo 105 de la LOAFSP, no pueden constituirse garantías.

Visto lo anterior, resulta forzoso preguntarse si esa noción se extiende también a las filiales que tenga PDVSA en el exterior, como es el caso de las aquí comentadas.

A aquellos fines resulta valioso el aporte efectuado por el abogado venezolano José Ignacio Hernández, referido al caso de CITGO, pero igualmente aplicable a cualquier otro supuesto que involucre filiales directa o indirectamente propiedad de PDVSA, según el cual:

> "(…) en Venezuela, toda sociedad mercantil en la cual el Estado (directamente o por medio de cualquier ente público) tenga una participación decisiva, es una empresa pública o empresa del Estado que, como tal, forma parte del sector público. Ese es el caso,

[37] Según estudios efectuados por Transparencia Venezuela existen alrededor de 90 empresas de este tipo en el exterior.

> precisamente, de Citgo, que indirectamente es una filial de Pdvsa, empresa en la cual la República es el único accionista."[38]

En lo que respecta a la aplicación extraterritorial de las leyes sobre patrimonio público señala José Ignacio Hernández, lo siguiente:

> "Las Leyes, por lo general, solo aplican dentro del territorio del Estado que las dicta. Esto es lo que se llama "aplicación territorial de la Ley". Por el contrario, en ciertos casos, la Ley puede aplicarse fuera del territorio del Estado que las dicta. Esto es lo que se llama "aplicación extraterritorial de la Ley". Para que esa aplicación pueda darse se requiere algún punto de conexión con el Estado, como, por ejemplo, la nacionalidad. La lucha contra la corrupción es una de las materias en las cuales, precisamente, se establece la aplicación extraterritorial de la Ley. Bajo este principio, el Estado puede aplicar Leyes contra la corrupción, incluso, por actos cometidos por sus nacionales en el extranjero, y que supongan una violación al patrimonio público. Así sucede con la Ley contra la Corrupción. De acuerdo con su artículo 3, esa Ley aplica, incluso, a las personas que "cumplan funciones o realicen actividades fuera del territorio de la República" (artículo 3). Esto significa que las normas contra la corrupción, que protegen el patrimonio público, aplican a ese patrimonio, incluso, ubicado fuera del territorio venezolano. Citgo es, como vimos, una empresa pública. Esto implica que todos los activos de Citgo (entre ellos, tres refinerías y cerca de seis mil estaciones de gasolina) son bienes del patrimonio público (artículo 4, Ley contra la Corrupción). O sea, bienes del Estado venezolano que por tal razón se rigen por Leyes venezolanos, aun estando ubicados en el exterior[39]."

Compartimos plenamente la posición, según la cual, el hecho de que el objeto de la garantía que pretende ofrecer PDVSA sean acciones de una empresa constituida en el exterior, indirectamente por ella poseída, no las excluye de la noción de patrimonio púbico sujeta a los controles dirigidos a su sana administración que, permitan o justifican la aplicación extraterritorial de la ley.

---

38 Hernández, José Ignacio. *Prodavinci.* 2014.
39 Ídem.

Visto lo anterior, puede señalarse que: i) al no haber distinguido el legislador en cuanto a la ubicación de los bienes nacionales (Art. 105 LOAFSP); ii) venir dado su carácter en función de su titular y no de su ubicación (empresas del Estado); iii) ser el objeto de la garantía un bien nacional (acciones) y; iv) resultar aplicables extraterritorialmente las leyes dirigidas a preservar la sana administración del patrimonio público, surgen válidamente dudas en cuanto a la posibilidad que tendría PDVSA de pignorar las acciones de las que es titular en empresas constituidas en el exterior, tal como lo prohíbe el artículo 105 de la LOAFSP.

Bajo esta línea de pensamiento, pareciera tornarse inútil lo dispuesto en el artículo 101 eiusdem, por cuanto al ser las acciones de PDVSA o sus filiales, directa o indirectamente propiedad de la República y calificar de bienes públicos nacionales, nunca sería posible su gravamen, a pesar de estar exenta la estatal petrolera de lo previsto en el Título V de la LOAFSP. Se trata de un tema no muy bien tratado por el ordenamiento jurídico venezolano que valdría la pena precisar, respecto del cual en principio tendemos a sostener se traduce en una limitante no sólo para la República sino también para la estatal petrolera.

En todo caso, respecto de una pretensión de este tipo jugará papel importante el hecho de que, en buena parte de las empresas cuyas acciones pretendieran ser pignoradas, PDVSA no es el único accionista y que más allá de las refinerías ubicadas en Europa y EE.UU., las otras pueden resultar poco atractivas para quienes pretendan ver garantizados sus créditos contra la estatal petrolera.

Cualquier pretensión que aliente al Ejecutivo Nacional a constituir garantías que tengan por objeto bienes públicos, tendría que pasar por la inaplicación con base en la Ley Antibloqueo de los artículos 82 y 105 de la LOAFSP y 5 del DLOABP, pero más grave aún, desconocer el 312 de la CRBV.

B.7. Operaciones de administración de pasivos

Como fue señalado, una de las mayores dificultades que enfrenta el país la representa el nivel de endeudamiento alcanzado no sólo por la República, sino también, por PDVSA. Tal problemática se ve

incrementada por los pasivos contingentes que la afectan producto de los multimillonarios procesos y reclamos judiciales y extrajudiciales iniciados en su contra.

Son diversas las fuentes que conducen a los elevados niveles de endeudamiento de PDVSA reportados a la fecha, entre ellos:

- Bonos sin garantía emitidos por la República, PDVSA y la C.A. La Electricidad de Caracas.
- Bonos emitidos por PDVSA con garantía real sobre las acciones de Citgo Holding Inc. (Bonos 2020).
- Créditos otorgados por China y Rusia a cambio de venta a futuro de petróleo.
- Créditos de suplidores y contratistas.
- Reclamos e indemnizaciones derivadas de expropiaciones efectuadas por la República, que se encuentran en diferentes etapas litigiosas.
- Créditos de organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento.
- Otros créditos bilaterales, distintos a los otorgados por Rusia y China.
- Créditos del Banco de Cooperación Internacional de Japón contra Petróleos de Venezuela S.A. y otros créditos no financieros en contra de PDVSA[40].

Frente a la imposibilidad que ha registrado la República de asumir nueva deuda a nivel internacional, así como de reestructurar o refinanciar la existente, tanto por la situación de "desacato" en la que supuestamente se encuentra la AN como por las sanciones adoptadas por los EE.UU. y por otros países del mundo[41], pudiera especularse que la Ley

[40] Rafael Guilliod, "Comentarios sobre el Régimen Jurídico de la Deuda Pública Externa de Venezuela". En: *Revista de Derecho Público* N° 151-152, Julio -Diciembre 2017, EJV, p. 132.

[41] **La Unión Europea** sancionó a funcionarios venezolanos por ser señalados como autores del deterioro de la democracia; asimismo, aprobó un embargo de armas y material susceptible de ser utilizado para la represión en Venezuela. El Consejo de la Unión Europea en sesión del 12 de noviembre de 2020 extendió hasta el 14 de noviembre de 2021 las sanciones impuestas. **Panamá, Suiza, México, Canadá y el Reino Unido** son otros países que han aplicado sanciones [mayormente congelando los fondos de altos funcionarios]).

Antibloqueo pretende habilitar algunos mecanismos para enfrentar tal situación, aunque también pudiera aspirar el Ejecutivo Nacional que tras las elecciones del 6D sea la nueva AN la que actúe en ese sentido.

De acuerdo con el artículo 312 de la CRBV, las operaciones de crédito público requieren, para su validez, de una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica, entre las cuales, insistimos, se encuentran las celebradas por PDVSA.

PDVSA por su parte, no requiere de autorización de la AN a esos fines por lo cual no tendrá que recurrir a la Ley Antibloqueo, salvo por lo comentado respecto del artículo 105 de la LOAFSP que, de ser desaplicado por el Ejecutivo Nacional, implicaría una violación adicional del artículo 312 constitucional.

B.8. Mecanismos de contratación:

Conforme al artículo 28 de la Ley Antibloqueo, el Ejecutivo Nacional diseñará e implementará mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, dando preferencia a la producción nacional. Se dará prioridad a aquellas contrataciones dirigidas a atender los derechos fundamentales, que generen divisas e impliquen sustitución selectiva de importaciones.

Si en algún ámbito cobra importancia lo establecido en el artículo 141 de la CRBV es en el relativo a la contratación pública. Principios como los de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, deben procurarse a lo largo de todo proceso de contratación, lo que podría verse empañado o violentado en el marco de la Ley Antibloqueo, dado que en ella impera la reserva, confidencialidad y divulgación limitada de información.

En materia de celebración de contratos por parte del sector público de especial relevancia es el Decreto - Ley de Contratación Pública publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (DLCP).

En dicho instrumento se desarrollan medidas de control orientados a garantizar que las fases de selección del contratista, así como la de

ejecución de las obras, se realicen fundamentadas en los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, y en cumplimiento de la normativa que regula la materia de contrataciones.

La conformación de comisiones de contratación, registro nacional de contratistas, acreditación, prohibición de fraccionamientos, concurso abierto y cerrado y garantías, son entre otras, medidas concretas previstas en el DLCP a esos fines.

Los principios sustanciales y formales de legalidad, concurrencia o competencia, igualdad, posibilidad de recurrir, formalismo moderado, publicidad, información, eficiencia, uniformidad, celeridad y buena fe son parte de los procesos de contratación pública.

Cuando existen Estados de excepción se permite suspender la aplicación de los procedimientos ordinarios de contratación.

La Ley Antibloqueo pareciera pretender liberar a la República de los procedimientos, limitaciones y controles previstos en el DLCP, lo que se torna altamente peligroso al tratarse la contratación pública de una materia generalmente propicia para actos de corrupción administrativa.

De acuerdo con el artículo 3 del DLCP este instrumento es aplicable a la República y a las empresas en las que ésta tenga una participación superior al 50% (PDVSA) y a las entidades en las que estas últimas tengan a su vez esa misma participación mínima (Ej. CVP). Las empresas mixtas al tratarse de entidades que respecto de la República son de tercer grado no estarían sujetas a lo previsto en dicho decreto-ley. Siendo ello así, no jugaría un papel relevante la Ley Antibloqueo al menos respecto de dichas entidades (empresas mixtas).

La figura de la alianza sea esta estratégica o comercial se presenta como una de las principales alternativas para el Ejecutivo Nacional, especialmente para aquellos casos en que teniendo el control de ciertos bienes no tiene la propiedad por haberse hecho de ellos por vías de hecho. La definición que de las alianzas ofrece el DLCP da para cualquier cosa, en tanto se trata de mecanismos de cooperación para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante (Estado). Cuando la alianza es de

carácter comercial, como luce lógico ocurra en el caso que nos ocupa el objetivo común específico para el beneficio mutuo no es otro que el ánimo de obtención de lucro o remuneración en general. Al respecto debe establecerse en el documento donde se formalice la alianza, las ventajas que represente para el contratante en comparación con la aplicación de las modalidades de selección ordinaria de contratistas.

V) CONSIDERACIONES FINALES

Guardando las distancias en hechos, intenciones y actores, este nuevo capítulo de la lamentable historia reciente de Venezuela recuerda como viene ocurriendo desde 1999, la receta concebida por los "juristas" del Tercer Reich en Alemania.

Opinaba Carl Schmitt, probablemente el más notorio de esos "abogados" que a la luz de la Constitución de Weimar[42] de 1919:

> "El Presidente del *Reich*, con arreglo a la jurisprudencia mayoritaria, estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Puede dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos extraordinarios. En otras palabras, es un dictador soberano, reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas lo que no puede hacer el legislador ordinario del estado legislativo parlamentario mientras respete la diferenciación de poderes que es esencial al estado legislativo con su separación entre ley y aplicación de la misma."[43]

[42] Artículo 48 Constitución de Weimar: En el caso de un estado que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el Reich, la Constitución o las leyes del Reich, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para compelerlo a hacerlo. Si la seguridad y el orden público al interior del Reich son severamente dañados o están en peligro, el presidente del Reich tomará las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para ese propósito, podrá suspender temporalmente, total o en parte, los derechos fundamentales previstos en los artículos …

[43] Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución.* TECNOS Clásicos del Pensamiento. España, 2009, p. LXXIII.

Bajo aquella teoría, tras el incendio del *Reichstag*, ocurrido el 28 de febrero de 1933[44], el Parlamento Alemán dicta una ley otorgando poderes extraordinarios a Hitler.

Tras aquella habilitación, Hitler convocó anticipadamente elecciones federales para la elección de los miembros del VIII *Reichstag* (últimas elecciones de la República de Weimar) con la intención de hacerse de una mayoría parlamentaria que le permitiera gobernar en solitario, como en efecto lo logró. En ese contexto, el *Reichstag* dicta las llamadas Leyes de Nuremberg, anunciadas en la reunión anual del partido nacionalsocialista sostenida en esa ciudad alemana en 1935. En ellas, se institucionalizó gran parte de las teorías raciales prevalentes en la ideología nazi que excluían a los judíos alemanes de la ciudadanía del *Reich* y les prohibía casarse o tener relaciones sexuales con personas de "sangre alemana". Estas ordenanzas despojaron a los judíos de la mayoría de los derechos políticos.

Sentadas las bases jurídicas del Tercer Reich, Schmitt retomó la idea del positivismo como mecanismo de fácil aceptación en el poder judicial, dada la tradición alcanzada al respecto durante la República de Weimar, que garantizaría la plena instrumentación de las Leyes de Nuremberg y de las demás que se continuaron dictando con base en la habilitación, sin oposición alguna por parte de los jueces, que habían sido además electos a conveniencia del régimen y obligados a jurar lealtad al *Führer*.

Tras el nazismo quedó un vergonzoso e inaceptable balance de muertes, esterilizaciones, eutanasias y experimentaciones médicas practicadas sobre la base de criterios raciales y de condiciones físicas, encarcelaciones no judiciales, trabajo forzado, todos sustentados, entre otras, en el fiel cumplimiento de la ley bajo una concepción distorsionada del positivismo.

Frente a aquel nefasto capítulo de la historia queda el mensaje de que la arbitrariedad, disfrazada de norma jurídica no es "Derecho". Las simples palabras sin intención sincera no son más que letra muerta e

[44] Fuertes indicios existieron en cuanto a que tal incidente fue provocado por el *Führer* precisamente para generar un estado de excepción y justificar la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar.

ineficaz. Pasan los años, pero, ni los gobernantes ni los gobernados terminan de aprender la lección.

Quienes tienen en sus manos las riendas del caballo desbocado en que se ha convertido Venezuela, parecieran resistirse a la idea de que, si algún sector de la vida en sociedad no responde positivamente al ejercicio irracional del poder, es el económico. Ese caballo al que se le torció el rumbo necesita urgentemente encauzarse, pero no lo hará a base de la fuerza bruta, ni con la pasividad del pueblo.

VI) BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, *La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

Banco Central de Venezuela, Disponible en: https:bcv.org.ve

BREWER CARÍAS, Allan; *Contratos administrativos en procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional.* Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973.

Cambio16, "*Irán y Maduro trabajan en reactivar la refinería de Amuay*". Disponible en: https://www.cambio16.com/iran-y-maduro-intentan-reactivar-amuay-la-mayor-refineria-de-venezuela/

Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores (CENDA), "*Resumen del mes CAT y CBT*", s/f, Disponible en: <http://cenda.org.ve/noticias.asp>

CNN en español, "El sistema de salud de Venezuela está en peores condiciones de lo que se cree, según encuesta". 28 de marzo de 2018. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/03/28/el-sistema-de-salud-de-venezuela-esta-en-peores-condiciones-de-lo-que-se-cree-segun-encuesta/>

Crónica uno, "FMI prevé tasa de desempleo en Venezuela de 47.9% para 2020". 9 de abril de 2019. Disponible en: <https://cronica.uno/fmi-prevetasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>

Descifrado, "*Constituyente García Zerpa admite el gobierno ha tenido que «enfrentar situaciones de facto» para traer gasolina*". Disponible en:https://www.descifrado.com/2020/10/05/constituyente-garcia-zerpa-admite-el-gobierno-ha-tenido-que-enfrentar-situaciones-de-facto-para-traer-gasolina/

El Comercio. "La escasez de agua, otra cara de la crisis en Venezuela". 28 de enero de 2020. Disponible en: https://www.elcomercio.com/actualidad/escasez-agua-crisis-venezuela-economia.html.

Fedecámaras, "*Comunicado de Conindustria*". Disponible en: www.fedecamaras.org.ve/comunicadoconindustria/

Finanzas Digital, "*AN: Sancionada Ley que Permitirá la Participación Privada en las Actividades de Hidrocarburos".* Disponible en: https://www.finanzasdigital.com/2018/07/an-sancionada-ley-que-permitira-la-participacion-privada-en-las-actividades-de-hidrocarburos/

GUILLIOD TROCONIS, Rafael, "Comentarios sobre el Régimen Jurídico de la Deuda Pública Externa de Venezuela" en *Revista de Derecho Público No. 151/152 – 2017*. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/151-152/rdpub_2017_151-152_129-147.pdf

Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la UCAB, Dirigido por Luis Zambrano Sequín, Informe de Coyuntura de septiembre.

Organización de Estados Americanos (OEA), "Nota de la misión permanente de Colombia mediante la cual adjunta el proyecto de resolución 'La carencia de condiciones democráticas mínimas, para garantizar elecciones libres, justas y transparentes en la República Bolivariana de Venezuela' con el copatrocinio de Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela", 19 de octubre, 2020. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/481061946/Resolucion-Venezuela#from_embed>.

Petroguía, "*Parlamento venezolano aprobó devolver a privados empresas de servicios petroleros estatizadas por Chávez*". Disponible en: http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/parlamento-venezolano-aprob%C3%B3-devolver-privados-empresas-de-servicios-petroleros

Petroguía, "*Presidente de PDVSA propuso a la CPV apertura en empresas mixtas e importación de combustibles*". Disponible en: .http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/presidente-de-pdvsa-propuso-la-cpv-apertura-en-empresas-mixtas-e-importaci%C3%B3n-de

*Prodavinc*i, "*¿Por qué no hay agua en Caracas?"*. Disponible en:http://factor.prodavinci.com/porquenohayaguaencaracas/index.html

Prodavinci, "*Vivir sin agua*", Disponible en: http://factor.prodavinci.com/vivirsinagua/

SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando. Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República, en Brewer Carías, Allan y García Soto, Carlos (compilado-

res), "Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente", Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017.

Unión Europea (UE), "*Venezuela: Comunicado de prensa sobre el diálogo de la UE con las partes interesadas en Caracas (traducción no oficial)"*, 30 de septiembre, 2020. Disponible en: https://eeas.europa.eu/delegations/venezuela/86155/venezuela-comunicado-de-prensa-sobre-el-di%C3%A1logo-de-la-ue-con-las-partes-interesadas-en-caracas_es

VOA, "¿Es viable la importación privada de gasolina en Venezuela?". Disponible en: https://www.voanoticias.com/venezuela/es-viable-la-importacion-privada-de-gasolina-en-venezuela

Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en la Gaceta Oficial No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999

LA "LEY CONSTITUCIONAL" ANTIBLOQUEO, CARL SCHMITT Y NEOLENGUA.

DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN.*

SUMARIO

I. Introducción. II. La idea de la política detrás de la "ley". III. La propuesta marxista. IV. La propuesta schmittiana. V. Las leyes constitucionales. VI. Conclusiones.

* Abogado *suma cum laude* (UCAB:1974). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Doctor en Derecho (UCV: 1990). *Visiting Scholar* Universidad de Stanford (1990). Magister en Administración de Empresas, mención finanzas, (UCAB: 1997).

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo planteará unas reflexiones sobre la denominada "Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos", desde el punto de vista gramatical, político y constitucional.

Este ensayo se referirá a los aspectos lingüísticos, luego a algunas consideraciones de orden político con especial referencia al pensamiento de Carl Schmitt y terminar con mis reflexiones jurídicas.

Es necesario hacer algunas consideraciones iniciales. En primer lugar, la "ley" es un acto de fuerza porque no fue aprobada por referéndum por el pueblo, y el sistema electoral que le sirvió de base fue inconstitucional, al contrariarse el principio rector del sufragio en el constitucionalismo: una persona, un voto, y sustituirse por una votación por sectores o corporativista. Esto es equivalente a lo que hizo el fascismo italiano que gobernó Italia a mediados del siglo XX.

En segundo lugar, esta "ley" se dicta en un ambiente de anarquía política, de una situación inédita, con dos presidentes: uno de facto y otro de iure. Esta distinción fue la que le sirvió de base a la Corte de apelaciones (Civil división) británica el día 5 de octubre en un sentencia por los Lords Lewison, Males a Phillips. Basado en este caos del realismo mágico, la Corte británica decidió que debe consultarse al gobierno de su majestad para saber cuál es el gobierno con el cual mantiene relaciones diplomáticas, para determinar cuál es el que ejerce el *ius imperium*, para los efectos de la administración del oro.

Finalmente, este instrumento se pretende hacer valer en momentos en que el gobierno de facto pretende escapar a las sanciones y buscar inversionistas para mover la economía.

El estilo gramatical de la ley es el mismo que ha caracterizado los textos jurídicos en la era de la revolución bolivariana.

La noción de neolengua no solo se refiere al aspecto semántico, es decir, a la utilización equivocada de las palabras sino también a lo gramatical. Una palabra pasa a formar parte de la ristra de la neolengua cuando se le vacía de contenido para romper la relación entre el significante y el significado. Al vocablo se le pretende dar un sentido distinto al que le dan los diccionarios.

Asimismo, el desdoblamiento gramatical y la pluralización del verbo haber son aspectos que potencian la noción de neolengua, como ocurre en el caso del populismo lingüístico expandido por el socialismo del siglo XXI.

En el terreno gramatical hay que incluir la utilización de los signos de puntuación, cuyo manejo es lo que facilita la claridad expresiva. En este sentido, la "ley" antibloqueo parece escrita por tres manos distintas que marcan tres segmentos agrupados así: del artículo 1 al 26, del 27 al 35 y del 36 al 44. El texto se caracteriza por normas muy extensas con uso ambiguo de los signos de puntuación. El artículo 1 tiene 12 líneas y 789 palabras y no tiene ningún punto y seguido. Se trata de una manera de redactar que choca con las reglas de estilo jurídico[1] por estar reñida con la claridad y sencillez que caracterizar los textos normativos[2].

La ley tiene estilos diferentes. Hasta el artículo 26 tiene un mensaje y a partir del artículo 27 tiene otro diferente. Por una parte, plasma normas inconstitucionales y, por la otra, pretende abrir las puertas a la inversión en el país, todo bajo el manto del secretismo y el lenguaje panfletario[3].

II. LA IDEA DE LA POLÍTICA DETRÁS DE LA "LEY"

El texto de la "ley" se inscribe dentro de la idea vertical que ha impuesto la revolución, según la cual el gobierno busca el poder para conservarlo y a partir de ahí impone sus decisiones. El Estado ejerce el

---

1 Santiago Muñoz Machado: *Libro de estilo de la justicia* (director), Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, p.10 y ss.

2 El texto de la "ley" tiene 44 artículos y solo 5 puntos y seguidos, en los artículos 20, 25, 28, 29 y 40 sucesivamente.

3 Al mismo tiempo el artículo 6 contiene una declaratoria de nulidad contra las medidas dictadas por otros países contra Venezuela. Eso no tiene ninguna consecuencia porque debe ser dictada por un tribunal del país que dictó la medida a la que se refiere la "ley".

monopolio legítimo de la violencia dentro del territorio que lo integra[4], y con esta facultad puede hacer cumplir las normas de la ley antibloqueo y de cualquier otra por inconstitucional que sea. A esta visión se añade la oposición amigo-enemigo de acuerdo de acuerdo con la visión de Carl Schmitt que es la voy a usar en este ensayo.

La visión schmittiana en la visión de lo político y de lo jurídico es la que ha destacado con más fuerza en la propuesta revolucionaria. Es un paso más avanzado de lo que fue el método marxista de los inicios del populismo chavista. Y es a esto a lo que me voy a referir a continuación.

III. LA PROPUESTA MARXISTA

La primera fase de la historia de los "juristas revolucionarios" fue marcada por una declaración del magistrado José Delgado Ocando quien proclamó en su discurso de inauguración del año judicial 2001, que la interpretación constitucional estaba al servicio del "proyecto revolucionario".

Esta declaración fue seguida por una ristra de sentencias que evidenciaron la voracidad de la Sala Constitucional para asumir competencias y abusar de su poder. Entre ellas destaca la N° 1.562, de fecha 12.12.2000, que "interpretó" los requisitos constitucionales para poder ser magistrado. A partir de dicha "interpretación" el chavismo pudo elegir como magistrados a personas que no cumplían con los requisitos exigidos por la Constitución Nacional. La lista es interminable. No obstante, todas estas faltas, que constituyen graves violaciones a nuestra Carta Magna, deben quedar registradas para la historia.

El primer promotor de la idea marxista del Derecho fue del mencionado José Delgado Ocando −quien fue la fuente intelectual de la jurisprudencia constitucional chavista−, cuando afirmó: "Con razón se ha dicho que el derecho es una técnica normativa puesta al servicio de una política, y que la interpretación es un esfuerzo de racionalización de la función judicial al servicio del proyecto político prevalente"[5].

---

4 Mas Weber, *Economía y sociedad*, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, tr. José Medina Echavarría y otros, México, 1997, p. 661 y ss.

5 *Estudios de Filosofía del Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, p. 717.

No pretendo aquí personalizar mis críticas en Delgado Ocando, sino destacarlo como líder ideológico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que sometió al Poder Judicial a los intereses del proyecto político chavista.

Además del texto citado en el párrafo anterior, hay otros dos trabajos de Delgado Ocando que dialogan entre sí. En primer lugar, "Revolución y Derecho"[6]; y, en segundo lugar, su discurso de apertura del año judicial del 11.01.2001.

En el primero de los textos mencionados, el autor hace un análisis marxista y autoritario de la ciencia jurídica. En ese sentido, destaca que el Derecho debe ser puesto al servicio de la "revolución" y formula declaraciones como la que se cita a continuación: "Ética de la revolución significa en este contexto que el Estado debe ajustarse al programa de la nueva hegemonía […] No obstante, el contexto internacional hegemónico ha conseguido un grado tan grande de organización y eficacia que el hecho revolucionario requiere muchas veces un uso sobranero (*sic*) de la violencia política […] En todo caso, el nuevo orden no puede retroceder en el uso de la fuerza política, so pena de que la revolución fracase"[7]. Este fragmento del texto, que parece escrito por Lenin y no por un jurista libre de dogmas, es suficiente para entender que el marxismo jurídico privilegia los intereses de la "nueva hegemonía" (PSUV) y que justifica el uso de la "violencia política" para garantizar el éxito de la "revolución".

Una vez investido como magistrado de la Sala Constitucional, Delgado Ocando dejó claro cómo trabaja un juez chavista; y ratificó su tesis de que la interpretación del Derecho debe ponerse al servicio de un proyecto político. Esto lo dejó bien claro en el mencionado discurso de apertura del año judicial del 2001[8].

De acuerdo con la tesis del entonces Magistrado, la elaboración jurídica llevada a cabo por las jurisprudencias del máximo tribunal "son

---

6 En: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, T. IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, T. IV, pp. 2595-2600.

7 *Ibíd*, p. 2598.

8 Discurso de inauguración del año judicial del 11 de enero de 2001, en:: http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/169688/Eventos+N%C2%B02/4027537a-50d6-4139-8f2f-d54d72d65318 [Disponible; 20.11.2020]

desarrollos inéditos de una filosofía del derecho constitucional, que ha ofrecido al proceso constituyente un esfuerzo sin precedentes para permitir el ejercicio de la soberanía popular sin censuras normativas" A lo largo de su discurso, el orador usa dos palabras distintas pero claves para la exposición de su opinión, y en consecuencia, de su postura político-ideológica: *proceso y proyecto*. Cuando emplea la voz *proceso*, lo hace para referirse a todo el íter jurídico recorrido desde la sentencia de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 19.01.99, que declaró el carácter originario y, por lo tanto, plenipotenciario del proceso constituyente, en una inédita interpretación de la Constitución de 1961. Cuando usa la palabra *proyecto*, lo hace para hacer alusión al carácter político y progresista del mismo; y en este punto, no vacila en darle su respaldo.

El llamado *proyecto* se refería a los intereses políticos de Hugo Chávez, y ahora de su sucesor, Nicolás Maduro. La evidencia lingüística deja ver que, lamentablemente, estamos ante la sumisión de un Tribunal Supremo a una ideología política, lo cual ha superado cualquier experiencia del pasado[9].

La evolución de las sentencias de la Sala Constitucional a favor del proyecto revolucionario ha ido en franco deterioro. Los más recientes fallos, preparados con una rapidez vertiginosa, además de ramplones, padecen de fallas lingüísticas y metodológicas: están salpicados de transcripciones y citas textuales que no guardan conexión con lo que se pretende razonar. Como buen ejemplo de esto, podemos citar la sentencia de la Sala Constitucional número 7 del 26 de enero de 2017, en la cual se declaró -como pronunciamientos al margen de lo solicitado (*obiter dictum*)- la ilegitimidad de la elección de la nueva junta directiva de la Asamblea Nacional, porque la misma se encontraría en "desacato", y se solicitó a la Contraloría y Procuraduría General de la República y al Ministerio Público que ejercieran las actuaciones que correspondieran, lo que se amolda al concepto de "violencia política" al cual se refería Delgado Ocando en el mencionado trabajo "Derecho y revolución".

[9] Véase Francisco José Delgado, *La idea del Derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, en el que hace un lúcido análisis de la nueva concepción del Derecho en Venezuela.

Esta decisión se fundamenta en "citas de autoridad", de *Wikipedia* y se apoya en un "autor" que no es reconocido en Venezuela, ni en ninguna parte. Recurrir a *Wikipedia* como fuente bibliográfica no es recomendado en las investigaciones jurídicas –ni en las académicas-, porque, aunque esta página puede ser útil para el conocimiento en general sobre algún tema, no tiene la rigurosidad científica necesaria en el ámbito que nos ocupa –el jurídico-, en el que siempre debe acudirse a la fuente original y no a referencias de segunda mano.

La decisión que comento contiene párrafos ininteligibles que delatan la premura y la falta de reflexión con la que se elaboran actualmente estas sentencias políticas. Aquellos fallos, de la autoría de Delgado Ocando, eran de inspiración marxista, pero respetaban las reglas metodológicas del Derecho y de la lengua. Lo que pone de relieve que ahora lo que les interesa es apoyar al gobierno sin miramientos metodológicas o lingüísticos, es decir, que el Derecho está al servicio de la "revolución" a través de la jurisprudencia autoritaria. Para ello han extendido la idea del Derecho y no se limita a la norma jurídica y a los principios jurídicos sino a cualquier argumento político o ideológico que permita sostener un plan socialista recogido en el "plan de la patria". La realidad es que estamos cosechando lo que se sembró bajo el liderazgo intelectual de Delgado Ocando.

Aquí conviene recordar a Lewis Carroll quien, en su libro *A través del espejo*, señaló: "Cuando uso una palabra ella significa exactamente lo que decido que signifique; ni más ni menos. La cuestión es quien es el que manda; eso es todo". En nuestro caso, el que manda es el "proyecto político prevalente".

IV. LA PROPUESTA SCHMITTIANA

Diego Bautista Urbaneja afirma que para quienes se formaron bajo el manto intelectual de Manuel García Pelayo, en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, hubo "una referencia teórica distintiva: la de Carl Schmitt" ("El proceso constituyente venezolano de 1999 y el concepto de lo político de Carl Schmitt". En: *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p.763).

Si uno se adentra en las estratagemas de los totalitarismos −como el socialismo del siglo XXI−, se encuentra con algunos criterios políticos del autor alemán. En efecto, Schmitt propone la existencia de un poder absoluto del Estado sin pluralismo político, y estas son posiciones cuestionadas del alemán, entendidas como justificación del totalitarismo.

Se siente el aroma schmittiano desde las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia en las que se diseñó el concepto de supraconstitucionalidad que permitió colocar a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 por encima de la Constitución; sentencias que dieron fundamento a lo que nos condujo a este autoritarismo socialista.

Lo anterior lo potencia el autor alemán por medio del dilema amigo-enemigo, el cual es esencial para la definición de lo político[10]. Y es fundamental porque el mismo aplica en las estructuras dictatoriales como la venezolana. Desde que Hugo Chávez llegó al poder, todo el discurso político que discrimina a quienes no comparten las ideas de su modelo político se reduce a categorizarlos como "enemigos" que deben ser aniquilados. Para ello existen adjetivos calificativos como "traidores a la patria", o "derecha explotadora".

Ya Lenin había sostenido que al enemigo había que exterminarlo. Este dilema justifica en la Venezuela del socialismo del siglo XXI la elaboración de leyes para someter al "enemigo", como la "ley" contra el odio y la "ley" antibloqueo.

Este esquema se ha desarrollado progresivamente mediante la manipulación de la participación popular. En ese sentido Humberto Njaim en su trabajo de incorporación a Acienpol titulado *La democracia participativa, de la retórica al aprendizaje* [11] advierte su preocupación por el proceso constituyente y la manipulación de la participación popular, y afirma: "La participación sería tolerada en la medida en que no obstaculizara la intención hegemónica y si lo hacía tendría, entonces, que ser arrollada".

El estudio del proceso constituyente del año 1999, que debe apreciarse como uno de los más sofisticados golpes de Estado jamás visto

[10] Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, segunda edición, tr. Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 53-109.

[11] En: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_25-112.pdf [Disponible: 21.11.2020].

–y que Curzio Malaparte en su *Técnica del golpe de Estado* no pudo siquiera imaginar–, no escapan al agudo ojo de Njaim. Este proceso se inicia con la sentencia del 19 de enero de 1999 de la Sala Político Administrativa y continúa con un *congresillo* que nadie eligió pero que asumió funciones legislativas. Nada de esto podía ser examinado bajo la lupa del jurista y requería la aguda visión del politólogo; Njaim poseía ambas.

Sus reclamos sobre las imprecisiones del actual texto constitucional fueron proféticos de lo que ha ocurrido en el presente. Así advirtió tempranamente sobre los atropellos perpetrados a la sombra de las excesivas facultades de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y esto quedó plasmado en su trabajo *Sociedad civil y democracia participativa*.[12]

V. LAS LEYES CONSTITUCIONALES

La asamblea nacional constituyente ha sido un arma de doble filo para el régimen. Le ha permitido gobernar con el respaldo de las bayonetas, y, al mismo tiempo, ha sido desconocida por las democracias occidentales. Ello porque no fue producto de la consulta al pueblo, las bases comiciales usadas fueron elaboradas e impuestas por el Ejecutivo y porque la forma de elección fue inconstitucional, al contrariarse el principio rector del sufragio en el constitucionalismo: una persona, un voto, y sustituirse por una votación por sectores o corporativista. Esto equivalente a lo que hizo el fascismo italiano que gobernó Italia a mediados del siglo XX. Al nacer afectada de ilegitimidad, sus actos carecen de valor.

Es dentro de este contexto que deben verse las llamadas "leyes constitucionales" que presenta la alta jerarquía chavista como el trabajo realizado por la constituyente desde el año 2017. Aún en el caso de que se hubiese consultado al pueblo, y este hubiese dicho que sí, el objeto de una asamblea constituyente es elaborar una nueva Constitución, y no emitir leyes.

---

[12] Humberto Njaim, "Sociedad civil y democracia participativa. Critica a una concepción jurisprudencial y política", en *Visión Iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, p.647-697.

Aquí conviene precisar si en Venezuela existen la categoría de leyes constitucionales de la manera como lo ha hecho la ilegitima asamblea nacional constituyente. Algunos constitucionalistas encuentran esta posibilidad en el artículo 137 de la Constitución de 1961 cuyo equivalente es la 157 de la vigente[13]. Estas normas permiten "atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas" competencias para promover la descentralización., como ocurrió con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público dictada el 28 de diciembre de 1989, al amparo de la Constitución de 1961[14].

Esto plantea el problema si de acuerdo con estas normas es posible reformar la Constitución. Me parece que se trata de una atribución de competencias que está prevista en la propia Norma Fundamental. Por eso no se equiparán a la noción de Ley Constitucional que se ha usada para la ley antibloqueo que involucra que se ha dejado, en la práctica, sin efectos a la Constitución vigente.

Según una autorizada doctrina, en Venezuela la ley constitucional es una "figura por demás inexistente en el ordenamiento jurídico constitucional venezolano"[15]. Y es esta la opinión a la que adhiero en lo que viene a continuación. En efecto, considero que esta pretendida categoría de leyes no está prevista en la Constitución de 1999, pero la revolución la ha usado para ir moldeando el Estado socialista.

Quien se refiere detalladamente a este tipo de leyes es Carl Schmitt, quien puso su talento jurídico al servicio del nazismo. Según el pensador alemán, la ley constitucional es la que dicta el poder constituyente mientras elabora la Constitución; o en lugar de esta. Lo que ocurre es que se están dictando una serie de "leyes constitucionales"

---

[13] Así lo expuso la profesora Margarita Escudero en la videoconferencia organizada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 26 de noviembre de 2020 sobre la ley antibloqueo. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QaGsBW81bQg)

[14] Véase a Carlos Ayala Corao, "Naturaleza y alcance de la descentralización estadal", en *Memoria Política*, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, N°3, Valencia, 1993, p. 75 y ss.

[15] Allan R. Brewer-Carías, "El último golpe al Estado de Derecho: Una "Ley constitucional" "antibloqueo" para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco secreto y de inseguridad jurídica basado en la "inaplicación" discrecional de leyes de parte del ejecutivo nacional", en allanbrewercarias.com [Disponible: 29.11.20].

que modifican la Constitución vigente y se sobreponen a ella. Se trata de un hibrido inédito en el derecho constitucional que ni siquiera fue previsto por Schmitt en su empeño de darle soporte constitucional al totalitarismo. La versión venezolana se basa en una manipulación de las ideas schmittianas[16].

Si el proceso constituyente impuesto en el 2017 fuese legítimo, la ley constitucional tendría que ser sometida a referéndum. De manera que cuando la constituyente concluya su inconstitucional trabajo, ese grupo de leyes que ha dictado deben ser sometida a decisión de la voluntad popular. Se pretende que no sea así, lo que sube de tono la cadena de atropellos constitucionales a que hemos sido sometidos los venezolanos.

El origen del mal es no haber sometido el proceso constituyente del año 2017 a consulta popular, como lo exigía el mismo Schmitt al sostener que en las democracias modernas la asamblea constituyente democrática debe ser "elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual como procedimiento 'democrático' reconocido" [17]. Asimismo, indica que la legitimidad de una Constitución depende de que la autoridad del poder constituyente sea "reconocida"[18]. Por consiguiente, para la visión schmittiana el proceso constituyente debe respetar las reglas del sufragio universal, es decir, la participación de la totalidad de los electores sin discriminaciones ideológicas o partidistas. La legitimidad del poder constituyente −y la de la constitución que de él emane− depende del carácter democrático de este proceso; y esto requiere la aprobación popular, puesto que el poder constituyente reside en el pueblo.

El pensamiento constitucional de Schmitt admite que la asamblea constituyente dicte leyes constitucionales, pero estas requieren la abolición de la Constitución vigente porque esta no puede convivir con ellas[19].

---

[16] Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Versión española Manuel García-Pelayo, tr. Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1982, reimpresión 2015, Capítulos 2, 3 y 7, p. 57 y ss.

[17] *Ibíd*, p. 133.

[18] *Ibíd*, p.137,

[19] *Ibíd*, p. 138.

Esto es así en el escenario de que la constituyente se haya constituido legítimamente y de que el sistema constitucional lo autorice. Y no se dan ninguna de las dos condiciones. Ítem más, en el caso venezolano, nuestra Constitución no regula la ley constitucional. En el supuesto de que se hubiese cumplido con ambos extremos, aún queda otro obstáculo ineludible: la ley constitucional tiene que ser aprobada por el pueblo mediante referéndum.

En la teoría schmittiana es obligatorio el referéndum para darle legitimidad al proceso constituyente. Si para aprobar este proceso se requiere consulta popular, con mayor razón se necesita en el pretendido caso de darle el mismo valor a las leyes constitucionales que elabore.

Tampoco es posible que con leyes (in)constitucionales se pretenda cambiar la forma del Estado. Venezuela desde 1811 es una república, lo que quedó consolidado en la Constitución de 1830. Por si fuera poco, Ezequiel Zamora, emblema del chavismo, dio su vida por el Estado Federal, y esta forma no puede ser cambiada por un Estado socialista o comunal. Esto no puede hacerse porque marcha en sentido contrario a los valores constitucionales consagrados en la historia republicana venezolana.

En el supuesto de que la constituyente hubiese sido aprobada por el pueblo, la misma estaría limitada solo a "transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución", tal como lo señala el artículo 347 del Texto Fundamental. No puede ir más allá de estos tres objetivos. Por consiguiente, en el caso venezolano, ni siquiera en este escenario, es posible dictar leyes de ningún tipo, puesto que esto es competencia del Poder Legislativo.

Este proceso constituyente inédito representa una lectura sesgada de la obra de Carl Schmitt y marcha en sentido contrario a la historia constitucional venezolana. Todas las constituyentes en Venezuela han concluido con la elaboración de una Constitución. La de 2017 es la excepción, lo que la convierte en ilegítima tanto en su origen como en su conclusión.

El constitucionalismo busca limitar al poder, expandir los derechos ciudadanos, proteger la libertad y evitar los autoritarismos. Pero aquí no ha sido así.

VI. CONCLUSIONES

La exposición anterior permite presentar el compendio de conclusiones siguientes:

1. La "ley" antibloqueo parece escrita por tres manos distintas, agrupadas en tres secciones así: del artículo 1 al 26, del 27 al 35 y del 36 al 44. El texto se caracteriza por normas muy extensas con uso ambiguo de los signos de puntuación. Como muestra tenemos el artículo 1 con 12 líneas y 789 palabras, sin ningún punto y seguido. Se trata de una manera de redactar reñida con los principios de claridad y precisión que deben caracterizar los textos normativos.
2. Hasta el artículo 26 de la "ley" hay un mensaje y a partir del artículo 27 hay otro mensaje diferente. Por una parte, plasma normas inconstitucionales, y, por la otra, pretende abrir las puertas a la inversión en el país, todo bajo el manto del secretismo y el lenguaje panfletario.
3. La idea vertical de la política late detrás de la "ley". Esta idea supone que el gobierno busca el poder para conservarlo y a partir de ahí impone sus decisiones. El Estado ejerce el monopolio legítimo de la violencia dentro del territorio que lo integra, y con esta facultad puede hacer cumplir las normas de la ley antibloqueo y de cualquier otra por inconstitucional que sea.
4. La revolución bolivariana ha transitado del modelo jurídico marxista hacia las propuestas del teórico alemán Carl Schmitt. La primera significó la producción jurisprudencial al servicio del modelo populista de la revolución bolivariana. En la nueva etapa el esquema constitucional se ha fundamentado en la referida visión schmittiana que divide a la sociedad bajo el dilema amigo-enemigo: al enemigo hay que hacerlo desaparecer de la política.
5. El pretendido cuerpo legal busca estimular las inversiones para sacar la economía de la situación del deterioro en que se encuentra. Pero esto no se puede hacer a la fuerza, bajo la amenaza permanente de la represión sino creando confianza y con reglas

del juego claras, estables y confiables. Para ello es necesario una apertura democrática que permita salir de la crisis bajo el impulso de una solución política que contemple al "otro" como parte de la vida nacional.

Naiguatá, 15 de diciembre de 2020

CONFERENCIA VIRTUAL DE LA PROFESORA CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ, INTITULADA "LA VIDA Y OBRA DE LA MAGISTRADA RUTH BADER GINSBURG: A PROPÓSITO DE LOS AVANCES EN LA EQUIDAD DE GÉNERO", 1 DE DICIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN A LA CONFERENCIA A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1283-1286 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales decidió tomarse muy en serio el tema de la ***equidad de género***.

El reciente fallecimiento de la eminente jurista ***Ruth Bader Ginsburg***, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, puso de manifiesto nuevamente la importancia de hacer efectivo el goce del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

La obra y vida de la magistrada ***Ginsburg*** es un testamento del talento de las juristas, de la perspicacia de las ideas y de la tenacidad en el logro de objetivos para que las mujeres puedan aspirar, logren participar y contribuyan a la sociedad en función de sus capacidades en igualdad de condiciones que sus pares masculinos.

En ese contexto de relevancia del tema de la ***equidad de género***, la conferencia de hoy tiene por objetivo destacar el estado de la situación en la academia venezolana y en la docencia y la práctica del derecho en particular.

Tenemos el inmenso gusto de contar hoy con la participación de la ***Profesora Claudia Madrid Martínez*** para que nos dé cuenta de este importante asunto.

La Dra. Madrid, no necesita presentación. Solo haré algunas menciones de rigor sobre su trayectoria: Es Doctora en Derecho de la UCV, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y Obligaciones en la UCV y en la UCAB. Investigadora Postdoctoral en la Universidad de Colonia. Tiene una ancha estela de publicaciones que dan cuenta de su ***auctoritas*** intelectual. Discípula dilecta de la recordada Académica Tatiana Maekelt.

La profesora Madrid es una gran colaboradora de esta corporación. La distinguen esos mismos atributos que califican a las intelectuales

exitosas: inteligencia, eficiencia, compromiso y una capacidad de trabajo inagotable.

Prefiero que sea la Dra. Madrid la que nos dé cuenta de los logros institucionales, posiblemente lentos, pero firmes, en la equidad de género.

Adelante Profesora Claudia Madrid Martínez, bienvenida al cuerpo de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Agradecemos su participación. Tiene Ud., el derecho de palabra.

VIDA Y OBRA DE RUTH BADER GINSBURG: A PROPÓSITO DE LOS AVANCES EN LA EQUIDAD DE GÉNERO.

DRA. CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ.*

SUMARIO

1. Vuelo rasante por la vida y obra de Ruth Bader Ginsburg. 2. La mujer en la universidad venezolana: Algunas cifras, sin militancia feminista. 3. Docencia e investigación y puestos de dirección: ¿hay un techo de cristal?

* 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; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1287-1298 ISSN: 0798-1457

1. VUELO RASANTE POR LA VIDA Y OBRA DE RUTH BADER GINSBURG

"Me gustaría ser recordada como alguien que utilizó su talento para hacer su trabajo lo mejor posible". Ruth Bader Ginsburg sin duda lo logró: con su trabajo, paciente y constante, contribuyó, indudablemente, a mejorar la condición de las mujeres en la sociedad estadounidense.

La magistrada Ginsburg fue una de las 9 mujeres que, frente a 500 hombres, logró ingresar a Harvard en 1956 y se graduó como primera de su clase en Columbia en 1959.

Sin embargo, su capacidad académica no parece haber tenido más importancia que su condición de mujer: a pesar de sus méritos no logró que algún escritorio la contratase. Pero ello no la amilanó. Siempre tuvo muy presentes las enseñanzas de su madre ("sé una dama y sé independiente"). No es necesario ofuscarse para hacer valer los argumentos propios.

Entre 1959 y 1961 trabajó como secretaria del juez Edmund L. Palmieri en el Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York. Aunque debido al gran trabajo que realizó en el tribunal recibió algunas ofertas de escritorios jurídicos, Ruth Bader Ginsburg decidió trabajar en el *International Procedure Project* en Columbia Law School. Allí fue coautora de un libro sobre el sistema procesal de Suecia[1].

En 1963 ingresó a la Facultad de Derecho de Rutgers. Cuando descubrió que su salario era más bajo que el de sus colegas masculinos, se unió a una campaña de igualdad salarial con otras profesoras de la

[1] Ruth Bader Ginsburg and Anders Bruzelius, *Civil Procedure in Sweden*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1965.

Universidad, lo que resultó en aumentos sustanciales para todas las denunciantes. También fue profesora en Columbia entre 1972 y 1980, y fue becaria en el *Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences* en Stanford, entre 1977 y 1978.

Impulsada por sus propias experiencias, Ginsburg comenzó a manejar quejas por discriminación sexual que le remitió la filial de Nueva Jersey de la *American Civil Liberties Union*. Así nació, en 1972, el *Women's Rights Project* desde el que inició más de 500 demandas por discriminación sexual.

En el caso *Frontiero vs. Richardson* (1973)[2], Ginsburg denunció el trato a la mujer como ciudadana de segunda clase para lograr que una mujer fuera incluida en el beneficio de subsidio de vivienda, del cual había sido excluida por razón de su sexo.

Puso de manifiesto que los hombres también pueden ser víctimas de discriminación sexual. Ello quedó demostrado en el caso *Weinberger vs. Wiesenfeld* (1975)[3]. El beneficio dado por la seguridad social a las madres solteras había sido negado a un padre que perdió a la madre de su hijo durante el parto.

En *Califano vs. Goldfarb* (1977)[4] logró que los beneficios de sobrevivencia se reconocieran a hombres y mujeres por igual.

Para Ginsburg, hombres y mujeres tienen la misma dignidad y deben tener los mismos derechos. Así, asumiendo los argumentos de Thurgood Marshall[5], arquitecto de la batalla por la igualdad racial, se propuso aplicarlos a la defensa de la igualdad por cuestiones de sexo.

Luego de pasar 13 años como jueza del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, fue postulada a la Suprema Corte por el presidente Bill Clinton. En el acto de postulación, el 14 de junio de 1993, refiriéndose a su madre, que no pudo ir a la Universidad para que pudiera hacerlo su hermano, afirmó: "ruego que yo sea todo lo que ella hubiera

---

2 https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/411/677.html consultado 30 de noviembre de 2020.

3 https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/420/636.html consultado 30 de noviembre de 2020.

4 https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/430/199.html consultado 30 de noviembre de 2020.

5 Activista por los derechos civiles, magistrado de la Corte Suprema (1967-1991). https://www.britannica.com/biography/Thurgood-Marshall consultado 30 de noviembre de 2020.

sido de haber vivido en una época en la que las mujeres pudieran aspirar y lograr, y en la que las hijas fueran tan apreciadas como los hijos"[6].

En su postulación ante el Congreso defendió el aborto, afirmando que las mujeres deben tener el derecho a decidir. Que el Estado decida por ellas es tratarlas menos que como a seres humanos. La ratificación por parte del Senado, 96 votos a favor y 3 en contra, la convirtió en la segunda mujer en ser elegida magistrada de Suprema Corte de Estados Unidos.

Y su voz se escuchó en ese recinto. En el caso *MLB vs. SLJ* (1996)[7] afirmó que el Estado no puede cerrar con candado la puerta a la justicia igualitaria, para cambiar el precedente de la Corte que entendía que la pobreza no era una condición que mereciera un tratamiento procesal especial. El cambio permitió a una madre apelar la decisión de un tribunal de Misisipi que había anulado sus derechos filiatorios.

En la icónica decisión del caso *United States vs. Virginia* (1996)[8] que permitió a las mujeres ingresar al Instituto Militar de Virginia, Ginsburg insistió en que la mujer debe poder aspirar, lograr, participar, contribuir a la sociedad en función de sus talentos y capacidades. En *Obergefell vs. Hodges* (2015)[9] apoyó el matrimonio igualitario.

En *Sessions vs. Morales-Santana* (2016)[10] condujo a la Corte a rechazar la distinción basada en sexo, a los efectos de los derechos migratorios. La Ley permitía a la madre transmitir la ciudadanía estadounidense a los hijos nacidos en el extranjero, siempre que hubiera estado domiciliada en el país por un año. Al padre se le exigían 5 años, sobre la base de la dificultad en la determinación de la paternidad y en la propensión del hombre a no hacerse responsable de sus hijos. La magistrada Ginsburg consideró esta distinción como anacrónica y perteneciente a una época de generalizaciones sin sentido.

---

6 https://www.nytimes.com/es/2020/09/20/espanol/estados-unidos/ruth-bader-ginsburg.html consultado 30 de noviembre de 2020.

7 https://supreme.justia.com/cases/federal/us/519/102/ consultado 30 de noviembre de 2020.

8 https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/ consultado 30 de noviembre de 2020.

9 https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf consultado 30 de noviembre de 2020.

10 https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1191_2a34.pdf consultado 30 de noviembre de 2020.

Sus disensos también fueron célebres. En *Ledbetter vs. Goodyear Tire & Rubber Co. Inc.* (2007)[11], frente a un caso de discriminación salarial, Ginsburg estimó que la Corte no puede ser indiferente a la manera insidiosa en que las mujeres pueden ser víctimas de discriminación salarial. Afirmó que, ante la negativa de la Corte, que la solución quedaba en manos del Congreso. Veinte meses después, el presidente Barack Obama promulgaba la Ley de igualdad salarial.

En *Burwell vs. Hobby Lobby Stores Inc.* (2013)[12] se separó del voto mayoritario que permitió a los empleadores negar la cobertura del seguro de control natal por motivos religiosos. En opinión de Ginsburg, la capacidad de las mujeres de participar en la vida económica y social del país de manera igualitaria se debe a que ella puede tener el control de su vida reproductiva.

Su constante lucha por los derechos de las mujeres no la condujo a desdeñar el rol del hombre. Siempre reconoció el papel fundamental de su esposo, Martin Ginsburg, en el camino que pudo recorrer. En tal sentido, hizo suya la frase de Sarah Moore Grimké[13] (1837): "No pido ningún favor por mi sexo. Todo lo que pido a nuestros hermanos es que quiten sus pies de nuestros cuellos".

Pero ¿por qué esta amante de la ópera, cuya timidez innata desaparecía a la hora de hacer su trabajo, se convirtió en un ícono, incluso de la cultura pop (Notorious RBG[14])?

Sin dejar de lado el gran trabajo que llevó adelante en pro del reconocimiento de los derechos de las mujeres, Dahlia Lithwick, en un artículo publicado en *The Atlantic* en 2019, afirmó: "*Today, more than ever, women starved for models of female influence, authenticity,*

---

[11] https://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-1074.pdf consultado 30 de noviembre de 2020.

[12] https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf consultado 30 de noviembre de 2020.

[13] Abolicionista, integrante del movimiento por los derechos de las mujeres. https://www.womenshistory.org/education-resources/biographies/sarah-moore-grimke consultado 30 de noviembre de 2020.

[14] Irin Carmon and Shana Knizhnik, *Notorious RBG: The Life and Times of Ruth Bader Ginsburg,* Dey Street Books, 2015. https://notoriousrbg.tumblr.com/ consultado 30 de noviembre de 2020.

dignity, and voice hold up an octogenarian justice as the embodiment of hope for an empowered future"[15].

2. LA MUJER EN LA UNIVERSIDAD VENEZOLANA: ALGUNAS CIFRAS, SIN MILITANCIA FEMINISTA.

La vida y obra de esta gran mujer nos obliga a preguntarnos por la situación de la mujer en el mundo académico en Venezuela ¿Tenemos en Venezuela un modelo femenino a seguir? ¿disfrutamos de igualdad de derechos con relación a nuestros colegas masculinos en la universidad venezolana?.

En 2008, Hebe Vessuri y María Canino, investigadoras del IVIC, publicaron un artículo. En que analizaron "La Universidad en femenino: un cuadro de luces y sombras en la UCV"[16]. En su estudio, las autoras se encuentran con una ausencia de mujeres en el ámbito académico a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Venezuela era un país rural y en buena medida analfabeta. Solo los varones de familias urbanas y adineradas tenían el privilegio de cursar estudios universitarios. Esta situación, en opinión de Vessuri y Canino, no parece obedecer a la existencia de normas expresas que les negaran a las mujeres la posibilidad de cursar estudios medios y universitarios.

Las razones, y ello es lo preocupante, parece más bien responder a temas culturales. Aun hoy hay quien piensa en la mujer como la responsable de la familia y los hijos que, por tal razón, renuncia a la formación universitaria y al ejercicio de su profesión.

Según reportan Vessuri y Canino, hasta 1910, con 189 años de fundada, no hay en los registros de la Universidad Central algún nombre que se pueda asociar a una mujer. Entre 1911 y 1939, de 3824 egresados solo 26 fueron mujeres, un 0,67%.

---

[15] Dahlia Lithwick, "The Irony of Modern Feminism's Obsession with Ruth Bader Ginsburg", en: *The Atlantic*, febrero 2019, disponible en: https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2019/01/ruth-bader-ginsburg-feminist-hero/576403/ consultado 30 de noviembre de 2020.

[16] María Canino y Hebe Vessuri, "La Universidad en Femenino. Un cuadro de luces y sombras en la UCV", en: *Arbor*, 2008, 184 (733), pp. 845 ss.

En 1785 había egresado de la Facultad de Medicina José Francisco Molina, el primer médico graduado en la Universidad Central. Tuvieron que pasar 151 años para que Lya Imber hiciera lo propio. El ingreso de Imber a la Facultad de Medicina, reportan las autoras "constituyó un gran desafío a la UCV para la época y este hecho se convirtió en un gran acontecimiento en la Caracas aldeana, fresca y estudiantil". Lya Imber se graduó como la única mujer en un grupo de 83 estudiantes[17].

Recientemente Sonia Hecker, en un trabajo parte de la colección *Periodismo y Memoria*, afirmó que seis años antes una guatireña, Sara Bendaham, había sido la primera mujer en graduarse en medicina. De hecho, fue la primera mujer en inscribirse en la Universidad Central de Venezuela[18].

La primera egresada de la Facultad de Derecho fue Luisa Amelia Pérez Perozo. Graduada en 1936 como Doctora en Ciencias Políticas, se erigió como activista por los derechos de las mujeres en el gremio y desde 1945 asistió a las Convenciones de la Federación Internacional de Abogadas[19].

El inicio del auge petrolero en las décadas de los 40 y 50 no tuvo impacto en la educación superior. Con una población de cinco millones de habitantes, Venezuela solo contaba con tres universidades activas: la Universidad Central, la Universidad del Zulia y la Universidad de Los Andes.

Tal como sostienen Vessuri y Canino, la década de los setenta del siglo pasado fue la década decisiva para la mujer en la universidad. Solo las facultades de Agronomía e Ingeniería mantenían una mayoritaria presencia masculina entre sus estudiantes.

Entre 1971 y 1980 egresaron 23.348 estudiantes de la Universidad Central, de ellos, 12.999 fueron mujeres. 1606 de ellas egresaron

---

[17] Hernández-Bretón reporta el revuelo que se produjo en el Centro de Caracas cuando Lya Imber, en la antigua sede de la Universidad Central, recibía su título. Eugenio Hernández-Bretón, "La Universidad y el Derecho en la vida de la mujer venezolana", en: *Derecho y Sociedad*, 2020, No. 16, pp. 214 ss.

[18] Sonia Hecker, *Por una puerta estrecha. Sara Bendaham*, Segunda serie de la Colección Periodismo y Memoria, Fundación Polar, Empresas Polar, Caracas, 2005.

[19] Las abogadas, en: http://politeiahermes.blogspot.com/p/blog-page_20.html consultado 30 de noviembre de 2020.

de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1606 de 3186 egresados. Para las décadas siguientes la brecha aumentó: entre 1981-1990 de 3167 egresados, 1911 fueron mujeres y entre 1991 y 2000 de 4228 egresados, 2644 fueron mujeres.

En general, según afirma Daissy Marcano, la matrícula femenina en las universidades nacionales, durante las últimas tres décadas ha mantenido un nivel por encima del 55%, alcanzando en 2018 un 65%[20].

A nivel de especializaciones esta realidad se mantiene, pero da un vuelco importante a nivel de maestría y doctorado. Entre 1941 y 2000, la UCV graduó a 5233 egresados de maestría, 2252 eran mujeres y, en el mismo periodo, egresaron 5230 doctores, solo 861 mujeres.

3. DOCENCIA E INVESTIGACIÓN Y PUESTOS DE DIRECCIÓN: ¿HAY UN TECHO DE CRISTAL?

En 2007, 46.8% de los docentes universitarios eran mujeres. Hoy pueden llegar al 50%. Esta proporción puede tener dos lecturas: la primera es que las mujeres están mejor calificadas que los hombres. La segunda, lamentable, es que los hombres son captados por el sector privado con mejores condiciones y mejor remuneración.

Aunque las mujeres suelen ascender en el escalafón universitario en mayor proporción que los hombres, el porcentaje de hombres con mejor contratación sigue siendo mayor. No hay diferencia salarial, pero la contratación inicial de los colegas hombres suele ser más estable.

En cuanto a su participación en los cargos de dirección, Marcano, reportaba en este año que en las 79 universidades que existen en Venezuela, solo un 20% de mujeres han ocupado el cargo rectoral. En las 5 universidades no experimentales –Universidad Central de Venezuela, Universidad de Los Andes, Universidad de Carabobo, La Universidad del Zulia y Universidad de Oriente– la presencia de mujeres en los cargos de alta dirección universitaria ha sido casi nula. De 227 rectores que

[20] Daissy Marcano, "Repensar la igualdad de género en la universidad venezolana", en: *El Universal*, 12 de septiembre de 2020, disponible en https://www.eluniversal.com/internacional/80067/repensar-la-igualdad-de-genero-en-la-universidad-venezolana consultado 30 de noviembre de 2020.

han tenido estas universidades solo 6 han sido mujeres (2,5%), tres de las cuales ejercen el cargo en la actualidad. La primera fue Imelda Rincón Finol, elegida para el cargo de rectora en la Universidad del Zulia durante el periodo 1988-1992.

En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela solo ha habido dos decanas (Irma Behrens y Lourdes Wills), ninguna de ellas por elección. Apenas cuatro profesoras fueron candidatas a decana: María Auxiliadora Pisani, Helena Fierro, Tatiana B. de Maekelt y Lourdes Wills. Lamentablemente la Facultad parece seguir siendo territorio masculino.

En el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela la mayoría de las investigadoras somos mujeres, casi todas somos profesoras titulares. Pero solo ha habido cuatro directoras: Lourdes Wills, Carmen Luisa Roche, María Luisa Tosta y Nayibe Chacón. En los Institutos de Ciencias Penales y Criminológicas y de Derecho Público la presencia femenina a nivel de direcciones ha sido prácticamente nula.

En un trabajo publicado por las profesoras Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri en 2018[21], las profesoras reconocen que "la mujer no tiene ningún papel en la enseñanza del derecho administrativo venezolano, al menos no uno que amerite ser realzado". Reconocen llegar a esta conclusión a partir de una primera aproximación, absolutamente superficial, "con la responsabilidad que ello apareja para dos profesoras de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela, que además no militan en movimiento feminista alguno. En efecto, si notamos, se trata de un papel secundario".

Fuera de la Universidad, la realidad no parece ser distinta. De los 125 árbitros de la lista de árbitros del CEDCA, solo 12 son mujeres[22]. En el Centro Arbitraje de la Cámara de Caracas, de los 111 árbitros, 13 son mujeres[23]. Nos referimos a dos centros de arbitraje, históricamente dirigidos por mujeres.

---

[21] Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri, "El papel de la mujer en la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela", en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, 2018, No. 14, pp. 15 ss.

[22] https://cedca.org.ve/arbitros/ consultado 30 de noviembre de 2020.

[23] https://arbitrajeccc.org/arbitraje/arbitros/ consultado 30 de noviembre de 2020.

De los 35 sillones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, solo 3 son ocupados por mujeres. Solo dos mujeres han ocupado la presidencia de esta Corporación.

Cuando yo ingresé al personal docente y de investigación de la Universidad Central de Venezuela, ingresé a un mundo de mujeres. La profesora Carmen Luisa Roche era directoria del Instituto de Derecho Privado y yo trabajaba en la Sección de Derecho internacional privado y comparado con la profesora Tatiana B. de Maekelt y con las profesoras Haydée Barrios y Fabiola Romero. En el Instituto también estaban Tania González en Derecho Mercantil, quien había recibido el testigo de María Auxiliadora Pisani, Amarilis de Astorga en Derecho Civil, donde también estaba la profesora Georgina Morales y María Luisa Tosta en Filosofía del Derecho.

Todas trabajaban en sus campos respectivos. Trabajaban mucho, trabajaban bien. Ninguna hacía de su condición de mujer un asunto problemático.

Tal vez esa realidad estuviera limitada al Derecho privado, donde hoy destacan las figuras de María Candelaria Domínguez, Nayibe Chacón, Tamara Adrián, Dilia Ribeiro, Edilia de Freitas, Sheraldine Pinto, Nasly Ustáriz, Natalia Boza, Kimlen Chang.

Sin embargo, las mujeres han estado presentes en todas las ramas del Derecho. Entre los procesalistas, destacó la figura de la profesora Mariolga Quintero y hoy la de Nilyan Santana. Hablar de teoría general del Derecho en Venezuela es hablar de María Luisa Tosta. El Derecho de la propiedad intelectual supone una referencia obligada a Astrid Uzcátegui. En Derecho Penal es obligatorio mencionar a Clarisa Sanoja de Ochoa, y hoy a Magaly Vázquez González. Desde luego, el Derecho internacional privado en Venezuela tiene nombre de mujer: Tatiana B. de Maekelt.

En Derecho público es necesario referir la obra de Hildegard Rondón de Sansó, Cecilia Sosa Gómez, María Amparo Grau. Y más recientemente, las profesoras Cosimina Pellegrino, Margarita Escudero, Claudia Nikken, Flavia Pesci Feltri, María Alejandra Correa, Betty Andrade, Andrea Rondón García, Daniela Urosa, Eglée González, Samantha Sánchez.

Somos muchas trabajando y trabajando bien. Pero ¿seguimos en un mundo de hombres? Venezuela está, sin duda, en mejor situación que otros Estados de la región, pero ¿hay mecanismos velados de discriminación? Es posible que tengamos aún un techo de cristal.

Leyendo textos sobre Ruth Bader Ginsburg para preparar estas líneas me quedó una idea fija: generar los cambios toma su tiempo, la inmediatez es incapaz de producirlo. Lo importante es entonces seguir trabajando, mucho y bien, con constancia, calidad y profundidad, sin ofuscaciones, pero conscientes de nuestras capacidades y talentos. Sin pedir favores por nuestro sexo, pero exigiendo el respeto y el espacio que nos merecemos.

PRESENTACIONES DE LIBROS

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES. CONSTITUCIONALISMO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

AUTOR ACADÉMICO
DR. JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ.

20 DE OCTUBRE DE 2020.

PALABRAS DE APERTURA A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1303-1308 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en patrocinar la presentación del nuevo libro de uno de sus más destacados numerarios.

El Profesor Jesús María Casal Hernández no necesita presentación. Se le reconoce como uno de los constitucionalistas más connotados del país. Un consagrado defensor del estado de derecho y de la lucha por los derechos humanos en Venezuela.

Esta introducción nos compromete con la identificación de algunos de los muchos aciertos que concurren a esta obra, pero por sobre todo es una oportunidad para resaltar el valor institucional y el vigor de la productividad de los académicos de ciencias políticas y sociales en los tiempos que corren.

Hoy Jesús María nos aporta una nueva publicación de vital importancia para la eficacia de los derechos y la vigencia de nuestras convulsionadas y maltrechas democracias: ***Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana***.

En su nueva obra analiza el denominado control democrático de las restricciones a los derechos fundamentales o a los derechos humanos, a la luz de los criterios desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, insistiendo en el indefectible enfoque multidisciplinar del concepto de derechos fundamentales, en la medida que no es patrimonio exclusivo de algún ordenamiento jurídico y que pude abordarse desde las perspectivas de la Teoría de la Constitución, como de la Teoría de los Derechos Fundamentales, así como desde las fuentes y pautas interpretativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ya lo advertía Norberto Bobbio en 1964: **"el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos… el problema que se nos presenta,**

en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, sean continuamente violados, a pesar de las declaraciones solemnes"[1]**.**

El principal acierto de esta nueva obra de Jesús María Casal consiste en señalar descarnadamente que toda concepción de los derechos que se asuma **"…depende del alcance que puedan tener sus restricciones".** Reflexiona sobre la multifuncionalidad de los derechos fundamentales bajo el ángulo de sus limitaciones, las cuales deciden finalmente los alcances de la defensa efectiva de esas libertades.

Advierte que, **"…a menudo los esfuerzos por preservar los derechos constitucional o internacionalmente proclamados se centran en la fijación generosa de sus contornos y se deja de lado o en un segundo plano la definición de las condiciones de cualquier intento estatal de imponer limitaciones a los derechos reconocidos…La comprensión que se tenga de los derechos y de sus límites determina en mucho el significado real que ellos habrán de ostentar en la vida individual y social".**

Para este fin, Casal complementa su enfoque sobre el control de validez de las restricciones sobre derechos humanos desde el prisma de la democracia o de la sociedad democrática en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Con ello sienta las bases para un discurso constitucional transnacional.

Nos sugiere que, los criterios para determinar los ámbitos protegidos de los derechos se amplifican cuando su identificación y el subsecuente análisis de la razonabilidad o ponderación de las limitaciones respectivas, se produce mediante el diálogo racional con otros sistemas normativos.

Ello es definitivamente así. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un agente democratizador, que fomenta la expansión y la adopción de la idea de democracia como forma de gobierno dentro

---

[1] ***Cfr***. Norberto Bobbio, ***El tiempo de los derechos***, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p.p. 63-64.

de los Estados, y *a sensu contrario*, la extensión de la democracia entre los Estados promueve la democratización internacional. Es a través de su relación y con el respeto de los derechos humanos que la democracia se convierte en un valor en alza[2].

Allí radica también el valor de este libro, al plantear que las autoridades nacionales asuman sin ambages el control ejercido por los órganos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, con su metodología, técnica argumentativa y la razonabilidad de la ponderación que hayan realizado y viceversa, que los tribunales regionales observen, se hagan eco y retroalimenten de las ***decisiones adecuadas*** al interior de los estados.

Finalmente, la obra del Académico Jesús María Casal no puede ser más oportuna y necesaria en nuestra dolida Venezuela. Es un bálsamo de esperanza frente a la tragedia institucional que nos agobia degenerativamente desde hace 20 años.

El país está urgido de reivindicar la plena vigencia de todos los derechos humanos de su población. La situación de crisis humanitaria compleja así lo confirma. Su expresión más actual está documentada con horror en el informe conclusivo de La Misión Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, presentado recientemente al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[3].

Del mismo modo debemos enfrentar los peligros de la banalización y relativización del discurso sobre los derechos humanos, que conduce a una disminución progresiva de su sentido y de su relevancia. El ejemplo más patético lo apreciamos con indignación con la pretendida **"Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos".** El intento retórico más reciente del

---

[2] Amaya Úbeda De Torres, ***Democracia y derechos humanos en Europa y América***. ***Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos***, Editorial Reus, Colección jurídica general, Monografías, Madrid, 2007, p.30 y 51.

[3] Consejo de Derechos Humanos, Cuadragésimo quinto período de sesiones, 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020, Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* A/HRC/45/CRP.11, 15 de septiembre de 2020.

régimen para apropiarse del prestigio de estos derechos para encubrir el decisionismo y la arbitrariedad.

Señoras y señores académicos, el compromiso académico implica responder a las exigencias del reconocimiento y de la distinción que esta supone[4]. Las instituciones de prestigio se fortalecen a través de la capacidad y de la obra de sus miembros respaldada por la tradición que caracteriza a cada una de ellas[5].

Por eso, la nueva obra de Jesús María hace gala de la principal obligación institucional de esta Corporación y de sus integrantes. Sin duda la más grata y vivificante: la de mantener la llama del conocimiento reflexivo en los juristas y científicos sociales, para que el Derecho evolucione y se perfeccione como instrumento para alcanzar fines sociales valiosos, como la seguridad jurídica, la justicia, la paz social y la legitimidad del poder[6].

Para terminar, quiero expresar mi agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca en la persona del profesor Don Augusto Martin de la Vega, la Fundación Konrad Adenauer, en la persona de su directora Señora Annette Bauer y, finalmente, a la Fundación Universitas, por coauspiciar el libro que hoy presentamos y esta transmisión telemática.

Señor Profesor Jesús María Casal lo felicito por su bien logrado estudio sobre ***Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana***. La Academia se enorgullece de sus logros, le augura más éxitos como este y lo compromete a seguir dando mucho más de lo mucho que ya nos ha dado.

---

4 ***Cfr.*** José D. Domingo R., **"Misión de las academias"**, en ***Congreso de academias jurídicas iberoamericanas***, (reunidas en Madrid en 1996), convocado por la Real Academia de jurisprudencia y legislación fundación Ramón Areces, Madrid España 1998, p. 127. ISBN 84 — 8004 —296 — 6.

5 ***Cfr.*** Hildegard Rondón De Sanso, **"Consideraciones sobre la naturaleza jurídica y el alcance de las academias"**, en ***Congreso de academias jurídicas iberoamericanas*** (reunidas en Madrid en 1996), convocado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Fundación Ramón Areces, Madrid España 1998, ISBN 84-8004-296-6.

6 ***Vid***. Humberto Romero-Muci, Presentación del libro ***Pedro Manuel Arcaya. La vocación del jurista*** de Eduardo Meier García, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editemos, Caracas, 2020, p.10.

PALABRAS DEL PROF. CARLOS AYALA CORAO EN LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO DEL PROFESOR JESÚS MARÍA CASAL.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1309-1318 ISSN: 0798-1457

Quiero comenzar agradeciendo la presencia en este acto del Presidente de nuestra Academia Ciencias Políticas y Sociales y los demás miembros que nos acompañan en esta sesión, profesor Augusto Martínez de la Vega, Doctora Ann Edwards y María Cristina Funch de la Fundación Konrad Adenauer y público general que está escuchándonos hoy en la presentación de este libro del Profesor Jesús María Casal Hernández, titulado "**Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Constitucionalismo Comparado y Jurisprudencia Interamericana**".

El autor es muy especial y muy querido dentro de la comunidad jurídica venezolana, iberoamericana y ahora más allá de ella también en la europea. Es nuestro individuo de número 8 de esta Academia. Es un ilustre abogado egresado en la Universidad Católica Andrés Bello en 1988, con una mención *summa cum laude*. Esto lo menciono de manera especial, porque tuve el honor de tener a Jesús María Casal como mi alumno en su quinto año de la carrera, a pesar de la relativa poca diferencia de edad que nos llevamos. Con posterioridad, obtuvo un título de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid. Pero aparte de todos sus estudios, ha tenido una carrera brillante como jurista, Decano de la Facultad de Derecho de nuestra alma máter la Universidad Católica Andrés Bello y Director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, profesor de la universidad y profesor visitante en varias universidades, en este momento en el Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Público en Alemania. De tal manera que es un autor muy querido como les dije en el ámbito venezolano, en el ámbito iberoamericano y en el europeo.

El tema que nos plantea Casal en este nuevo libro es un tema fundamental dentro del Derecho y dentro de las ciencias sociales en general. Es el tema de los derechos fundamentales, en el que el Doctor Casal nos hace una síntesis completa. Se trata de un tema en evolución. Los

derechos son un tema en continuo desarrollo desde los orígenes mismos de la humanidad, este es un tema que yo mismo comencé a abordar en su dimensión constitucional de Derecho interno y de la jurisprudencia constitucional. Por allí originalmente se fueron muchos constitucionalistas. De otro lado, el tema de los derechos ha sido abordado de manera exclusiva como un Derecho internacional de los derechos humanos, con base en los instrumentos internacionales en esas "constituciones internacionales" como la llaman algunos autores y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. De allí que el reto de un libro como el que nos presenta Casal, es complementar y armonizar la dimensión constitucional con la dimensión internacional. No pensar por ejemplo, que el derecho a la vida como cualquier otro derecho son dos derechos, un derecho en lo constitucional y otro derecho en lo internacional. Que tiene que haber una convergencia precisamente, no solamente en el Derecho interno, porque son derechos constitucionales fundamentales que están en la cúspide del ordenamiento jurídico interno, sino porque además el Estado como un todo, tiene una obligación internacional bajo los tratados en materia de derechos humanos de respetar de garantizar y de proteger a las personas estos derechos. De tal manera que los derechos tienen por decirlo así, esa doble fuente normativa constitucional e internacional; y esa doble fuente jurisprudencial, es un tema de la jurisprudencia constitucional y es un tema de la jurisprudencia internacional de los tribunales en materia de derechos humanos. Y eso es lo apasionante de una obra como ésta. Esta doble dimensión fue abordada hace años por Díez-Picasso en España, quien había propuesto la imposibilidad de ver unidimensionalmente los derechos y la necesidad de hoy en día darle esa complementariedad. Esa temática es abordada por Casal, primero, en una perspectiva comparada que nos propone para encontrar las interpretaciones de los derechos, no solamente en un Derecho nacional sino en un Derecho comparado constitucional, en un *Ius Commune Constitucional*, como lo proponía Peter Häberle, pero además en un *Ius Commune Internacional*.

Para ello Jesús María Casal nos propone que para estudiar los derechos, en primer lugar es necesario conocer los contenidos, los contornos en los contenidos de los derechos. Y en segundo lugar, los límites

aceptables a los derechos. En general podríamos decir que -salvo excepciones como la prohibición de tortura- no existen derechos absolutos, ya que están sujetos a límites. Pero esos límites siempre tienen que ser aceptables. Lo relevante es precisar, cuáles son esos límites aceptables y hasta dónde pueden llegar sin desnaturalizar el contenido y mucho menos el contenido esencial. En este tema es relevante la cita a la obra de Robert Alexy sobre el equilibrio de las distintas funciones de los derechos. Es decir, los derechos no solamente afirman una libertad, no solamente afirman un espacio de actuación de la persona; sino que al mismo tiempo son una barrera al poder del Estado, son una cerca son un muro a la penetración del poder del Estado pero en sentido positivo. Esto lo vemos no solamente en los derechos económicos, sociales y culturales, sino también en los derechos civiles o individuales que son también un mandato de actuación del poder, del Estado. Ya no son solamente un mandato de no hacer pasivo, sino que el Estado tiene que crear condiciones en un momento dado, para que existan las condiciones para que el derecho se lleve a cabo y se pueda no solamente respetar sino realizar ese derecho.

En cuanto a las limitaciones a los derechos en el ámbito de internacional, el libro del profesor Casal propone una panorámica, yo por lo menos no la había visto antes hecha de manera tan comprensiva de la teoría de las limitaciones de los derechos en la jurisprudencia interamericana, ya luego de que sale del aspecto meramente constitucional y en esto voy a centrar el tiempo que me queda.

El libro propone las limitaciones aceptables a los derechos en la jurisprudencia internacional. Los límites a los derechos como nos ha dicho Luigi Ferrajoli, son "los límites de los límites", es decir, el hecho de que un derecho en su formulación se someta a los límites que establezca el Estado y se establezcan sus fines como el bien común, seguridad, o sanidad, ello no implica una especie de cheque en blanco para que el Estado pueda con base en ese concepto jurídico indeterminado hacer una invasión en la regulación del derecho, que llegue incluso a vaciar el derecho.

En la jurisprudencia interamericana como nos lo ilustra el profesor Casal, encontramos las disposiciones que aclaran que se trata no de limitaciones al derecho per se, sino al goce y ejercicio del derecho. Como

ha sido desarrollado en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esas limitaciones excluyen de plano que por medio de ellas se pueda hacer una supresión de los derechos. La supresión está prohibida expresamente por el artículo 29 de la Convención Americana, de tal manera que la limitación de los derechos, como lo afirma Casal, no puede conducir a vaciar un derecho o a su eliminación. Para ello resulta particularmente educativo los artículos 30 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a la cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Ese parámetro de sociedad democrática va a ser fundamental en el sentido de que el artículo 30 de la Convención Americana, exige que esas limitaciones no solamente se lleven a cabo por ley en sentido material de su contenido y en sentido formal del órgano el cual emana. En esto es relevante la invocación de la opinión consultiva sobre las leyes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Resulta relevante afirmar, que cuando se hace referencia a la ley no se hace referencia a cualquier acto jurídico del Estado ni siquiera con rango legal, sino a los actos que emanan de los parlamentos democráticos, de los órganos electos popularmente a través de los procedimientos constitucionales, de los representantes electos y por supuesto con los procedimientos ulteriores.

La Corte Interamericana ha concluido en un elemento clave para interpretar los derechos y que ha dividido muchas de las escuelas constitucionales y los debates entre originalistas, textualistas, historicistas y los que tienen una tesis más de adaptación: que la convención o el tratado internacional sobre derechos humanos es como un *living instrument*. Un instrumento en continua evolución de acuerdo a las circunstancias y de acuerdo a los valores predominantes en una sociedad. La Corte ha llegado a la conclusión que con base en la Convención Americana la interpretación que se puede hacer de un derecho y de una limitación, no puede dar como consecuencia un sentido restrictivo excluyente de la categoría del derecho convencional, ya que no es un derecho acabado o terminado en su evolución, pues hay conceptos y palabras que van a seguir evolucionando por las décadas por los siglos. Así por ejemplo,

encontrar en el artículo 12 de la Convención que las limitaciones a la privacidad de las comunicaciones y la protección de la privacidad dice "de las comunicaciones telefónicas" como lo ha encontrado la Corte en el caso *Escher*, va más allá de la palabra telefónica para incluir cualquier tipo de comunicación escrita e inclusive hoy en día, tecnológica, digital o virtual.

En segundo lugar, vemos ejemplos en el contenido del derecho de propiedad de los que no dice nada al texto de la Convención, pero ese sentido expansivo del derecho ha llegado a incluir dentro del artículo 21 convencional todo patrimonio de una persona, todo patrimonio material e inmaterial, o que si bien solamente nos habla del derecho de propiedad de uso y goce en el sentido tradicional de la palabra en la diferencia del aporte encontrar el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, sobre sus tierras comunales. O encontrar en el derecho a la libertad de información del artículo 13 el derecho de buscar recibir y divulgar todo tipo de información, ideas y opiniones un derecho de acceso a la información pública como en el caso *Claude Reyes*.

El libro de Casal nos trae una serie de ejemplos sobre las implicaciones de la lectura expansiva y dinámica de un instrumento sobre derechos humanos.

El libro también debate un tema muy importante relativo la titularidad de los derechos humanos. El sistema europeo a partir de los protocolos 8 y 9 permite la inclusión de las personas jurídicas como titulares de derechos, cuestión que no ha ocurrido en el sistema interamericano, pero que con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado una lectura bidimensional de ciertos derechos. ¿Qué quiere decir esto? Hay titularidades de derechos que ejercemos directamente como el derecho a la vida, como el derecho a no ser torturado. Pero hay derechos que ejercemos a través de personas jurídicas, un derecho instrumental como por ejemplo el derecho a asociarnos lo ejercemos a través del derecho a asociación, el derecho a sindicalizarnos lo ejercemos a través del sindicato. De tal manera que, anulando el sindicato que es una persona jurídica se afecta al derecho de la persona humana a sindicalizarse. Este es un debate muy importante sobre el cual la Corte Interamericana no solamente tiene jurisprudencia contenciosa, la última y más acabado en el caso *Marcel Granier y otros* por el cierre de

la televisora RCTV en Venezuela, sino que además tiene inclusive una opinión consultiva sobre el particular. Bueno cerrando sobre el particular porque como ven el libro es muy rico y es imposible hacer comentarios sobre todos sus aspectos.

La propuesta central es cómo leer los límites de los límites de los derechos, cómo leer los límites respecto a los contenidos esenciales; y cómo hacer un test respecto a cuál es el límite aceptable y en qué momento los límites se convierten en inaceptables.

Para ello en la jurisprudencia interamericana que estudia y va incluyendo el profesor Casal en varias dimensiones, es fundamental el test tripartito desarrollado por la Corte en la evolución de la jurisprudencia interamericana en varios casos como *Mauricio Herrera, Usón, Chaparro* y otros. Es decir, hay por lo menos una veintena de casos donde se va leyendo la tesis de los límites aceptables y un test que propone la Corte Interamericana para juzgar, para analizar los límites a los derechos. Ese test tripartito básicamente comprende, en primer lugar, la necesidad de que las limitaciones a los derechos sean hechas por ley, como dijimos material y formal; en segundo lugar, que los fines legítimos bajo los cuales se va a limitar o imponer una restricción al derecho de una privación de libertad o la utilización del Derecho penal, por ejemplo, en materia de posibles excesos y responsabilidades en materia de libertad de expresión. Esos fines están a veces contenidos expresamente en una cláusula de un derecho específico como bien común o la seguridad; o a veces están en una cláusula general de la Convención, como los derechos de los demás o los límites aceptables en una sociedad democrática.

En tercer lugar -y aquí es donde normalmente se concentra más el análisis de la Corte y yo encuentro fascinante este test aplicado a los casos concretos- el análisis de los medios empleados. Aquí entra a jugar un rol esencial el *test de necesidad, proporcionalidad y adecuación.* Como lo ilustra Casal, el test de proporcionalidad es un test utilizado en la jurisprudencia constitucional, prácticamente fue aportado por la jurisprudencia constitucional alemana, recogida casi simultáneamente por la jurisprudencia de la Corte europea y hoy en día utilizado prácticamente por todos los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales. Respecto a esos medios hay que atender, en primer lugar, si

es necesario, si hay un imperativo de necesidad de utilizar ese medio. ¿Es ese medio necesario y en contraposición hay alguno que restringe en menor medida ese mismo derecho optemos por el que menor restringe ese derecho? Luego ese test debe incluir la adecuación y razonabilidad de una especie de justificación material de toda limitación a un derecho y allí precisamente la proporcionalidad abarca ese análisis de necesidad una sociedad democrática como se ha llevado en muchos casos, más recientemente en un caso venezolano del profesor *Tulio Álvarez* donde la Corte aterriza su evolución jurisprudencial que alguna vez desde los casos *Mauricio Herrera* y *Memoli* comenzó a desarrollar sobre la inconveniencialidad de la utilización del Derecho penal como primera alternativa para hablar de responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Pero al mismo tiempo, ese test permite en algún momento dado en dos casos electorales: en un primer caso electoral *Yatama,* respecto a la postulación de candidatos en territorios indígenas para cargos de elección popular, donde la legislación nicaragüense exigía que tuvieran que ser postulados por los partidos políticos, en ese caso concreto esa restricción del derecho político de ser electo a través de elecciones universales, periódicas transparentes y libres, se consideró que era innecesario una sociedad democrático dado que los pueblos indígenas y su cosmovisión en el ámbito local puede llevar en algún momento dado a que no sea el partido político el método idóneo de postulación debido a sus costumbres y sus tradiciones. Es decir, puede ser un mecanismo pero no puede ser el único. Y basado en esa alternativa, *Castañeda* propone en México a nivel nacional que la exigencia de su candidatura presidencial solamente a través de partidos políticos y se le había rechazado (esto ya cambió con los años, pero se le había rechazado porque no estaba postulado por un partido político) era una violación de la interpretación de los límites aceptables a los derechos políticos bajo el 23 la Convención. Aquí el aporte de la Corte llega a otra conclusión, porque afirma que en la circunstancia que estamos hablando a nivel nacional ya es diferente, hace incluso con una visión panorámica de lo que son las postulaciones presidenciales a nivel nacional en el hemisferio y tenemos distintas alternativas. Por ello, si a nivel nacional se exige la postulación por el partido político, no se estaría violando la costumbre, o la tradición, ni se estaría restringiendo irrazonablemente

el derecho en una sociedad democrática. Es curioso que después de este fallo de la Corte Interamericana, México haya cambiado precisamente su mecanismo de postulación presidencial.

Ya terminando mi presentación de este libro fascinante del profesor Casal, permítanme concluir afirmando la importancia del estudio de los derechos desde la dimensión de su contenido esencial, sus límites y su continua evolución. Me he referido a un capítulo del libro que trabaja el tema desde la dimensión de la jurisprudencia internacional, de cómo deben ser las pautas de interpretación del contenido del contenido esencial de los derechos por un lado y luego de los límites aceptables; y cómo hacer un test para determinar cuándo un límite es aceptable. El test tripartito, como les dije, de ley material y formal, de fin legítimo y de proporcionalidad, incluye todo este análisis que hemos visto pero es muchísimo más de lo que les puedo contarles en estos breves minutos.

Quiero felicitar de nuevo al profesor Casal por esta nueva obra, que, si bien es la ampliación de una anterior, se ha convertido en un nuevo libro. Quiero decirle que me siento muy orgulloso de su aporte a la bibliografía jurídica, ahora ya no solamente venezolana sino internacional sobre los derechos, ya no solamente sobre Derecho constitucional, sino sobre Derecho internacional, y al final sobre el Derecho de los derechos. Así que felicitaciones y bienvenida esta obra Profesor Casal.

PALABRAS DEL PROFESOR AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA*. NOTAS EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES.

* Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público General de la Universidad de Salamanca.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1319-1329 ISSN: 0798-1457

No puedo comenzar estas breves consideraciones sin subrayar en primer lugar que constituye para mí un motivo de especial satisfacción y, cómo no, un honor, el poder colaborar con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela en la presentación del libro del profesor Jesús María Casal "Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia Interamericana". En los "tiempos recios" que corren para la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales en muchos de nuestros países, siempre es un placer para un constitucionalista poder compartir con una comunidad jurídica tan cualificada como la venezolana algunas de las reflexiones que suscita la sin duda muy importante nueva obra del profesor Casal.

A estas alturas, no creo que sea necesario recordar el amplio y brillante itinerario jurídico del profesor Jesús María Casal. Sí quisiera destacar sin embargo su íntima pertenencia a la comunidad jurídica española y alemana, un fenómeno, el de una vivencia jurídica común euroamericana, que en el ámbito del derecho constitucional se vuelve cada día una realidad más fructífera. Desde la perspectiva española, es difícil olvidar que el profesor Casal es ante todo un discípulo del profesor Rubio Llorente, con quien hizo un brillante trabajo de tesis doctoral, con el rigor y también con la dura criba a la que el profesor Rubio sometía a todos sus doctorandos para obtener de ellos, siempre los mejores, obras como la que Jesús María Casal dedica al derecho fundamental a la libertad personal en las constituciones española y alemana y que aparecerá publicada en la más reconocida de nuestras colecciones jurídico-constitucionales. Su posterior experiencia en el mundo jurídico alemán también es de sobra conocida y viene marcada por sus estancias, en distintos periodos, en el Instituto Max Planck de Heidelberg, la obtención de prestigiosos galardones como el Premio Humboldt, o su relación con la Fundación Konrad Adenauer. No creo por tanto exagerar mucho al

mantener que en España se le considera uno de los constitucionalistas de referencia de nuestra comunidad jurídica.

Tampoco creo que sea necesario remarcar el carácter y el estilo jurídico del profesor Jesús María Casal: su capacidad de análisis jurídico constitucional, su empatía intelectual hacia posiciones distintas, su talento para la sistematización de las instituciones y de las teorías jurídicas, su equilibrio y su moderación a la hora de aportar soluciones jurídico-constitucionales a los problemas reales de nuestros sistemas democráticos. Se trata, en definitiva, de un estilo y de un talante. Mantenía Elías Canetti que en nuestra época abundaban una serie de personajes y de caracteres especialmente peligrosos. Entre ellos, el de quien "no dice nada, pero cómo lo explica", aquel que parece un periódico "sabe de todo, lo que sabe cambia cada día", y aquel otro "que no puede sustraerse a la tentación de suscitar un problema si cree que se encuentra en condiciones de poder resolverlo". En mi opinión, estos son los tres peligros de los que, por convicción íntima y por su forma de ser, más se aleja el autor del libro que hoy se presenta. El profesor Casal ha sabido además compaginar, en una situación no siempre fácil , su condición de estudioso del derecho constitucional, y ahí está su extensa producción bibliográfica para demostrarlo, con su profesión de profesor universitario, ejercida con rigor, como saben en Venezuela pero también en múltiples países iberoamericanos y europeos, y con su vocación de jurista práctico, en línea con la mejor tradición de los constitucionalistas italianos por ejemplo, lo que le ha permitido aportar su conocimiento y su experiencia para defender y mejorar la vida democrática de su país. Y en todas estas actividades, con una coherencia ejemplar, ha demostrado seguir siempre un fino hilo que sospecho que se encuentra en su entendimiento de la Constitución y del derecho constitucional, al modo de su maestro Rubio Llorente, como "la forma del poder", como forma jurídica que limita al poder político y que al limitarlo lo configura como un poder verdaderamente democrático.

Esta misma idea es la que se encuentra detrás de una obra como la que hoy se presenta. Una obra que creo sin duda importante. No son muchos los autores con el coraje intelectual suficiente para abarcar desde la teoría general una visión global de los derechos fundamentales y

sus restricciones, para analizar en definitiva, como el propio autor indica, "las condiciones que deben ser cumplidas para imponer restricciones a los derechos fundamentales". Nuestro colega realiza además esta misión con una envidiable capacidad para sintetizar una ingente y variada doctrina y jurisprudencia foránea y nacional, que también resulta por otra parte enormemente compleja y contradictoria. Toda ella, y muy especialmente la alemana, es sometida a un proceso de racionalización y sistematización que termina haciendo parecer sencillo lo que es muy complejo, en una gran labor de síntesis y comprensión, de hermenéutica jurídico-doctrinal en definitiva. El autor se convierte así en una especie de diestro timonel, capaz de conducirnos por el agitado mar de las sutiles distinciones doctrinales alemanas en torno a la teoría general de los derechos fundamentales. Por otra parte, y gracias a su forma de hacer jurídica, que le permite combinar la teoría con el supuesto práctico, pasar de la categoría doctrinal al matiz jurisprudencial, de la visión teórica a la implicación político-constitucional, nos introduce como observadores privilegiados en el diálogo, no siempre fácil, entre doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A mi juicio esta es una de las grandes aportaciones de su obra, el constituir la mejor reflexión en nuestra lengua sobre la doctrina general de los derechos fundamentales construida en la Alemania de la posguerra, entendiendo por posguerra, en los términos de Tony Judt, el largo periodo histórico que atraviesa Europa desde 1945 hasta la caída Muro de Berlín en 1989. Una doctrina que será enormemente influyente para la configuración del derecho constitucional de gran parte de los países europeos y también de muchos de los latinoamericanos. Un elemento central, en definitiva, de la forma en que gran parte de los juristas europeos y latinoamericanos hemos entendido el derecho constitucional contemporáneo hasta nuestros días.

Se comprende mal en todo caso la teoría general de los derechos fundamentales alemana si no se subraya, como sutilmente apunta el autor, que se trata de una construcción doctrinal elaborada en un momento concreto y que responde también a unas necesidades y a una finalidad determinada. Su amplia aceptación actual en muchos países de nuestro entorno puede hacernos olvidar que es un producto de la Alemania de la estricta posguerra, de la Alemania que va a surgir íntimamente unida a

la Ley Fundamental de Bonn, y que ésta a su vez es el fruto del intento de construir un sistema constitucional que evitara los errores de Weimar y los horrores del nazismo sin caer en las tentaciones del sistema soviético que ocupaba la mitad de Alemania. De ahí que, como se ha subrayado en ocasiones, los elementos básicos de la Constitución y del sistema democrático alemán sean el pluralismo y la apertura al conflicto. De ahí también la posición privilegiada de los derechos de participación ciudadana, de la opinión pública, de la economía de mercado en el sistema. También es esta la razón de una concepción particular de la Constitución, entendida no solo, evidentemente, como norma jurídica suprema, sino como consagración de un conjunto de valores éticos que deben impregnar la cultura política de la sociedad. Una concepción de la Constitución como instrumento para lograr una cultura democrática que dé paso a una sociedad democrática de entre las cenizas de una culpa, individual o colectiva, asumida por el nuevo sistema democrático. En este contexto, la identificación de la Constitución con los derechos fundamentales resultaba evidente y casi inevitable. Lo particular de la experiencia alemana será la construcción de una teoría de dichos derechos que combina un inicial afán antipositivista con unos instrumentos de configuración y protección estrictamente jurídicos y, aún más, preferentemente jurisdiccionales. Si el Estado social y el llamado Estado de partidos constituirán la base socioeconómica y política de las nuevas democracias del occidente europeo, los derechos fundamentales entendidos a la manera alemana constituirán el eje, no sólo del derecho constitucional, sí no de los nuevos ordenamientos jurídicos de gran parte de los Estados de la Europa occidental de posguerra. Y frente al papel central que en este campo jugaron las construcciones doctrinales en Weimar, no se entenderían los derechos fundamentales hoy sin los tribunales constitucionales creados en Alemania e Italia en la posguerra. Así, no se entiende la muy peculiar construcción de los derechos fundamentales en Alemania, que tan agudamente refleja el profesor Jesús María Casal en la primera parte de su obra, sin tener en cuenta que dicha construcción es el fruto, no de una doctrina más o menos madura, sino, ante todo, del impulso jurídico y político del Tribunal Constitucional de Karlsruhe para configurar la nueva sociedad democrática alemana. La dignidad humana como elemento intangible e imponderable y por tanto

como verdadera "carta de triunfo" en manos del Tribunal Constitucional, junto con su consideración como verdadero derecho fundamental y su amplia naturaleza, desde una raíz ética Kantiana a los posteriores desarrollos prestacionales basados en una "ética del reconocimiento", constituye sin duda uno de los aspectos más destacables y también más meritorios de esta teoría, pese a sus dificultades de manejo jurídico. También lo es su construcción de un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que pueda cubrir las lagunas que dejen, ante la evolución social, los derechos previstos expresamente en el texto constitucional. Dignidad y libre desarrollo de la personalidad se convierten así en los dos principales pivotes para afrontar lo inamovible y lo dinámico dentro del sistema iusfundamental, colocando en ambos casos al Tribunal Constitucional en el corazón mismo del sistema. Por último, como analiza el profesor Casal exhaustivamente, el entendimiento de los derechos fundamentales no ya como un orden objetivo de valores, la peligrosa trampa de la que pronto advirtiera Forsthoff, sino desde la acentuación de su vertiente como elementos objetivos del ordenamiento, contribuirá decisivamente a una verdadera constitucionalización de todo el ordenamiento y del propio saber jurídico contemporáneo. Por el camino, y ligado a este último aspecto, elementos tan importantes de la teoría como un nuevo entendimiento de las funciones de los derechos fundamentales, ahí está la magnífica exposición del profesor Casal sobre las aportaciones y los riesgos de la función de protección, la construcción del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, con todas sus implicaciones hermenéuticas y con sus consecuencias prácticas en la evolución del ordenamiento y en su dinámica interna, y la joya de la corona, la apuesta por la utilización del principio de proporcionalidad como instrumento central a la hora de solucionar los conflictos entre derechos fundamentales. La proporcionalidad se convierte así en el eje del funcionamiento práctico de la teoría, una teoría en cualquier caso mucho más amplia y rica de lo que a veces se sugiere por quién tiende a reducirla a este último elemento. El análisis de las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes resulta sin duda una de las partes más brillantes de la obra que comentamos. Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales son las dos palabras clave de la Alemania jurídica de la

posguerra. Este nuevo entendimiento de los derechos fundamentales, pero también del propio ordenamiento en su totalidad, producto de una larga evolución jurídico constitucional no siempre lineal, es expuesta con extraordinario rigor y con inusitada claridad en la obra del profesor Casal. Cualquiera de los caminos recorridos, los exitosos, como el del principio de proporcionalidad, o los que serán muy pronto tácitamente abandonados, como los del contenido esencial, los generalmente aceptados, como la construcción de los derechos fundamentales como principios, pero también las construcciones más minoritarias, y ahora de nuevo en relativo auge, como las que giran en torno al contenido reducido de los derechos fundamentales y a las llamadas teorías "constructivistas", todas ellas, son desarrolladas, analizadas y críticamente valoradas por el profesor Jesús María Casal de una forma inédita en la literatura jurídico-pública en castellano.

Pero como también se apunta en la obra, esta gran construcción doctrinal, que ha servido de base para una verdadera teoría general de los derechos fundamentales en gran parte de los países del ámbito europeo y latinoamericano, se encuentra hoy en proceso de revisión, sometida a tensiones evidentes, fruto tanto de la nueva situación sociopolítica de los estados democráticos como de algunos excesos que han terminado acentuando sus debilidades. Esto no supone que no haya conseguido sus objetivos. Los derechos fundamentales, por el contrario, han calado entre los ciudadanos y en el poder judicial. La labor de los tribunales constitucionales ha impregnado a los poderes públicos y tras más de medio siglo de jurisprudencia constitucional todos los sectores del ordenamiento aparecen, en los países que disfrutan de un régimen democrático, plenamente "constitucionalizados". Los tribunales constitucionales, a través de su concepción de los derechos fundamentales, han sido mucho más que "guardianes de la democracia", como afirmara algún autor respecto del alemán. Se convirtieron en verdaderos agentes activos del desarrollo constitucional cuando no en portavoces del poder constituyente. Más allá de los excesos de "sobreconstitucionalización" del ordenamiento que denunciaran muy pronto ya algunos autores centrales de la doctrina alemana, o, extremando el argumento, más allá de esa "revolución secreta" del Estado de derecho al Estado jurisdiccional de la que tan críticamente habla algún autor como Rüther, lo cierto es

que, en realidad, ha sido de nuevo la transformación de las condiciones sociopolíticas en los Estados democráticos occidentales a finales del siglo XX la que ha obligado a replantear tanto los límites del papel de los tribunales constitucionales cómo algunos aspectos de la teoría general dominante de los derechos fundamentales, entre ellos el propio uso y configuración del principio de proporcionalidad. La evolución de los sistemas supraestatales de protección de los derechos fundamentales, la del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha dado lugar a un diálogo jurídico constitucional transnacional al que cabe añadir en Europa el fenómeno de la integración política. La protección multinivel de los derechos fundamentales, el constitucionalismo multinivel, el diálogo cruzado entre jurisdicciones nacionales e internacionales han transformado sin duda el papel de los tribunales constitucionales nacionales que han dejado de ser aquella especie de "rey Midas" que todo lo que tocaba lo convertían en derechos fundamentales. Es éste un aspecto de la realidad actual de los derechos fundamentales al que, como no podía ser menos, el profesor Jesús María Casal dedica una especial atención y que ha sido ya ampliamente analizado por la intervención que me precedió.

En todo caso, de la lectura de la obra del profesor Jesús María Casal puede deducirse también un aspecto de esta crisis más profundo que aquel por el que se critica el excesivo papel del Tribunal Constitucional en los sistemas contemporáneos o la escasa seguridad jurídica que aporta a veces la aplicación de la teoría, o una excesiva fundamentalización de las situaciones jurídicas en la concreta vida social. Al fin y al cabo, frente a ello valen las palabras del autor cuando sostiene que es la teoría general, y el principio de proporcionalidad en particular, pese a las críticas a las que puede ser sometido, lo mejor que tenemos para criticar y controlar el razonamiento del Tribunal Constitucional y para organizar un sistema de derechos fundamentales en libertad. Se trata probablemente de algo más que de la necesidad de aumentar la discrecionalidad del Parlamento o de una cierta falta de "autoritas" de los tribunales constitucionales. Y es que en el fondo existe siempre una ineludible relación entre la teoría de la Constitución, la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la justicia constitucional. No resulta difícil constatar que hasta tiempos muy recientes ha predominado

casi sin discusión una concepción de la Constitución entendida como orden fundamental y programa jurídico-valorativo a desarrollar que se correspondía bien con una concepción de los derechos fundamentales como principios y como elementos objetivos del sistema y con un entendimiento de la jurisdicción constitucional como agente activo de este desarrollo constitucional. En los últimos tiempos, en los ordenamientos europeos, y también en cierta manera en algunos latinoamericanos, se puede percibir un ligero cambio, un cierto desplazamiento del matiz. La concepción de la Constitución con un marco de posibilidades, compatible plenamente con la anterior concepción, pero ahora más remarcada, parece dar lugar a una reevaluación de la naturaleza unilateral de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización y a una cierta tendencia a acentuar la necesidad de un modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad que recupere el predominio de esa faceta nomofiláctica que siempre correspondió a los tribunales constitucionales. Se trata pues de una crisis, en el sentido de un cambio de orientación, que no se circunscribe sólo a la teoría clásica alemana de los derechos fundamentales, ni tampoco tiene que ver únicamente con la protección multinivel de los mismos. Es una crisis que implica un cambio de paradigma cultural, en cambio profundo en el papel del Estado nacional, y una nueva policromía en el derecho constitucional contemporáneo. En definitiva, parece que los tribunales constitucionales que hoy se escudan en un cómodo "tacticismo ponderativo" cuando no en un mero "precedentismo jurisprudencial", no lo hacen tan solo por su conciencia de haber dejado de ser los "hijos únicos" del sistema de protección jurisdiccional, sino también por una cierta crisis en la teoría subyacente al derecho constitucional, en la propia teoría de la Constitución, una teoría que difícilmente puede entenderse hoy ya en los mismos términos en que lo hicieran los grandes autores del dogmática alemana de la última mitad del pasado siglo.

Europa y Latinoamérica afrontan en todo caso en la actualidad problemas muy importantes en relación con la democracia y con sus sistemas constitucionales. Como señalaba al principio de mi intervención, son "tiempos recios" para muchos de nuestros países. Y no solo por la actual pandemia. En España, el sistema constitucional ha tenido que afrontar un intento de secesión qué implicaba la quiebra misma

del ordenamiento constitucional vigente. Frente a ello, la jurisdicción constitucional ha demostrado todo su potencial pero también sus limitaciones. Como la historia nos ha enseñado, los tribunales constitucionales pueden ser magníficos órganos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en situaciones de normalidad, pero no pueden desarrollar con igual satisfacción en solitario una función de defensa del orden constitucional en momentos de graves crisis de la convivencia democrática. El libro que hoy presentamos viene a recordarnos que los derechos fundamentales y sus restricciones constituyen una parte esencial de ese sutil hilo que conecta la libertad con la democracia, la finalidad última de cualquier ordenamiento constitucional con la legitimidad del ejercicio del poder político. Y esa sutil relación entre poder democrático y derechos fundamentales necesita crecer en el marco, entre otras cosas, de una vigorosa cultura constitucional. Es al mantenimiento de esta cultura a lo que contribuye sin duda esta obra, demostrando una vez más que, como diría Canotilho, sin ideas no hay derecho constitucional, pero que tampoco lo hay, a mi juicio, sin juristas con la valentía intelectual y cívica del profesor Jesús María Casal.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES. CONSTITUCIONALISMO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA.

DR. JESÚS MARÍA CASAL.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1331-1341 ISSN: 0798-1457

I

Es un honor para mí y una gran satisfacción presentar el libro sobre *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana,* publicado por la Editorial Temis, con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

El honor y la satisfacción son aún mayores al poder hacerlo en este acto organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en la que se refleja el acervo jurídico nacional, actual y heredado, en distintas áreas del derecho y en otras ciencias políticas y sociales.

Expreso mi sincero agradecimiento a nuestro Presidente, el Dr. Humberto Romero-Muci, por su apoyo para la organización de esta presentación y por la generosidad de sus palabras iniciales, así como a los distinguidos juristas que hoy han comentado el libro, los Dres. Carlos Ayala Corao y Augusto Martín de la Vega. Agradezco igualmente al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en la persona de su Directora, la Dra. Marie-Christine Fuchs, por el respaldo prestado a esta investigación y a la publicación, así como a todo el equipo de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por haber hecho posible esta presentación. Un saludo cordial para todos los participantes.

II

1.- En estos pocos minutos quisiera aludir al marco conceptual general del libro y enunciar algunos de los asuntos y problemas que se abordan.

El trabajo se inscribe en parte en lo que se ha denominado un derecho constitucional transnacional o en un discurso constitucional transnacional, que comprende categorías transversales a distintos ordenamientos jurídicos, pertenecientes al modelo del Estado constitucional y democrático de Derecho.

El estudio tiene una perspectiva comparativa, que tiene como eje la teoría alemana sobre los derechos fundamentales, y alude también al Derecho constitucional español y al Derecho constitucional colombiano. Se consideran igualmente, a fin de ilustrar desviaciones en el tratamiento jurisprudencial de estos derechos, algunos desafueros de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. Pero prevalece el enfoque transnacional, que prescinde de los detalles regulativos de cada sistema y analiza las piezas conceptuales principales en materia de derechos fundamentales.

En la actualidad hay un debate transnacional y transcontinental sobre capítulos medulares de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Obras de Alexy, Ferrajoli, Carbonell, Toller, Clérico, García Amado, Prieto Sanchís, Guastini, Barack, Bernal, y Webber, entre otros, dan cuenta de esa discusión transconstitucional desde la teoría de los derechos a la que se ha hecho referencia.

Por otro lado, la perspectiva constitucional del trabajo está abierta a las interacciones con el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, al constitucionalismo multinivel. También al diálogo jurisdiccional que se desarrolla entre tribunales nacionales y órganos internacionales de protección de estos derechos, que ha sido estudiado por el Dr. Carlos Ayala Corao.

2.- La principal preocupación que ha guiado la elaboración de este estudio y de los trabajos previos que he dedicado al tema recae sobre las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales. Lo que los derechos fundamentales efectivamente garanticen depende mucho de los criterios que aceptemos como válidos para imponerles restricciones o limitaciones. Algunos derechos son absolutos, pero muchos de ellos no lo son y las posibilidades de ejercicio de estos derechos por sus titulares están condicionadas por las limitaciones que válidamente hayan sido fijadas. Surge entonces la pregunta acerca de cuáles requisitos deben colmarse para considerar que una limitación o restricción ha sido

válida. Esta inquietud está presente en los distintos capítulos del libro y desemboca en el examen de las exigencias formales y materiales que al respecto deben ser satisfechas. Todos los intentos de limitación de los derechos quedan sometidos a un control de constitucionalidad y de convencionalidad que se despliega con arreglo a esos mismos derechos.

En el libro se explica el esquema de análisis de la licitud de las restricciones de derechos fundamentales, a partir de los aportes de la doctrina y jurisprudencia alemanas, porque allí se han ido forjando criterios rigurosos en el respectivo examen de validez, cuyo trasfondo histórico fue principalmente la voluntad de superar los llamados errores de Weimar y de dejar absolutamente atrás lo que el Nacionalsocialismo representó. En respuesta a aquellas debilidades y a esas atrocidades se ha hilado fino para evitar cualquier injerencia excesiva del poder público en la libertad del ser humano.

Esta elevación del espíritu sobre las ruinas de la posguerra es un triunfo de la civilidad sobre la barbarie, que constituye un patrimonio de la humanidad y no de una nacionalidad específica.

III

Quisiera apenas enunciar algunas ideas sobre algunos de los asuntos examinados en el libro:

1. Reglas y principios en materia de derechos fundamentales

Es conocida la distinción entre reglas y principios, que ha sido adaptada por Alexy para emplearla en el campo de los derechos fundamentales. La conceptualización que hace este autor de las primeras y de los segundos ha tenido gran difusión y acogida en Iberoamérica, más incluso que en Alemania, donde suscitó desde el comienzo algunas reservas.

Conviene apuntar que la discusión sobre el sentido y alcance de esta distinción, tal como dicho autor la concibe, ha hecho que se pierda de vista que la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy pretende aportar categorías para explicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la materia y que uno de los méritos de

esa obra es haber difundido ampliamente la jurisprudencia y la doctrina correspondiente, más allá de las fronteras germánicas. Ese Tribunal, en diálogo permanente con la ciencia jurídico-constitucional, ha abierto senderos para la expansión y evolución de los derechos, lo cual ha generado respuestas y afinamientos dogmáticos.

En todo caso, hoy la distinción entre reglas y principios, sobre todo en la forma planteada por Alexy, es objeto general de debate, dentro del cual se destacan voces como la de Habermas, y se pone en entredicho la fundamentación o la intensidad de la clasificación. Se defiende por un lado una teoría de los derechos a base exclusivamente de reglas, o se pone de manifiesto en el otro extremo que bastaría con aludir a los principios, pues las reglas quedarían igualmente sujetas a ponderación.

Sin poder entrar ahora en detalles, estimo, por un lado, que las reglas no deben ser tan blandas o elásticas como pudiera deducirse de ciertas vertientes de la teoría de los principios y, por otro lado, que no todos los bienes jurídico-constitucionales pueden ser tratados igualmente como principios. En particular, los derechos fundamentales y su resistencia a la intervención deben conservar una fuerza normativa especial. Estas y las demás ideas que aquí resumo son profundizadas y sustentadas en el libro que hoy presentamos.

2. Ámbito protegido e intervención

Aquí compiten las teorías amplias con las teorías estrechas sobre el ámbito protegido por los derechos fundamentales; y se abre camino un esfuerzo por la precisión del alcance normativo de cada derecho.

La preocupación ante una comprensión demasiado extensa del ámbito protegido se ha acentuado en virtud de las contribuciones doctrinales que aluden a la tendencia a la multiplicación artificial de colisiones y a la rutinización de la ponderación que se derivaría de la agigantada protección *prima facie* de pretensiones subjetivas propugnada por las teorías amplias.

Me inclino por una Interpretación amplia del ámbito protegido, sin abandonar el rigor hermenéutico y evitando exclusiones valorativas a priori. Lo que parece socialmente dañino puede ser la manifestación legítima de algún derecho fundamental, y solo después de un

examen completo de licitud sabremos si aquello merece una protección definitiva.

3. Proporcionalidad, ponderación y contenido esencial de los derechos

La proporcionalidad es un criterio principal para la determinación de la validez material de las restricciones impuestas sobre derechos fundamentales. Es un parámetro tanto formal como material de licitud que cumple funciones adicionales a la mencionada, de lo cual el libro ofrece varios ejemplos. La proporcionalidad, o prohibición de exceso, se ha consolidado como un principio constitucional, enraizado en el Estado de Derecho, que rige toda actuación de los poderes públicos que repercuta negativamente sobre derechos y libertades. Internacionalmente se ha afianzado también como criterio para el control de la licitud de las injerencias en los derechos humanos que admiten limitaciones.

Sabemos que el principio de proporcionalidad tiene tres componentes básicos o subprincipios. El tercero de ellos es de carácter principalmente valorativo e implica una ponderación, la cual ha sido colocada en el centro de la reflexión y de la crítica. Hay posturas diversas respecto del concepto de ponderación y de cómo llevarla a cabo. Se han expresado temores sobre los peligros de subjetivismo o irracionalidad que esta llevaría consigo, lo cual estaría siendo potenciado por la multiplicación artificial de colisiones característica del pensamiento dominante sobre los derechos. Para superar estos problemas algunos han propuesto un sistema de derechos regido por la subsunción clásica, en lugar de por la ponderación.

En el libro se procura subrayar, después de constatar que incluso la ponderación desemboca en subsunción, que los intentos de huida de la ponderación se encuentran con ella inevitablemente aunque a veces fuera de su lugar específico, oculta o solapada bajo otras construcciones. Es cierto, sin embargo, que hay que hacer esfuerzos para una mayor racionalización y transparencia en su aplicación y para evitar excesos en su invocación.

Adicionalmente, se aborda la categoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, como otro límite de los límites a que los

derechos pueden ser sometidos, bajo las condiciones correspondientes. Después de exponer las principales teorías que han sido sostenidas para definir su alcance, se propone una interpretación que intenta rescatar el significado objetivo y utilidad del contenido esencial del derecho en el control de validez de las restricciones legislativas.

4. Colisiones entre derechos

Al hilo de lo antes expuesto, se ha despertado una discusión entre dos corrientes, que una de las partes en la controversia ha denominado conflictivistas o anticonflictivistas. Este debate no es nuevo, pero ha adquirido un nuevo ímpetu en los últimos años. Si bien las observaciones de los autores que se definen como anticonflictivistas son atendibles y seguramente han de conducir al replanteamiento de algunos temas, son serios los riesgos de asumir de manera general una visión comunitarista o coherentista que, invocando la armonía intrínseca o necesaria del orden jurídico o de la vida en comunidad, reste fuerza a la garantía jurídica de los derechos y libertades. En el punto de llegada del análisis iusfundamental puede haber muchas coincidencias entre las dos posiciones, pero las diferencias metodológicas son importantes.

5. La limitación de derechos humanos en la jurisprudencia interamericana

Una buena parte de los desarrollos conceptuales del libro se ha volcado en el capítulo del libro que se dedica a este tema. Se consideran las categorías y el método empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evaluación de licitud de las restricciones a los derechos, que son en esencia coincidentes con los de la teoría general. Se observa la tendencia a una interpretación evolutiva y a veces expansiva y también intercultural del ámbito protegido por los derechos humanos; se constata la relevancia que ha ido adquiriendo la proporcionalidad, presente desde sus inicios en la jurisprudencia de la Corte; se analizan asimismo los parámetros sentados en relación con la carga de la argumentación o de la prueba en esa materia, y se identifican algunas dificultades en la definición y aplicación de los estándares de control.

No quisiera dejar pasar la oportunidad para recordar en este acto la valiosa labor cumplida por el Dr. Pedro Nikken en la fase fundacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a la limitación de derechos. Extrañamos su espíritu generoso y sus criterios jurídicos e institucionales orientadores.

6. Restricción de derechos y democracia

Se destaca la importancia de la cláusula de la sociedad democrática contenida en los instrumentos internacionales generales de derechos humanos, en el contexto de los límites de los derechos. Entre otros asuntos, se examina el papel del concepto de democracia o de la sociedad democrática en el control de validez de las restricciones de derechos humanos. La relevancia de la noción de sociedad democrática en la evaluación de la licitud de tales limitaciones ha sido indiscutible en materia de libertad de expresión, derecho que ha sido estudiado ampliamente por el Dr. Héctor Faúndez. En este y otros temas conexos han sido igualmente primordiales las contribuciones del Dr. Allan Brewer-Carías. A esto se añade la proyección de este control en la esfera de los derechos políticos y potencialmente sobre el conjunto de los derechos humanos.

La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra la significación de la democracia como criterio concurrente en el test de validez de las limitaciones a los derechos, con trascendencia no solo sobre las limitaciones que afecten derechos ligados a la autonomía política, sino también sobre los vinculados a la autonomía personal. Las restricciones admisibles son solo las compatibles con una sociedad democrática.

IV

Quisiera concluir estos comentarios compartiendo algunas reflexiones sobre la situación venezolana en materia de derechos fundamentales.

La experiencia institucional venezolana de estos años, marcada por el protagonismo autoritario de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ilustra los efectos perniciosos a los que puede conducir un relajamiento de los postulados medulares de la teoría de los derechos fundamentales.

En varias de sus sentencias la Sala Constitucional ha convertido a los derechos fundamentales, sobre todo en su dimensión de libertad, en un punto de vista más que compite en desventaja con intereses colectivos o con parámetros metaconstitucionales que dominan la interpretación jurídica y la ponderación. La crítica a esta postura está vertida en varias páginas del libro. Sabemos que detrás de estos desafueros argumentativos hay intereses subalternos de distinta procedencia. Pero hay que salir también al paso de las desviaciones conceptuales, que no están presentes solamente en sentencias de esa Sala.

Es preciso asumir los nuevos desafíos que plantea la diversificación o multidimensionalidad de los derechos fundamentales, pero sin comprometer las conquistas logradas frente a los posibles abusos del poder público. Los derechos fundamentales, tanto los de defensa como los de actuación, prestación o participación, resultan desfigurados cuando el examen de licitud de las restricciones pierde consistencia.

Por otra parte, no es posible garantizar los derechos fundamentales cuando no hay independencia judicial. Esta es una consideración del contexto que debemos enfatizar. El Estado democrático de Derecho ha sido liquidado en Venezuela y los derechos humanos han sido y están siendo vulnerados masiva o sistemáticamente en ámbitos diversos. Esa ausencia del juez independiente, del juez a secas, es un fenómeno desconcertante y demoledor para el jurista y para la ciudadanía democrática.

También nosotros debemos superar esta experiencia de devastación institucional y social mediante un Estado de Derecho sólido y una garantía jurídica plena de los derechos fundamentales, sustentada en el reconocimiento y protección de la dignidad humana. Nunca más los derechos inherentes al ser humano deben quedar supeditados a intereses gubernamentales o de partido. Nunca más debe ser allanada impunemente la casa de la justicia por agentes simuladamente judiciales de un régimen opresor.

Esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales como institución, con actuación destacada de varios de sus miembros, está comprometida con la recuperación democrática del país. Este libro pretende ser también una contribución a los retos que debemos asumir con firmeza. La proporcionalidad y otros de los temas tratados se vinculan con lo que se ha denominado una cultura de la justificación e incluso un derecho a la justificación. El Estado tiene que justificar cada injerencia en los derechos de la persona y si no logra hacerlo corre con los riesgos de la anulación de sus actos, sin perjuicio de las responsabilidades aplicables. Impulsemos esta cultura de la justificación, como parte de ese Estado de Derecho que tendrá una mirada abierta a la realidad, pero no estará dispuesto a transigir con intereses políticos de uno u otro signo.

LIBRO HOMENAJE AL DR. LUIS COVA ARRIA.
03 DE NOVIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE APERTURA A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1345-1350 ISSN: 0798-1457

Los hombres que se esfuerzan una vez son hombres buenos, los hombres que se esfuerzan muchas veces son hombres mejores, pero los hombres que se esfuerzan toda la vida son los hombres ***imprescindibles***[1].

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales celebra jubilosa la valiosa iniciativa de rendir homenaje a la obra científica y docente del colega y amigo Académico Luis Cova Arria, individuo de número y ex presidente de esta centenaria corporación. Un ***jurista imprescindible***.

Con este libro homenaje honramos la *vigencia* y la *trascendencia* del pensamiento de Luis Cova Arria para el Derecho venezolano y para el derecho marítimo y el comercio internacional en particular. Un libro que representa no solo un homenaje, sino una auténtica "*ofrenda a la amistad*", realizada por un conspicuo grupo de colegas académicos, discípulos y amigos invitados a participar en este merecido tributo.

Este proyecto homenaje contó desde el comienzo con la bendición marítima: ***llevó buen viento y buena mar.*** Recibió el apoyo unánime de los individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y con ello el impulso enérgico ***a sotavento*** bajo la acertada dirección de los académicos Enrique Urdaneta Fontiveros, Rafael Badell Madrid y Salvador Yannuzzi y la coordinación ejecutiva de la abogada Patricia Martínez de Fortoul. Sin lugar a duda, una combinación que garantizó el éxito de su ejecutoria, medido en términos de las instituciones que se sumaron al auspicio de la obra y la receptividad de la convocatoria. A ello se agrega la magnética personalidad y la respetable ejecutoria del homenajeado, que atrajo un aluvión de aportes expresado en afecto, gratitud y respeto de sus discípulos, colegas maritimistas y compañeros académicos.

---

1 *Cfr*. Eugen Berthold Friedrich "Bertolt" Brecht.

El libro homenaje reúne 65 artículos en 3 tomos para un total de más de 2000 páginas. En estos 3 tomos se desarrollan temas fundamentalmente de derecho marítimo y de comercio exterior. También se incluyen estudios sobre temas jurídicos variados en materias tan distintas como el derecho constitucional, administrativo, mercantil y civil, inter- nacional privado, tributario y aduanero, procesal y arbitraje, historia, ciencias políticas y filosofía del derecho.

Lo más impresionante: El eficiente esfuerzo de ensamblaje de esta obra homenaje. Tomó escasos 9 meses de trabajo de los organizadores y de los participantes, en medio de las vicisitudes de la pandemia del Covid-19. Algo muy digno y consistente con la personalidad del homenajeado.

El Profesor Luis Cova Arria es un integrante de esa ***minoría selecta*** de hombres, que se distinguen por una vida esforzada, dispuesto siempre a superarse a sí mismo, a trascender de lo que es hacia lo que se propone como deber y exigencia, como compromiso y responsabilidad.

Luis Cova Arria cumple un rol estelar en el Derecho Privado venezolano en los últimos treinta años del siglo XX, y en los veinte años de este siglo XXI. El profesor Cova Arria es el gran Almirante del Derecho Marítimo venezolano. Es aquí donde volcó su energía creadora, su ciudadanía responsable y digna, su admirable vitalidad al servicio del país. Desde finales de los años setenta, al regresar al país luego de cursar sus estudios de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, culminados en 1974, dictó conferencias que hablaban sobre la necesaria reforma del derecho marítimo venezolano. Y no se conformó sólo con decirlo, trabajó incansablemente hasta lograrlo.

En efecto, fundó la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo[2] en el año 1977 cuyo objetivo es el estudio, desarrollo, reforma y divulgación del Derecho Marítimo, y la afilió al Comité Marítimo Internacional (CMI). Impulsó la reforma de la legislación marítima venezolana, elaborando el Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y Comercio por Agua (PLONCA) y presentándolo al Congreso de la República en 1986. Posteriormente retoma ese proyecto como Presidente del Comité Mercantil a cargo de la reforma de la legislación marítima venezolana

[2] https://www.avdm-cmi.com/historia

en el año 2000, presentando para su promulgación el Proyecto de Ley de Comercio Marítimo venezolana actualmente vigente.

Luis Cova Arria fundó hace 25 años los estudios de postgrado en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior en el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV[3]. Aniversario que conmemoramos también con la publicación de este libro. Allí dictó las cátedras de Nociones Básicas del Derecho de la Navegación y Comercio Exterior y continúa como su Coordinador. Es Miembro titular del Comité Marítimo Internacional y el primer latinoamericano en formar parte de su Comité Ejecutivo. Fue también Vicepresidente por Venezuela del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo.

Representó a Venezuela como delegado oficial en diversas conferencias internacionales sobre temas de derecho marítimo como transporte marítimo, privilegios e hipotecas navales, conocimientos de embarque y salvamento.

Pero su visión de lo que debe ser el derecho marítimo no termina en nuestro país. Su incansable trabajo por la necesaria armonización del derecho marítimo le llevó a plantear el ambicioso Proyecto de Ley Modelo Marítima Iberoamericana en la Asamblea del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, celebrada en la Isla de Margarita en el año 2006[4].

En la cátedra puso de manifiesto la calidad de sus ideas, su capacidad de hacer comprensibles los complicados marcos teóricos del derecho marítimo y del comercio internacional, así como su liderazgo en la recepción y difusión cultural. Tengo el honor de haber presentado su obra **"Derecho internacional incluyendo el comercio electrónico",** editado por esta corporación bajo el número 92 de la serie estudios. Un libro fruto del estudio y de la experiencia de nuestro autor por más de 40 años de trayectoria docente y profesional. Una contribución transcendental al estudio del derecho mercantil internacional en Venezuela.

---

[3] Ver Luis Cova Arria, "25 años de enseñanza del Derecho Marítimo en la Universidad Central de Venezuela", en *I Foro virtual panhispánico la enseñanza del derecho marítimo,* lunes, 31 de agosto de 2020**,** inédito.

[4] http://www.luiscovaa.com/publicaciones.asp

Luis Cova Arria es un fino jurista hecho a pulso en la fragua del trabajo digno y comprometido, pero también un gran abogado, porque ambos ingredientes por seguro no vienen juntos. Domina los conocimientos científico-técnicos que requiere su especialidad, pero también dispone de una gran cultura y sensibilidad para las ideas, que requiere una vida plena. Su obra es también una lección de humanismo. Representa el compromiso del intelectual con su tiempo y con su sociedad.

Luis Cova Arria es un numerario ***imprescindible*** en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Fue presidente de la Corporación entre los años 2013 y 2015. Se recuerda con admiración su contagioso entusiasmo, su dinámico liderazgo y su eficiente ejecutoria en el umbral del centenario de la corporación. Tengo la satisfacción de haber servido como secretario de la junta directiva que presidió y el privilegio de que él profirió el discurso de bienvenida en el acto de mi incorporación académica en 2006.

Su generosidad y fe en las nuevas generaciones de juristas son signo de especial admiración de la personalidad académica del homenajeado. Él ha promovido a muchísimos discípulos a través del conocimiento y la participación gremial, para empoderarlos como hacedores del presente y del futuro del país.

En épocas de regresión y primitivismo, de hemiplejia moral, frente al genocidio de las instituciones jurídicas de cada día, la trayectoria de excelencia en la obra intelectual y la intachable ejecutoria personal de Luis Cova Arria nos compromete e inspira en la lucha por restaurar la civilidad, el Estado de Derecho y los principios republicanos.

Hoy este proyecto homenaje llegó a "buen puerto". Sólo me resta agradecer a todos los participantes en este esfuerzo académico, tanto organizadores como colaboradores. Es una oportunidad estelar para dar muestra de nuestro respeto, admiración y afecto por ***Luis Cova Arria: un jurista imprescindible.***

Humberto Romero-Muci
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Aguafría, 27 de septiembre de 2020

PALABRAS DEL PROF.
ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1351-1361 ISSN: 0798-1457

Es para mí muy honroso presentar esta obra en homenaje al profesor Luis Cova Arria, Individuo de Número y Expresidente de esta Corporación.

La iniciativa de este Libro Homenaje fue una decisión unánime de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales adoptada en la sesión ordinaria del 5 de noviembre de 2019. De inmediato se conformó una comisión organizadora integrada por los académicos Rafael Badell Madrid, Salvador Yannuzzi Rodríguez y mi persona. La Secretaría Ejecutiva del libro estuvo a cargo de la profesora Patricia Martínez de Fortoul quien en todo momento prestó su significativa y valiosa colaboración en las actividades de la Comisión para llevar adelante esta publicación.

Luego se sumaron a este justo homenaje, como coauspiciadores institucionales, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, el Comité Marítimo Internacional, el Centro de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Una máxima que podría servir de poderosa introducción para el libro que hoy presentamos nos fue legada por ese genio indiscutible de la lírica y el teatro alemán Johann von Goethe (1749-1832*)*: "*No basta saber, se debe también aplicar. No es suficiente querer, se debe también hacer*."

Pareciera que esta sentencia hubiese sido el *motto* de vida del doctor Luis Cova Arria, el homenajeado en estas páginas. Su existencia es una evidencia palpable de que el saber siempre ha estado junto al hacer. Prueba de ello es que este texto, en donde se reúnen trabajos que comportan el tratamiento de temas de gran significación y actualidad jurídica, es un reconocimiento por la celebración, en este turbulento año 2020, de los 25 años de la creación de la Especialización en Derecho de

la Navegación y del Comercio Exterior, dictado en el Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, de la cual el doctor Cova Arria ha sido su propulsor fundamental y su dedicado coordinador.

Esta especialización, cuyas bodas de plata son ocasión propicia para adentrarse en el fascinante campo de los problemas del mar, ha contribuido significativamente al desarrollo de la doctrina jurídico-marítima venezolana. Allí se han formado expertos y técnicos en el comercio exterior y en el Derecho de la Navegación que han sabido aplicar las particulares fórmulas jurídicas del Derecho Marítimo, como son las relativas a compraventas marítimas, los *incoterms*, los sujetos de la navegación -el capitán, el agente naviero, el armador y el procedimiento de la responsabilidad del armador -, la copropiedad naval, el embargo de buques, los privilegios e hipotecas navales, los contratos de utilización del buque, especialmente los de transporte de mercancías y de pasajeros, los riesgos de la navegación, los abordajes y el salvamento, las averías, los seguros marítimos, etc. De su seno ha salido un contingente de profesores de Derecho Marítimo y de especialistas en el comercio exterior, de sólida formación, que contribuyen día a día a la solución de los problemas marítimos que aquejan a nuestro país.

Fundador de los estudios sobre Derecho Marítimo en Venezuela y jurista que ha dejado su huella indeleble en la evolución de esta disciplina de las ciencias jurídicas en nuestro país, el Dr. Cova Arria ha sido miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales desde el 21 de marzo de 2000 cuando fue electo. Su trabajo de incorporación titulado "*La responsabilidad civil derivada de derrames de hidrocarburos*" versó sobre un tema del más alto interés para nuestro país, sobre el cual se han adoptado numerosos convenios internacionales de indiscutible trascendencia. El 19 de febrero de 2013 Cova Arria fue elegido presidente de la Academia. Durante dos años dirigió con acierto los destinos de la corporación, defendiendo dignamente la autonomía, objetivos e independencia de la Academia, los derechos humanos, la institucionalidad democrática y el Estado de Derecho. La Junta Directiva presidida por Cova Arria se esforzó por proyectar la Academia, nacional e internacionalmente, reforzando sus vínculos con las Universidades, Colegios de

Abogados y Asociaciones especializadas de Derecho. Durante su gestión se intensificaron las labores de digitalización de las publicaciones jurídicas venezolanas y su puesta a disposición de los investigadores, docentes, estudiantes y estudiosos del Derecho, a través de la plataforma de la página web de la Academia. El acento en las nuevas tecnologías, la búsqueda de la modernidad y la digitalización de los contenidos hablaba de un académico dispuesto a seguir los designios del tiempo y pensar en el mañana antes que en el ayer.

Nacido como Luis del Valle Cova Arria, nuestro homenajeado llegó a esta vida simultáneamente con el hálito que insuflaba a una Venezuela en sus primeros pasos rumbo a la democracia. El general López Contreras al suceder al general Gómez hacía un gesto de enorme valor simbólico: colgaba el uniforme y se presentaba como gobernante civil. Algo cambiaba en el país. El 23 de diciembre de 1937 es la fecha de nacimiento del doctor Cova Arria. Era hijo de un respetado y apreciado hombre de leyes, el doctor Luis Cova García, quien fuera profesor de la Universidad Central de Venezuela, miembro de la Academia Mejicana de Ciencias Penales, asesor legal de la Asociación de Escritores de Venezuela y Juez de la República, y de doña Obdulia Arria Herrera de Cova, dama de ilustre prosapia y por cuyo linaje el Dr. Cova Arria se emparenta con relevantes hombres de mar. Fueron cuatro los hijos nacidos de aquel hogar.

Luis, el primogénito, ha formado familia con la distinguida dama doña Moraima Franco González y fruto de ese hogar son los cuatro vástagos que hoy prodigan nuevos herederos, extendiendo la estirpe.

Luis Cova Arria obtuvo su grado de Abogado en la Universidad Central de Venezuela en 1961, con la mención *Magna Cum Laude*. Posteriormente, el 3 de agosto de 1963, esa misma universidad le confirió el título de Doctor en Derecho con la presentación de la tesis "*Presupuestos de la quiebra en el derecho venezolano*", bajo la tutoría del egregio jurista Roberto Goldschmidt. Obtuvo el Master en Jurisprudencia Comparada en el Instituto de Derecho Interamericano de la Universidad de New York en 1974, con la presentación de la tesis "*The doctrine of forum non conveniens and basis of juridiction in Venezuela*". En la Universidad de Nueva York participó en 1973 – 1974 en el Curso de

Derecho Marítimo dictado por el profesor Nicholas J. Healy, jurista de reconocido prestigio y uno de los más insignes exponentes de la doctrina moderna de Derecho Marítimo a nivel mundial.

Siguiendo las huellas de su mentor el profesor Healy, la actividad profesional, académica y docente de Cova Arria se ha orientado hacia el Derecho Marítimo.

Desde 1962 ha ejercido exitosamente en el sector privado su profesión de abogado, con especial énfasis en el Derecho Comercial Internacional y en el Derecho de la Navegación, sin que ello le haya impedido dedicar largas horas a la docencia universitaria, la investigación y la redacción de obras jurídicas y proyectos de leyes.

El doctor Cova Arria ha tenido una dilatada trayectoria docente: desde 1965 hasta 1972 dictó clases de Derecho Mercantil en la Universidad Central de Venezuela; también fue profesor de Derecho Marítimo (1971-1995) en la Especialización en Derecho Mercantil del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esa misma Universidad. Desde 1995 se desempeña como Profesor y Coordinador Académico del Curso de Especialización de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior en esa Facultad. Ha sido profesor invitado de las Facultades de Derecho de las Universidades de El Salvador y Buenos Aires (Argentina), El Rosario (Colombia), San Marcos (Perú) y Nueva York (Estados Unidos de América).

La producción jurídica de Cova Arria es abundante y sólida. Ha publicado un libro bajo el título *La Responsabilidad Civil Derivada de Derrames de Hidrocarburos* y un manual sobre *Comercio Internacional y Comercio Electrónico* con comentarios, casos y materiales para la más fácil consulta de los estudiantes y profesionales del Derecho. Es además autor de numerosos artículos publicados en revistas jurídicas, en obras colectivas y en libros homenaje, tanto en Venezuela como en el extranjero.

El profesor Cova Arria ha sido protagonista de primer orden en múltiples conferencias, congresos, seminarios y eventos, nacionales e internacionales, en donde se abordan diversos problemas que se presentan en la actividad comercial marítima, portuaria y aduanera, se analizan temas controversiales y se elaboran recomendaciones que han

orientado las decisiones de nuestros tribunales y contribuido al desarrollo armónico del Derecho Marítimo venezolano.

Numerosas son también las asociaciones profesionales vinculadas al Derecho Marítimo que lo han tenido como propagandista o fundador: en 1977 se constituyó la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (Comité Marítimo Venezolano), de la cual Cova Arria fue uno de sus fundadores y su primer presidente. Es Miembro Titular del Comité Marítimo Internacional desde 1977, habiendo sido el primer latinoamericano designado Miembro de su Consejo Ejecutivo (1994); Miembro del *Standing Committee* de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos de la Cámara Internacional de París. Fue fundador y vicepresidente por Venezuela del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) y director de su Centro de Arbitraje Marítimo (CEAMAR), habiendo sido uno de los redactores y firmantes de los Estatutos del IIDM y del Reglamento de Arbitraje del CEAMAR.

El aporte de Cova Arria al desarrollo y modernización del Derecho Marítimo en Venezuela es indiscutible. Mención especial merece en ese sentido la tesonera actividad desplegada en la redacción del cuerpo de leyes marítimas actualmente vigentes en nuestro país. Atendiendo una solicitud del antiguo Congreso de la República, a mediados de 1980, el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela le encomendó al profesor Cova Arria la coordinación y redacción de un proyecto de ley que sustituyera al vetusto Libro II del Código de Comercio sobre el comercio marítimo cuyas normas, inspiradas en las Ordenanzas de Luis XIV de 1640 y reproducidas en el Código de Comercio francés de 1807, abordaban la regulación de la navegación y del comercio por agua tal como se practicaban en la época de la navegación a vela.

En cumplimiento de este encargo, Cova Arria realizó durante varios años un trabajo de investigación y redacción de un proyecto de ley orgánica de la navegación denominado *Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y Comercio por Agua*, conocido por sus iniciales "*PLONCA*". El proyecto fue presentado formalmente en un evento convocado por la misma Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en el año 1987.

Nuestras leyes eran pretéritas, antiguas, superadas. Trabajábamos con una legislación con más de un siglo de distancia y el mundo había cambiado. Había evolucionado. Se imponía una modernización de nuestra legislación marítima. En ese sentido, el *PLONCA* incorporó los principios fundamentales de las convenciones internacionales sobre Derecho Marítimo, así como las soluciones impuestas por la navegación y el tráfico moderno, adaptadas a las modalidades de nuestros puertos.

Después de haber sido ampliamente discutido con los sectores interesados en el comercio marítimo, el *PLONCA* fue presentado en 1987 al antiguo Congreso de la República. Debido a su importancia doctrinaria y alto grado de perfección técnica y su carácter novedoso, el proyecto recibió los más favorables comentarios de los eximios juristas José Domingo Rey de Argentina, José Luis Goñi de España, Víctor Pulido Méndez y Alfredo Morles Hernández de Venezuela. De todo ello se da cuenta en la Revista N°72 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

El texto preparado por el doctor Cova Arria adquirió la categoría de Proyecto de Ley, pero no llegó a discutirse en el Congreso Nacional puesto que otras materias captaron la atención prioritaria de los legisladores, pasando el proyecto a dormir el sueño de los justos. Sin embargo, el *PLONCA* fue el antecedente inmediato que sirvió de base para la redacción de nuestra Ley de Comercio Marítimo, cuyo anteproyecto también tuvo a su cargo el doctor Cova Arria en su carácter de presidente del Comité de Derecho Mercantil designado por el Ejecutivo Nacional para elaborarlo.

Para la preparación del Proyecto de Decreto-Ley de Comercio Marítimo, el Comité sostuvo incontables reuniones de trabajo con las distintas organizaciones vinculadas al mundo marítimo y examinó las diversas propuestas presentadas por dichas organizaciones, contribuyendo eficazmente el doctor Cova Arria a la estructuración del articulado final del proyecto que recoge la mayoría de las convenciones internacionales de Derecho Marítimo y reglas adoptadas por el Comité Marítimo Internacional, así como las más modernas tendencias doctrinarias y orientaciones jurisprudenciales sobre la materia.

Como el *PLONCA* fue originalmente concebido como un Código de la Navegación, incorporó los principios fundamentales y las normas

generales de carácter mercantil, administrativo, procesal y de derecho internacional privado relativas a todo tipo de navegación (marítima, fluvial, portuaria y lacustre). De ahí que su articulado sirvió de base no solo para la redacción del Decreto-Ley sobre Comercio Marítimo de 2001[1] sino también para buena parte de las disposiciones del Decreto-Ley sobre Espacios Acuáticos e Insulares[2], el Decreto-Ley General de Marina y Actividades Conexas[3] y el Decreto-Ley de Procedimientos Marítimos[4] que entraron en vigencia en 2001.

El producto del trabajo coordinado por el doctor Cova Arria, distante de filiación ideológica y cercano al compromiso nacional, generó una de las legislaciones marítimas más modernas y funcionales del continente, que fue recibida con entusiasmo por la comunidad marítima en general y sirvió de ejemplo para que otros países actualizaran y pusieran al día sus ordenamientos sobre la navegación.

Con la promulgación de este cuerpo de leyes en 2001, Venezuela pasó a tener un derecho marítimo autónomo, separado del Derecho Mercantil, del cual había sido un simple apéndice desde que se promulgó nuestro primer Código de Comercio el 15 de febrero de 1862.

Aunque nuestro ordenamiento marítimo es moderno y de avanzada, en Venezuela no hay actualmente interés político por implementarlo. Como bien dijo Albert Einstein*: "Nada destruye más el respeto por el Gobierno y por la ley de un país que la aprobación de leyes que no pueden ponerse en ejecución"*. El comercio marítimo, como el resto de la actividad económica y comercial, ha sufrido los embates de la crisis sin precedentes que ha devastado al país. El comercio con Venezuela

---

1 El Decreto-Ley sobre Comercio Marítimo fue derogado por la Ley de Comercio Marítimo publicada en la Gaceta Oficial No. 38.351 de fecha 5 de enero de 2006.

2 El Decreto-Ley sobre Espacios Acuáticos e Insulares de 2001 fue derogado por la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares de fecha 20 de diciembre de 2002 la cual, a su vez, fue derogada por el Decreto con rango de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos publicado en la Gaceta Oficial No. 6.153 Extraordinario del fecha 18 de noviembre de 2014.

3 El Decreto-Ley General de Marina y Actividades Conexas fue modificado por la Ley General de Marinas y Actividades Conexas del 2002, la cual fue derogada por el Decreto-Ley de Marina y Actividades Conexas publicado en la Gaceta Oficial No.6.153 Extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014.

4 Decreto-Ley de Procedimientos Marítimos fue publicado en la Gaceta Oficial No. 5.554 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

ha disminuido dramáticamente. Pero cuando las condiciones mejoren, tendremos ya un gran camino andado pues disponemos del marco legal e institucional adecuado y contamos con los instrumentos propios del Derecho de la Navegación para un vigoroso reflorecimiento del comercio marítimo.

Sin precedentes que ha devastado al país. El comercio con Venezuela ha disminuido dramáticamente. Pero cuando las condiciones mejoren, tendremos ya un gran camino andado pues disponemos del marco legal e institucional adecuado y contamos con los instrumentos propios del Derecho de la Navegación para un vigoroso reflorecimiento del comercio marítimo.

Hoy tenemos la gran satisfacción de presentar esta obra colectiva en tres volúmenes. Además del prólogo del doctor Humberto Romero-Muci, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y de las palabras introductorias del profesor Christopher O. Davis, presidente del Comité Marítimo Internacional, esta obra consta de 65 estudios preparados por académicos, profesores universitarios y especialistas, nacionales y extranjeros. La mayoría de los trabajos se concentran en el régimen del Derecho de la Navegación, lo que era de esperarse por ser ésta la materia a la que el profesor Cova Arria le ha dedicado décadas de estudio como docente, académico y abogado. También se recibieron importantes contribuciones sobre otras áreas del derecho, como derecho constitucional, administrativo, civil, comercial internacional, penal, tributario, internacional público y privado, solución de controversias, derecho y contabilidad, lenguaje y derecho, historia y otros temas de interés general.

Sus autores dedican con gusto y afecto al emérito homenajeado el libro que tiene en sus manos el lector y lo publican con la confianza de que contribuya efectivamente a la difusión de temas jurídicos de gran relevancia.

En nombre de la Comisión Organizadora nuestro sincero agradecimiento a los colaboradores por el esfuerzo y tiempo dedicado a la elaboración de sus artículos, los cuales constituyen autorizada doctrina sobre la materia tratada en cada uno de ellos.

El Dr. Luis Cova Arria es una figura relevante de nuestra modernidad, de nuestro futuro. Su obra, aún en tránsito, permite pensar en el

porvenir de un país, lleno de esperanza y capacidad de crecimiento. Su labor, grande desde el aula universitaria y memorable desde el fruto palpable, nos permite siquiera imaginar una mejor Venezuela. Este libro intenta rescatar y ponderar esa memoria. Esperamos que lo logre.

Hay una obra inobjetable y valiosa amparada en el nombre de Luis Cova Arria: pensar, querer, luchar y hacer, como decía Goethe. La herencia es enorme. Para los pupilos y discípulos, muchos en cantidad, la mesa está servida. Manos a la obra.

Enrique Urdaneta Fontiveros
Caracas, 15 de septiembre de 2020

PALABRAS DEL DR. CHRISTOPHER DAVIS PRESIDENTE DEL COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1363-1367 ISSN: 0798-1457

Es motivo de gran satisfacción para mí, tanto a nivel personal y en mi capacidad de Presidente del Comité Marítimo Internacional, prologar una obra escrita con la contribución de diversos autores destacados, para homenajear a mi gran amigo y colega Luis Cova Arria.

De los distintos especialistas, precursores y promotores del derecho marítimo a nivel global y especialmente en el continente latinoamericano, pocos merecen este homenaje más que Luis.

Luis Cova Arria es, sin duda, el precursor del derecho marítimo venezolano en su versión moderna.

Ilustre caraqueño y abogado venezolano, se graduó de la emblemática Universidad Central de Venezuela *Magna Cum Laude* en 1963.

Se interesó por el derecho marítimo hace más de medio siglo, cuando en Venezuela pocos se habían percatado de su existencia.

Estudió el derecho marítimo en Nueva York cuando cursaba su Máster en Jurisprudencia Comparada a principios de los años 70 en la Universidad de Nueva York, y lo hizo nada más y nada menos que bajo la tutela del gran Nicholas J. Healy, el abogado marítimo más destacado y reconocido de Norteamérica.

Al regresar a Venezuela de sus estudios en Nueva York, fundó la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo en el año 1977, convocando a un grupo de abogados, marinos y personas del medio de la época a que contribuyeran con esta iniciativa y enseguida, incorporó a la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo al Comité Marítimo Internacional.

Casi medio siglo después, la semilla que Luis sembró al fundar la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y hacerla parte del Comité Marítimo Internacional, ha germinado en forma vigorosa y robusta, con muy pocos casos susceptibles a igualarla en el ámbito latinoamericano.

Por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo han pasado más de una docena de presidentes desde que Luis la fundó. Es una Asociación, que ha llegado a tener más de doscientos miembros y que, aún con las dificultades que Venezuela ha experimentado a través de las últimas dos décadas, ha mantenido y continúa manteniendo una intensa vida interna, así como una significativa participación en el Comité Marítimo Internacional.

Es también miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo.

Desde 1994 hasta 2003, Luis Cova Arria fue además, Consejero del Comité Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional y primer venezolano en hacerlo, sucediendo a los maestros José Domingo Ray de Buenos Aires, Argentina y Eugenio Cornejo de Valparaíso, Chile, dos grandes maritimistas de Latinoamérica, quienes fueron sus grandes amigos.

Contribuyó significativamente con la unificación del derecho marítimo internacional, con diversas iniciativas durante su paso por el Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional. A la vez, gracias a él, otro venezolano, Aurelio Fernández-Concheso, pasa a ser el segundo que forma parte de este órgano esencial en el funcionamiento del Comité Marítimo Internacional.

Así pues, una de las obras preeminentes de Luis en el derecho marítimo es, sin duda, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y su activa participación en el Comité Marítimo Internacional.

Pero Luis ha hecho mucho más por el derecho marítimo.

A principios del siglo XXI, Venezuela fue uno de los primeros países latinoamericanos en modernizar su legislación marítima, adecuándola a los tiempos del nuevo siglo, generando una moderna autoridad y sistema de registro de buques y una jurisdicción marítima especializada, que solamente Panamá y Venezuela se pueden jactar de tener en el continente latinoamericano.

Esa legislación es también, en parte, hechura de Luis Cova Arria. En efecto, su idea de modernizar la legislación marítima venezolana surgió mucho antes, con su proyecto de Ley Orgánica de la Navegación, conocido como PLONCA, para el cual Luis tomó inspiración en la legislación argentina y las enseñanzas del maestro Ray.

Fue esa iniciativa, la que permitió más tarde la concreción de una legislación marítima moderna como la tiene Venezuela hoy.

Más allá del derecho marítimo, como el jurista integral que es, Luis ha tenido una intensa actividad académica en Venezuela. Es fundador de la Especialización en Derecho de la Navegación en la Universidad Central de Venezuela, por la que han pasado numerosas promociones y cuyos 25 años de fundada se conmemoran también con esta obra.

También en lo académico, es miembro de la prestigiosa Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela de la que han formado y forman parte hoy los más prestigiosos abogados de ese país y fue su Presidente entre 2013 y 2015.

Pero lo más resaltante en Luis, aparte de todos estos logros, ha sido su excelente condición humana y la formación de una familia extraordinaria a través del tiempo que es apreciada en la sociedad venezolana, con su distinguida esposa Moraima Franco de Cova, 4 hijos y 13 nietos. Nadie mejor entonces para recibir este homenaje que mi gran amigo y colega Luis Cova Arria, cuya contribución al derecho marítimo venezolano, latinoamericano y global es amplia, extensa y verdaderamente trascendente.

En nombre del Comité Marítimo Internacional, su Comité Ejecutivo y el mío propio como su Presidente, le rindo merecido honor.

Christopher O. Davis New Orleans,
Louisiana 29 de julio de 2020

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO DEL DR. LUIS COVA ARRIA POR EL LIBRO EN SU HONOR.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1369-1378 ISSN: 0798-1457

Señores, Humberto Romero-Muci, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Rafael Badell Madrid, secretario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Enrique Urdaneta Fontiveros y Salvador Yannuzzi Rodríguez, Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, todos miembros de la Comisión designada por esta academia para la edición del libro homenaje a mi persona; señores académicos de esta ilustre corporación, y de las otras academias nacionales, señores y señoras invitados a este acto virtual.

Me encuentro aquí en presencia virtual ante ustedes, totalmente abrumado, como miembro de un grupo de juristas que nos integramos, cada uno dentro de su especialidad, a canalizar nuestro conocimiento de las leyes para su uso correcto, con el fin de un recto y justo gobierno de la justicia, recibiendo el altísimo premio que esta docta institución ha tenido a bien en otorgarme: Un libro en mi homenaje.

Recibir esta designación es un gran orgullo, un homenaje totalmente inesperado e inmerecido, pues la enseñanza y divulgación del Derecho Marítimo es algo a lo que me he dedicado toda mi vida de abogado, sin afán de reconocimiento.

Este libro, es el mejor premio que a mis casi ochenta y tres años de vida, se me ha podido dar y, culmina todos los premios que he recibido en mi ya larga vida, la cual ha transcurrido sin baches, ni obstáculos que la hayan empañado, gracias a la benevolencia del altísimo señor, nuestro Dios supremo.

Pero además de Ustedes, distinguidos académicos miembros de esta docta institución, a quienes les agradezco profundamente por haber aprobado la realización de esta obra que hoy se presenta, debo expresar mis especiales gracias a quienes la hicieron posible:

Al presidente de esta academia, el Dr. Humberto Romero-Muci, quien cuando -hace un año- le planteara nuestro pedido de que la misma auspiciara el 25º aniversario de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela y, por ende, de la enseñanza autónoma del derecho marítimo en nuestro país, cuya coordinación me ha correspondido desde su inicio, me asomó la sugerencia de que, combinada con ese aniversario, se me hiciese un homenaje por esa labor de enseñanza a través de un libro homenaje. Pero también mi agradecimiento, por sus emotivas palabras del prólogo y, por su inspiración a nuestro conocido artista del dibujo, el pintor Roberto Weil, para la realización de la excelente caricatura que acompaña una de las páginas del libro. Asimismo, mi agradecimiento, por su brillante artículo sobre los aspectos, legales y fiscales, del importante y actual tema de la disfunción del bolívar y la dolarización de facto de la economía venezolana.

¡Humberto, muchas gracias!

Al secretario de esta academia, el Dr. Rafael Badell Madrid, quien, en la sesión del 06 de noviembre del año pasado, propuso formalmente, el libro que hoy se presenta, asumiendo el compromiso de presentarlo en el día de hoy, la cual proposición fue acogida por unanimidad por los académicos presentes en la misma, designándose una comisión redactora del libro, conformada por los numerarios Enrique Urdaneta Fontiveros, Salvador Yannuzzi Rodríguez y el mismo Rafael Badell Madrid, quienes designaron como secretaria de la misma a la profesora Patricia Martínez de Fortoul, quien fuera directora ejecutiva de esta academia. Mi agradecimiento al Dr. Badell es impagable, no sólo por haber hecho esa proposición, sino por el cíclope trabajo que asumió de inmediato para terminar este libro y presentarlo hoy. Fue un revisor de lujo de los trabajos recibidos, dedicando días, muchos de ellos de descanso, en esa agotadora labor. Adicionalmente, sin ser editor, asumió a su cargo, toda la ardua labor de coordinación para la diagramación y edición del libro. Pero como si esto fuera poco, Rafael, redactó un extenso y necesario Manual de Derecho Administrativo Marítimo, como su colaboración intelectual al libro, el cual, sin

duda, será de lectura obligatoria en los cursos de enseñanza del derecho administrativo marítimo en nuestro país. Y, si eso no fuera poco, mi profundo agradecimiento por su esfuerzo en recaudar los fondos necesarios para sufragar los gastos de diagramación y publicación de este libro homenaje.

¡Rafael, muchas gracias!

Al Dr. Enrique Urdaneta Fontiveros, quien con maestría y, también, con dedicación de su tiempo, se encargó de hacer la presentación del libro, en la cual me hace inmerecidos elogios y una valiosa descripción de los valiosos trabajos que se recibieron para el libro. También por su importante artículo, en el cual responde al interesante interrogatorio para nuestro derecho civil sobre la prohibición del pacto comisorio, en donde menciona la excepción a dicho pacto que contiene nuestra Ley de Comercio Marítimo, en la regulación del régimen del contrato de hipoteca sobre naves.

¡Enrique, muchas gracias!

Al Dr. Salvador Yannuzzi Rodríguez, quien como miembro de la Comisión redactora del libro colaboró estrechamente con los otros miembros en toda la labor que fuera necesaria llevar a cabo para su culminación. Le agradezco, asimismo, su valioso artículo para el libro, en el cual responde al interesante interrogatorio para el derecho procesal marítimo nacional, de si en el mismo, existe la institución anglosajona del Discovery.

¡Salvador, muchas gracias!

Al Comité Marítimo Internacional, en la persona del jurista estadounidense, Christopher Davis, la más importante institución del derecho marítimo internacional, la cual, a su petición, coauspició el libro, y para Christopher, personalmente, por su brillante liminar, en el cual, hace de mi persona un inmerecido panegírico.

¡Chris, muchas gracias!

A la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, en la persona de su presidente, José Sabatino Pizzolante; a la Rama Venezolana

del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, en la persona de su Vicepresidente, María Grazia Blanco; a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello", en la persona de su decano, nuestro académico, Salvador Yannuzzi Rodríguez; y, finalmente, al Centro Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en la persona de su Director, Armando Rodríguez García, todos por el coauspicio institucional del libro.

José, María Grazia, Salvador y Armando, ¡muchas gracias!

A la Profesora Patricia Martínez de Fortoul, quien como secretaria de la Comisión redactora del libro colaboró estrechamente con los miembros de la Comisión en su interacción epistolar con los profesores a quienes se invitaron a colaborar en el libro y, con los que aceptaron la invitación, para la entrega en tiempo oportuno de sus trabajos. También por su destacado artículo sobre el particularismo del Derecho Marítimo.

¡Patricia, muchas gracias!

A nuestra actual secretaria ejecutiva de la Academia, la Lic. Evelyn Barboza, por su invalorable ayuda a la comisión en los innumerables detalles que significó editar el libro. Agradecimiento extensivo a su asistente Clara Yegres y, la directora de nuestra biblioteca, la Lic. Beatriz Martínez, por su disponibilidad de prestar la ayuda que se le pidiera en el ámbito de sus funciones. Asimismo, y, no menos importante, a Oralia Hernández, quien, con gran dedicación y maestría, hizo la diagramación de los tres tomos que componen la obra. A ellos mil gracias por los obstáculos que tuvieron que superar para publicar este libro y dar satisfacción a todos los colaboradores de la obra.

¡Evelyn, Clara, Beatriz y Oralia, muchas gracias!

A todos y cada uno de los juristas que, con sus brillantes artículos, colaboraron con la hechura de este libro en mi homenaje, pues sin ellos no hubiera sido posible que estuviésemos hoy aquí, presentándolo.

Todos y cada uno de sus impecables trabajos pasaron por la estricta revisión de la Comisión, quienes acordaron agruparlos en tres tomos.

Para expresar mi agradecimiento, los señalo siguiendo el orden en el cual aparecen en el índice general de la obra:

A Alberto Cappagli, Eduardo Albors, Juan Itriago, María Grazia Blanco, Max Genskowsky Moggia, Patricia Martínez de Fortoul, Rafael Badell Madrid, Fernando Ray, Erick Alejandro Oms, Freddy Belisario Capella, José Maura, Juan Malpica Lander, María del Cielo Sánchez Froilán, Nalliver Flores, Rodolfo González-Lebrero, Ana Luisa Melo, Aurelio Fernández-Concheso, Diego Esteban Chami, Giorgio Berlingieri, Ignacio Luis Melo, Luis y Diego San Simón, Rubén Bolívar, Salvador Yannuzzi Rodríguez, José Alfredo Sabatino Pizzolante, Leonardo Mainero, Rafael Reyero-Álvarez, Ricardo José Maldonado, Tomás Malavé Boada, Gustavo Omaña Parés, Javier Rodríguez Melo, Måns Jacobsson y Patrick J.S. Griggs.

Asimismo, a Hildegard Rondón de Sansó, Armando Rodríguez García, Enrique Urdaneta Fontiveros, José Getulio Salaverria, Eugenio Hernández-Bretón, Bernardo Melo-Graf, José Antonio Pejovés, Luis Miguel Cova Pinto, María Virginia Garrillo, Alberto Blanco-Uribe, Claudia Madrid Martínez, Iván Sabatino Pizzolante, Javier Ochoa, Jorge Isaac González Carvajal, Luciano Lupini, Milagros Betancourt, Rodrigo Rivera Morales, Elvira Dupuy, Gabriel Ruan Santos, Humberto Romero-Muci, María Fernanda Luna, Serviliano Abache, Carlos Simón Bello, Allan R. Brewer-Carías, Pedro Casale, Ramón Guillermo Aveledo, Cecilia Sosa Gómez, Eduardo Sambrizzi, Héctor Faúndez Ledesma, Julio Rodríguez Berrizbeitia, Ramón Escovar Alvarado y Ramón Escovar León.

Quisiera que el tiempo fuese suficiente, para unir mi agradecimiento con una breve noticia, comentario, o recensión de sus artículos, pero no lo es, pero, no por ello, debo dejar de recomendar su obligada lectura por lo excelente de sus contenidos.

¡Para todos ustedes, muchas, pero muchísimas… gracias!

Como dije al comienzo de estas palabras, he sido muy afortunado en mí ya larga vida, pues culminé con éxito mis estudios y, fui exitoso en el ejercicio de la profesión y especialidad que aprendí, en la cual tuve la ayuda de mi padre, Luis Cova García, también abogado, y, mi suegro, Leopoldo Franco Sagredo, quien, sin serlo, fue mi más cercano

colaborador y amigo. Él me recomendó con su abogado, Régulo Belloso, con quien comencé exitosamente mi andadura profesional. Todos ya fallecidos.

No puedo dejar de dar mi especial agradecimiento a quienes me fueron fundamentales en el aprendizaje y ejercicio del derecho marítimo, también ya fallecidos, mi profesor en la Universidad de Nueva York, Nicholas J. Healy, uno de los más grandes maritimistas del mundo anglosajón y el profesor argentino, José Domingo Ray, uno de los grandes maritimistas del mundo del derecho continental.

Mi agradecimiento profundo a mis socios y compañeros de la firma Luis Cova Arria & Asociados, Henry Morian Piñero y Patricia Martínez de Fortoul, cuyo apoyo material y moral ha sido decisivo en el ejercicio de nuestra profesión, sobre todo en estos tiempos de dificultades.

Un gran agradecimiento a mis profesores, compañeros de estudios, colegas y amigos, que siempre me han manifestado su generosa admiración y respaldo personal, sin mezquindad, y a quienes debo gran parte de mis éxitos en la profesión. De ellos muchos ya no están con nosotros, pero afortunadamente, siguen aquí, Carlos Villalba Anzola, Ezra Mizrachi Cohen y Jaime Ballestas Capote, compañeros de las aulas y junto, quienes, con Oswaldo Martínez Guzmán, Juan Ramón Carvallo Guía, Enriqueta Piña de Gómez y Uly Lezama de Borges, han sido mis amigos de toda la vida,

De esta docta academia, he recibido el apoyo de muchos académicos que ya no están con nosotros, quienes, en forma desinteresada, me dieron su mano amiga y, por ello, los considero propulsores tácitos de este reconocimiento. Menciono, con temor a omitir algunos, a José Melich Orsini, Gonzalo Pérez Luciani, José Luis Aguilar Gorrondona, Efraín Schacht Aristiguieta, Tomás Polanco Alcántara, Francisco López Herrera, Arístides Rengel Romberg, Pedro Nikken, René De Sola, Leopoldo Borjas Hernández, Gonzalo Parra-Aranguren, Boris Buminov Parra, Ramón Escovar Salom y Eloy Lares Martínez.

Tampoco hoy, están con nosotros, quienes tuvieron para conmigo especiales gestos de cariño y amistad, los cuales agradeceré eternamente, como lo son, Gustavo Planchart Manrique y Tomás Enrique Carrillo Batalla, ambos propulsores de mi entrada a la academia -hace ya 20 años-, y, de mi designación como secretario de la misma.

Igualmente, mi agradecimiento, también muy especial, a los académicos Alfredo Morles Hernández, Allan R. Brewer-Carías, Román Duque Corredor y Gabriel Ruan Santos, Alfredo, aceptó dar repuesta a mi discurso de incorporación y fue también propulsor a mi ingreso a esta docta institución; Randy, también propulsor de mi incorporación, quien redactó para esta obra un brillante artículo histórico, sobre la estrecha relación, previa a los hechos de la independencia venezolana, que tuvieron Francisco de Miranda y Thomas Paine, en cuyo artículo me hace un innecesario elogio; Román, por haberme propuesto a segundo vicepresidente de esta institución, lo que me llevó luego a su presidencia y, finalmente, a Gabriel, nuestro anterior presidente, por haber designado con el nombre de mi padre, un premio especial de la Academia.

Del mismo modo, mis gracias inmensas a mis otros compañeros actuales de academia, cuyo apoyo a la propuesta de este homenaje, es la mejor expresión de la amistad que me profesan. Al padre Luis Ugalde, S.J., y a los numerarios José Guillermo Andueza, Juan Carlos Pro-Rísquez, José Muci-Abraham, Luciano Lupini Bianchi, Alberto Arteaga Sánchez, Jesús María Casal, León Henrique Cottin, Eugenio Hernández-Bretón, Carlos Eduardo Acedo Sucre, Ramón Guillermo Aveledo, Hildegard Rondón de Sansó, Henrique Iribarren Monteverde, Josefina Calcaño de Temeltas, Guillermo Gorrín Falcón, Gerardo Fernández Villegas, James-Otis Rodner. Ramón Escovar León, José Antonio Muci-Borjas, Carlos Ayala Corao, César Augusto Carballo Mena, Juan Cristóbal Carmona Borjas, Julio Rodríguez Berrizbeitia, Héctor Faúndez Ledesma y Carlos Leañez Sievert.

Expreso, asimismo, mi infinito agradecimiento: A mi madre, Obdulia Ilba. A mi suegra, Elvira. ya fallecidas. A mis hijos, Luis Leopoldo,

Halvor Enrique, Luis Humberto y Moraima Elvira, a mi yerno, Jorge, a mis nueras, Gabriella, Annabella, Rosaura y Myriam. A mis 13 nietos: Luis Miguel, Andrés Leopoldo, Gabriella, Luis Enrique, Jessica, Ana Isabel, Alejandra, Ignacio, Adriano, Andrés Enrique, Luis Fernando, Rodrigo y David. A mis hermanos, Maia, Inés, Leopoldo, Altagracia, María Teresa, Halvor, Harris y Franklin. A mis cuñados, Juan y Maritza; A mis concuñados, Leopoldo Elías, Marinés, Jesús Enrique, Iraida, Beatriz y Mariana. A mis numerosos sobrinos. A mis primos.

A todos mi más honda y sincera gratitud por el amoroso apoyo que siempre me han dado, en todas las situaciones de mi vida.

En fin, mil gracias a quienes me acompañan virtualmente en este hermoso día.

No quiero finalizar estas palabras de agradecimiento sin dejar de mencionar a quien más le agradezco por todos los logros que obtenido en mi vida, incluido éste, y quien me ha acompañado, demostrándome siempre un profundo amor y ternura, desde ya hace casi sesenta años, habiendo formado con ella mi bella familia, siendo el pilar único y fundamental que la sostiene, mi querida amiga, consejera y amada esposa, Moraima.

¡Gracias, Moraima!

Finalizo, diciendo que este reconocimiento, aprobado de forma unánime en la citada sesión y cargado de elogios, dice mucho más de quienes proviene, que de mi persona y me compromete a trabajar aún más en la incansable tarea en pro de nuestra Academia, de la restitución del estado de derecho en nuestro país y, del desarrollo del derecho marítimo en Venezuela.

¡De nuevo, un millón de gracias a todos ustedes por acompañarme virtualmente en este momento tan feliz!

Buenas tardes distinguidos académicos, familiares, colegas y amigos.

Caracas, 03 de noviembre de 2020.

LIBRO ¿QUÉ HACER CON LA JUSTICIA?
EL CASO VENEZOLANO.
17 DE NOVIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE APERTURA A CARGO DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI, PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1381-1387 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en auspiciar la presentación del libro ***qué hacer con la justicia*** dirigido por los académicos Cecilia Sosa Gómez y Jesús María Casal, coeditado por el Centro para la Integración y el Derecho Público.

Cuando nos preguntamos ***qué hacer con la justicia en Venezuela***, no podemos ocultar que la pregunta denota la existencia de un problema. Tal vez el más grave y acuciante problema que atañe a la democracia y al Estado de Derecho: La inefectividad de la garantía judicial, la inoperancia del poder judicial, la desviación de sus fines y el abandono de sus funciones, ...en suma una de las causas fundamentales de la descomposición institucional que padecemos.

En Venezuela se desmontó el control jurisdiccional del poder con repercusiones nefastas sobre la seguridad jurídica, la legalidad, el Estado de Derecho y la democracia. Desde los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia hasta el último tribunal de municipio dejaron de funcionar de forma independiente, objetiva y eficazmente frente a los otros poderes. La cooptación político partidista de todos los cargos públicos, en especial de los jueces de máxima instancia, es lo que más resintió esta paulatina deriva autoritaria, que ya no deja dudas de haberse convertido en una **"dictadura totalitaria"**.

En complemento se desmontó el control externo, objetivo y neutral sobre el ejercicio del poder en Venezuela, en respeto y garantía de los derechos humanos, como consecuencia de la ilegítima denuncia por parte del Ejecutivo Nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos y más recientemente, con el pretendido retiro de Venezuela de la organización hemisférica, mediante la denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como el sistemático desconocimiento y desaplicación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la OEA.

El 16 de septiembre de 2020 conocimos el aterrador Informe de la Misión Independiente designada por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sobre Venezuela, en el que se (i) describen y documentan las prácticas sistemáticas de violaciones agravadas de derechos humanos ocurridos en el país desde 2014, constitutivas algunas de crímenes de lesa humanidad, (ii) ejecutadas como políticas de Estado por el régimen de gobierno, consistentes en ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, para finalmente (ii) identificar a los responsables de esas violación y crímenes.

El Informe de la Misión Independiente identificó la falta de autonomía del poder judicial como una de las razones que contribuyen a las violaciones y delitos allí determinados, inclusive confirma con horror que el propio poder judicial se convirtió en un instrumento de represión, participando, por acción u omisión, en la perpetración de graves violaciones de derechos humanos, particularmente el enjuiciamiento penal de opositores políticos, incluso el uso de tribunales militares para juzgarlos.

Así mismo, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en su Informe del 15 de julio de 2020, estimó que **"la independencia del sistema de justicia se ve considerablemente socavada debido a la inseguridad en la titularidad de los jueces y fiscales, a la falta de transparencia en el proceso de su designación, a las condiciones de trabajo precarias y a la interferencia política, con inclusión de las estrechas relaciones que existen entre los miembros del TSJ con el Gobierno y el partido gobernante. Esta situación impide que el poder judicial ejerza su función clave como un actor independiente en la protección de los derechos humanos y contribuye a generar impunidad y la persistencia de violaciones de estos derechos"**. Por lo que las **"…víctimas de violaciones de los derechos humanos enfrentan grandes obstáculos para acceder a la justicia, lo que redunda en su revictimización. El ACNUDH ha comprobado que, en los casos de violaciones de los derechos económicos y sociales, la eficacia de los recursos legales se ve socavada debido a la falta de respuestas oportunas y adecuadas por parte del poder judicial, aunado a la falta de acceso de información pública**

esencial. La ausencia de procesos judiciales que tengan en cuenta las consideraciones de género y estén centrados en la defensa de las víctimas, y la falta de medidas de protección efectivas han agravado la desconfianza en el sistema de justicia".

Sin lugar a duda la mayor inmoralidad institucional asociada a la (in) justicia consiste en el pretendido monopolio de la validez jurídica que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Este tribunal tal como está diseñado en la Constitución es incompatible con el Estado de Derecho, la separación de poderes y la democracia[1]. El conjunto de potestades que se le han atribuido y las que se auto atribuyó, implica una instancia estatal que reúne al mismo tiempo el poder legislativo, ejecutivo, judicial e incluso constituyente[2]. Una instancia que pretende en erigirse en vértice del orden jurídico del país.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha denunciado (i) la falta de autonomía e independencia del poder judicial y (ii) particularmente las intromisiones de la política en la justicia configurado por los múltiples abusos de la Sala Constitucional, en desmedro del Estado Constitucional, la Democracia y los derechos humanos de todos los venezolanos.

Asumimos como Academia de Ciencias Políticas y Sociales, nuestro compromiso de contribuir con la difusión de las ideas que faciliten el restablecimiento de la Democracia en nuestro país.

Por esta razón en el año 2018, bajo la presidencia del académico Gabriel Ruan, se decidió trabajar sobre el Modelo Democrático los temas asociados a la Construcción, Deconstrucción y Renovación del Estado. El programa general estuvo bajo la coordinación del Académico César Carballo Mena, acompañado de los profesores Jesús María Casal,

---

1 ***Cfr.*** Francisco J. Delgado, ***Chavismo y derecho***, Editorial Galipán, Caracas, 2017, p. 138.

2 Allan R. Brewer-Carías, ***El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)***, Colección Estudios Políticos No. 8, segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2015 p. 138; más recientemente ***La consolidación de la tiranía judicial<el juez constitucional controlado por el poder ejecutivo asumiendo el poder absoluto>***, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas New York 2017.

Rafael Badell Madrid y Cecilia Sosa, dando lugar a la organización de Foros y conferencias importantes, realizadas durante todo ese año 2018.

Una de las Comisiones de ese Programa General presentó sus conclusiones bajo el título **¿Qué hacer con la Justicia?** Esta comisión estuvo integrada por los académicos Román Duque Corredor, Jesús María Casal, Cecilia Sosa, quien actuó como coordinación de esta.

Los resultados fueron divulgados en un encuentro que agrupó Académicos, Profesores especialistas en diversas especialidades y prácticas de la docencia, magistratura, judicatura y del ejercicio de la abogacía, pública y privada, que voluntariamente se sumaron a esta actividad.

Las 21 ponencias quedaron integradas y agrupadas en cinco áreas temáticas: Derecho Constitucional, Sistema de Justicia, Justicia Tributaria, Justicia Internacional, y Justicia Transicional.

Los trabajos presentados fueron editados para su divulgación y las ponencias fueron recopiladas en el libro que hoy presentamos. Se trata de un compendio de análisis sobre las disfunciones de la de justicia en el país, pero lo más importante, contiene importantes propuestas de cómo rescatar, reconstituir y potenciar la función de justicia para evitar que esta tragedia se repita en nuestro país.

Señoras y señores académicos.

¿Qué hacer con la Justicia? No es una pregunta retórica en nuestro país. Recordemos las sabias palabras del jurista y juez constitucional italiano, Gustavo Zagrebelsky: **"…la acusación más fuerte, infamante y deslegitimadora que se puede hacer a un tribunal…, como en general a todo sujeto dedicado a desarrollar tareas neutrales de garantía en interés de todos…la de actuar o haber actuado políticamente"**[3].

En nombre de la Corporación quiero expresar nuestro agradecimiento a los académicos Cecilia Sosa Gómez y Jesús María Casal, por su inagotable entusiasmo y por, sobre todo, su liderazgo para promover los valores del derecho, la justicia y la ética. Finalmente, agradecemos el generoso auspicio editorial del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), en la persona de su Director Ejecutivo,

[3] Gustavo Zagrebelsky. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción Manuel Martínez Neira, Minima Trotta, Trotta, Madrid, 2008, p.37.

el Profesor Antonio Silva Aranguren, por su valioso apoyo a las actividades y proyectos de la Academia.

Bienvenidos a este a la presentación de este libro sobre el destino de la justicia en Venezuela.

Fort Lauderdale, 17 de noviembre de 2020

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DE LA ACADÉMICA DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1389-1400 ISSN: 0798-1457

Bajo el auspicio de nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales saludo al presidente Humberto Romero-Muci, compañeros de Junta Directiva y a todos los Académicos de esta Corporación, también al Centro para la Integración y el Derecho Público que dirige el abogado Antonio Silva, y el apoyo decidido de la Fundación Konrad Adenauer para editar el libro que hoy formalmente presentamos titulado ¿Qué Hacer con la Justicia?

De manera que manifestamos nuestro agradecimiento en la persona representante en Venezuela Maximilian Hedrich, y ahora a la Señora Annette Schwarzbauer quien inicia la representación en Venezuela.

Este texto fue coordinado junto al Académico Jesús María Casal, y recoge los trabajos presentados en el Foro del mismo nombre, que organizó esta Academia, realizado en nuestra sede del Palacio el día 09 de mayo de 2019. Esta iniciativa atrajo el interés de miembros de esta academia, profesores universitarios, investigadores, abogados con experiencia en el poder judicial y en el ejercicio profesional y muchos estudiantes.

Lo que me emociona de esta obra es la actualidad del tema por cuanto sin Justicia no tendremos Democracia; y en razón de ello, deseo dedicar mis palabras en el corto tiempo del que dispongo, para destacar de manera muy resumida las materias que libremente investigaron los ponentes del encuentro que se agrupan en este libro.

El libro se inicia con las palabras de presentación del presidente de la Academia **Humberto Romero-Muci**, para luego el Secretario Ejecutivo del Bloque Constitucional de Venezuela, profesor **Perkins Rocha** identificar en su exposición cuál es la verdadera esencia de nuestro problema con la justicia y que podemos resumir en el siguiente párrafo:

> Para reinstitucionalizar la justicia dice, es necesario crear un nuevo vínculo entre el ciudadano común y corriente, y la justicia, no apartándolo del centro de decisiones judiciales, sino especialmente cultivando una cultura ciudadana democrática. Vinculando el hecho judicial de manera común con las prácticas sociales y viceversa. Diría que su mensaje se resume en "Todos necesitamos Justicia".

El Académico Rafael Badell Madrid desarrolla la justicia constitucional y el control de constitucionalidad; cómo nacen y se desarrollan en otros países y luego lo qué ocurre en el desarrollo constitucional en Venezuela, ello nos permite entender lo que ha sucedido con la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 1999, quien ejerce sus competencias sin control alguno, calificando su actuación de dictadura constitucional. Razona y propone una Corte Constitucional fuera del Poder Judicial, que actúe de manera autónoma e independiente, en instancia única, con medios de impugnación limitados, tasados y definidos por la propia Constitución.

El Académico Jesús María Casal examina el papel que deberá jugar la jurisdicción constitucional en el escenario de recuperación democrática, ya que la experiencia comparada indica que en la transición a la democracia, los tribunales constitucionales suelen contribuir decisivamente al desmontaje de las estructuras y de los criterios autoritarios que intentan persistir a pesar de la transformación política. Razona la necesidad de levantar un inventario de instrumentos probados en sistemas democráticos, que hayan funcionado como factores efectivos de contención de procesos tendencialmente autoritarios, acompañado de programas destinados a consolidar una cultura de la democracia y el Estado de Derecho.

El Profesor Raúl Arrieta, plantea con profundidad la constitucionalización del derecho y los caminos sobre los cuales se desarrolla. Lo considera un fenómeno inédito en la formulación de nuevas constituciones del último medio siglo. Advierte que no se puede estudiar una Constitución sin tener presente cuál es su contexto socio/político, cultural, ético, histórico y no como un documento escrito que fija el

marco de actuación del poder. Aborda los efectos de la constitucionalización, la efectividad de la misma, y cómo se produce el cambio en el sistema de fuentes o de producción de normas y la importancia de que la jurisprudencia constitucional sirva para la difusión de las normas constitucionales y la impregnación del orden jurídico.

El Académico Ramón Escobar León, examina la fuerza del carácter vinculante de la sentencia para la toma de la decisión judicial. Analiza la delimitación del precedente constitucional y lo asocia con el precedente, en el sentido de los alcances entre los casos a los fines de que los tribunales sigan las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión. Es así que la aplicación dependerá de la similitud o diferencias fácticas entre el caso en el cual se aplicó el precedente y aquél en el cual se va aplicar en el futuro. Luego desarrolla las doctrinas sobre el precedente constitucional y aborda la interpretación tal como la ha entendido la Sala Constitucional, para concluir cómo el precedente constitucional limita el poder legislativo si le es vinculante. Por tanto, ante la situación real política del país examina los límites a la interpretación constitucional que han sido ignorados absolutamente en nuestro país.

La Profesora María Concepción Molino Saavedra, concentra el análisis en la transfiguración de la Constitución, por las decisiones de recursos de interpretación constitucional realizados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Determina la magnitud de los cambios operados en el texto constitucional, y prueba luego del análisis de las sentencias dictadas, cómo la mutación constitucional entre 2013 a 2018 la transformación de la realidad jurídica y la normatividad constitucional transfigurando nuestra carta fundamental, por tanto no constituye mutación constitucional, más bien esas sentencias de interpretativas del texto constitucional han acabado con la doctrina democrática de la Constitución venezolana y la supremacía constitucional.

El Académico José Guillermo Andueza y el profesor José Salvuchi Salgado, abordan el tema de la autonomía parlamentaria,

los actos privativos y su tratamiento en la Constitución del 61 y en la del 99. Argumentan que el poder legislativo tiene que actuar sin trabas ni interferencia en su funcionamiento y que sus limitaciones son las establecidas en la Constitución para luego demostrar cómo se violentó la autonomía parlamentaria (analiza a tales fines la sentencia 260 de la Sala Electoral del TSJ de 30/12/2015) en particular la potestad del cuerpo legislativo para la calificación de sus integrantes.

La Académica Hildegard Rondón de Sansó, propone modificaciones al sistema constitucional y legal del TSJ. Critica el bicefalismo del Tribunal, examina lo que sería el gobierno del poder judicial, analiza la normativa sobre dirección, gobierno y administración dictadas por el TSJ y los mecanismos utilizados por el máximo tribunal para asumir la conducción de toda la estructura organizativa a los fines de mantener el control absoluto del poder judicial. Propone la eliminación de la Sala Electoral y razona la pertinencia de una Corte Constitucional.

La Profesora María Amparo Grau, plantea como tema los términos constitucionales de la Justicia Militar; luego de un análisis de los antecedentes constitucionales, determina que la Constitución de1999, por una parte establece que los delitos que comprendan violaciones a los derechos humanos y lesa humanidad están excluidos de la jurisdicción militar; y al mismo tiempo consagra que la competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar, dejando abierta la posibilidad de juzgamiento de civiles por delitos militares, lo que estaba proscrito en forma tajante en constituciones anteriores. El Juez natural prevalece en la Constitución de 1999 como garantía del debido proceso y por tanto la justicia militar se aplicaría únicamente a personas bajo fuero militar (activos); es decir la aplicación de leyes militares de delitos de naturaleza militar excluidos los delitos comunes, justificándose en la infracción de los deberes militares. La propuesta de este estudio está enmarcada en la restitución de la justicia en el país aun cuando se concreta en eliminar la justicia militar, se proscriba en tiempos de paz, y se incluya como delito la violación de derechos humanos el uso de la institución militar, su régimen disciplinario, sus recursos o medios de castigo contra la población civil. Igualmente se propone

suprimir la competencia de un componente militar como la Guardia Nacional en actividades de policía para el mantenimiento del orden interno del país en tiempos de paz.

La Académica Cecilia Sosa Gómez, ubica y analiza el derecho de participación libre en los asuntos públicos como forma de integración de la sociedad a la organización y estructura del Estado, al estar incorporada a la lista de los derechos humanos. En el caso específico del poder judicial y el sistema de justicia, se determina cómo se participa y para qué, iniciándose por la premisa expresa y novedosa en nuestro país de que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos. Se propone sustituir la actual Ley del Sistema de Justicia para establecer la verdadera organización de las relaciones funcionales entre los órganos que lo componen. excluyendo al poder Ejecutivo quien lo rige actualmente e incorporando al sistema tanto a los abogados como a los ciudadanos.

La Ex Juez María Luisa Acuña, centra el tema de la corrupción del poder judicial considerando que pasa a ser la razón de la destrucción de Sistema de Justicia, permitiéndola; esta violación permanente de uno de los principios fundamentales que le otorgan sustento y soporte a la democracia, como es la independencia. La actividad judicial y la gestión judicial se desenvuelven en las sombras. Cualquier trámite judicial tiene que ser sufragado por el ciudadano. El planteamiento es la urgencia de la reinstitucionalización del Sistema de Justicia, no sólo porque ella va de la mano con la prosperidad económica del país en virtud de la seguridad jurídica que otorga, además por cuanto deriva de la importancia de rescatar la democracia que ha perdido su fortaleza, precisamente por cuanto su institucionalidad judicial fue destruida y desmantelada dando paso a una grosera concentración de poder en manos del Ejecutivo.

El Académico José Antonio Muci Borjas, escoge la Potestad reglamentaria del poder judicial y la desarrolla a partir de las diversas normas constitucionales que asignan potestades reglamentarias; se identifican otras autoridades con potestad reglamentaria que nace de

la autonomía e independencia que les reconoce en la Constitución a determinados órganos. Se concentra en la potestad reglamentaria del poder judicial referida a la organización y funcionamiento del TSJ y la dirección, gobierno y la administración del Poder Judicial. Desarrolla en detalle esta potestad en tribunales superiores, en jueces disciplinarios; concluyendo hasta dónde llega esa potestad y sus limitaciones, afirmando que el reglamento no puede suplir la ley.

El profesor Alejandro González Valenzuela, desarrolla el amparo constitucional como derecho fundamental y da las razones por la cual se encuentra en crisis. Desarrolla las vicisitudes de la institución desde su primera consagración en 1961 hasta la promulgación de la ley especial y el impacto de esta legislación en la Constitución de 1999, así como las mutaciones legales propiciadas por la Sala Constitucional del TSJ. Un aspecto trascendente es el trato que debe darse a la pretensión extraordinaria o subsidiaria en la reforma que requiere de esta ley, las causales de admisibilidad, el amparo conjunto en un juicio ordinario, el tema de la caducidad, acción extraordinaria y subsidiaria de amparo. Concluye en una propuesta de bases, conceptuales y procesales, para adaptarla a una justicia constitucional moderna ya que este texto ha quedado superado por la realidad jurídica de nuestro país.

El Académico Cesar Augusto Carballo Mena, contesta la pregunta ¿cómo se fragua el Estado Social de derecho y se confecciona el compromiso estatal de la satisfacción de las necesidades vitales de la población? Luego lleva adelante las reflexiones que le permiten colocar el énfasis en los trabajadores y la promoción de la libertad sindical. Es decir, avanza en los derechos de organización, negociación colectiva y huelga. Se refiere a la doble vía de tutela del trabajador, estatal y autonómica. Un estado Constitucional de derecho necesariamente está obligado descender del olimpo la norma constitucional y colocarla en la batalla de las relaciones laborales.

El Académico Salvador Yannuzzi, concentra su trabajo en una revisión del vigente Código de Procedimiento Civil para pasar a formular una propuesta que lo sustituya analizando la situación actual y propone

un nuevo Código Adjetivo el cual debe ser un trabajo de especialistas que bien podría ser la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas. Cuestiona el proyecto presentado a la AN por inadecuado y destaca los aspectos sustanciales de una reforma de las regulaciones procedimentales y la urgencia de prepararse para recurrir a los medios alternativos para la resolución de controversias, lo que además descongestionaría los tribunales.

El Académico Humberto Romero-Muci, centra su análisis en los derechos humanos como condición de validez de los tributos, destacando el derecho a contribuir conforme a la capacidad económica efectiva y como parámetro de validez de la tributación en el Estado Constitucional. Aborda la relación entre derechos humanos y la tributación, indica que la tributación puede incidir en el disfrute del salario, el derecho a la vivienda, a la salud, la educación, la libertad de prensa entre otros. El eje del planteamiento es la eficiencia del sistema y desarrolla la técnica normativa de las inmunidades tributarias y de lo que se considera el mínimo vital. Muestra el derecho comparado para proponer criterios en materia de tributación que se alinean con los derechos humanos. En la parte legislativa considera que el Código orgánico Tributario tiene grotescas inconstitucionalidades en detrimento de los derechos de los contribuyentes.

El Profesor Alberto Blanco Uribe Quintero, dedica el énfasis a justicia tributaria como centro del desarrollo del servicio de administración de justicia tributaria que impartido por estos tribunales en el ámbito de las relaciones entre las administraciones tributarias y su equilibrio frente a los derechos de los contribuyentes y otros obligados tributarios; en cuanto a la aplicación de potestades tributarias y su equilibrio frente a los derechos de los contribuyentes, todo en el marco de que la relación jurídico tributaria como una relación de derecho y no de poder. En realidad, es algo más que hablar del contencioso tributario, y de discutir si se paga tributos y la calidad de los servicios que reciba no sean de excelente calidad. Es un deber contribuir con las cargas públicas siempre que se respeten la capacidad contributiva y el principio de legalidad tributaria. Luego de afirmar y constatar que no existe un poder

judicial en Venezuela y por tanto hay que reconstruirlo o reinstitucionalizarlo, derogando las inconstitucionales normativas que regulan el sistema de justicia tributaria sustituyéndolas por regulaciones procesales garantistas.

El Académico Eugenio Hernández-Bretón, explica el derecho procesal civil internacional y cómo esa internacionalidad del supuesto de hecho regulado no es la fuente de la normativa utilizada para regular tales casos o supuestos. Resulta que se aplica a tales casos la normativa doméstica o nacional. Desarrolla el *fórum regit processum* partiendo que las grandes orientaciones del Derecho Procesal Civil Internacional en Venezuela: la ley de Derecho Procesal Privado, mientras el CPC fija la vía procedimental a seguir. De allí desarrolla la jurisdicción de los tribunales nacionales, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial trasfronteriza. Concluye en la conveniencia de reformar el sistema en vigor y determina sus contenidos.

El Académico Luis Cova Arria, describe la situación jurídica de la reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba se fundamenta en hechos históricos y geográficos, y ha invocado a su favor documentos entre ellos las Cédulas Reales, que confirman sus derechos históricos desde tiempos coloniales, como título legítimo de su dominio inminente, dado el convenimiento de los repúblicas suramericanas al terminar las guerras de independencia, de conservar los territorios que correspondían a las provincias bajo el dominio España. Luego de relacionar lo ocurrido desde que se firmó el laudo Arbitral de París, hemos llegado a la disputa de la reclamación a la Corte Internacional de Justicia visto que de acuerdo al Secretario General de NU no se logró un acuerdo definitivo a finales de 2017. Se plantean en el estudio los pro y contra de las dos tesis de defensa, una concurrir a la Corte y detallar todos los argumentos jurídicos por los cuales no es competente para conocer de esta controversia o no concurrir. El Estado optó por la segunda, presentando una comunicación señalando que no participará en el procedimiento por cuanto dicho Tribunal es incompetente. No duda el ponente es afirmar que el gobierno de transición pudiera solicitar

suspender el procedimiento al menos por dos años y así prepararse para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses.

La profesora Milagros Betancourt, fundamenta su postura en cuanto a la Justicia Transicional y su aplicación en Venezuela, en cuatro principios del derecho internacional de derechos humanos: la obligación del Estado de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de castigar a quienes resulten culpables; el derecho a conocer la verdad sobre los abusos del pasado y la suerte de las personas desaparecidas, el derecho humanitario a que violaciones graves de derechos humanos a obtener reparación, y la obligación del Estado de impedir y garantizar que tales atrocidades vuelvan a repetirse. La crisis de Venezuela es de gran magnitud, estructural y progresiva; la institucionalidad democrática ha sido destruida, el desempeño democrático ha desaparecido que debe movernos como sociedad unida para reclamar a lo interno del país, por todos los medios el respeto al orden y respeto de las normas fundamentales de los derechos humanos, y exigir el más firme apoyo de la comunidad internacional. Plantea cómo debe abordarse la Justicia Transicional ante un eventual proceso de transición política tal como está fijado en el Estatuto para la Transición a la Democracia dictado por la Asamblea Nacional legítima. El trabajo que nos espera está marcado por reconciliación con justicia para recuperar el país y recomponer la sociedad.

El Académico Román Duque Corredor, comienza por afirmar que los procesos de cambio político de regímenes dictatoriales o totalitarios hacia la democracia y la libertad suponen nuevas visiones para el derecho y la Justicia. El enfoque jurídico para responder a períodos de represión y de violaciones de derechos humanos, lo retrospectivo, para buscar soluciones jurídicas para un futuro democrático, consideraciones prospectivas permiten encontrar el equilibrio entre el valor de lo ideal de justicia y la realidad política post cambio político para construir un futuro Estado de Derecho que los garantice. Insiste en que la justicia transicional tiene como fundamento el deber del Estado de investigar,

juzgar, sancionar y de indemnizar a las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Por esa razón esta justicia se basa en el acceso a la verdad, tanto para las víctimas como para la sociedad, para conocer las razones que llevaron a los victimarios a actuar de esa manera y el grado de participación del agente en el hecho dañino y que la sociedad conozca la historia de estas violaciones para evitar en el futuro se incurra en las mismas violaciones.

Concluyo:

El libro ¿Qué Hacer con la Justicia? muestra el empuje de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por encontrar soluciones y proponerlas. En todos los estudios que contiene y que brevemente describo en estas palabras de presentación encontramos directa o indirectamente el duro que hacer que tenemos por delante, y nos compromete a todos a pasar de las propuestas a la concreción para contribuir sin adornos, en precisar muchos de los temas a resolver para lograr tener seguridad jurídica, Estado de Derecho y Democracia. Además, queremos la resurrección del sentimiento de lo justo y un renovado interés por los grandes temas de la justicia, abordados con un espíritu nuevo, que cuente con el interés de la vida en sociedad, la satisfacción y el disfrute de los derechos humanos y de lo que significa tener acceso a la Justicia, en aplicación y vigencia de la Constitución.

Gracias

PALABRAS DEL ACADÉMICO DR. JESÚS MARÍA CASAL.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1401-1410 ISSN: 0798-1457

HACIA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Es un verdadero honor pronunciar unas breves palabras con motivo de la presentación del libro ¿Qué hacer con la justicia?, el caso venezolano, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Centro para la Integración y el Derecho Público (con el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer).

Quisiera expresar mi sincera felicitación a todos los coautores y hacer un reconocimiento especial a la dedicación de la Doctora Cecilia Sosa Gómez en la gestación y preparación de la obra. Primero, por sus esfuerzos para la celebración del seminario en que se expusieron las ponencias que han servido de fundamento al libro y luego por su esmero en lograr la entrega de los textos correspondientes y en velar por la cabal culminación de la obra colectiva. La reforma de la justicia para ceñirla a las exigencias del Estado de Derecho ha sido tema de preocupación de la Dra. Sosa desde hace muchos años, lo que explica su empeño en promover una reflexión actualizada sobre el tema, con miras a la redemocratización de Venezuela. Ha sido un gusto colaborar con ella en la coordinación del libro, que se ha visto facilitada por la cooperación del Centro para la Integración y el Derecho Público, en la persona del Dr. Antonio Silva Aranguren. Expreso además mi reconocimiento al Bloque Constitucional de Venezuela y me sumo al agradecimiento a la Fundación Konrad Adenauer.

En esta intervención aludiré, en primer lugar, a la significación de la independencia judicial para la realización de las propuestas formuladas en los trabajos que han sido reunidos y, en segundo término, a algunos de los derroteros específicos de la futura jurisdicción constitucional, para concluir con una reflexión sobre los desafíos de la cultura republicana.

La independencia judicial es el principal hilo conductor del libro que presentamos, lo cual se explica por una doble razón. Por un lado, la independencia judicial es esencial al Estado de Derecho y al cabal funcionamiento de la administración de justicia y, por otro lado, la subordinación política, clientelar e ideológica al gobierno de los tribunales ha sido tan profunda en estos años que aquella salta a la vista como el recurso vital o indispensable para recomponer el Estado constitucional y democrático en Venezuela.

Este ciclo político de apetencia de poder absoluto ha confirmado dolorosamente que la ausencia de barreras en el ejercicio del poder, cualesquiera que sean los objetivos políticos perseguidos, tiende a desembocar en la arbitrariedad, en graves violaciones a derechos humanos y en la destrucción de las bases sociales y económicas de una nación. Venezuela se encuentra en una situación de saturación de poder absoluto que muestra a una burocracia deslegitimada, ineficaz y opresiva. En este recorrido, el Tribunal Supremo de Justicia, en especial sus Salas Constitucional y Electoral, han jugado un papel determinante. Sin la intervención decidida y oportuna, calculada y servicial de la Sala Constitucional, no podría entenderse ni explicarse la velocidad y la intensidad de la captura gubernamental sobre las instancias constitucionales de control ni la magnitud del desconocimiento de la voluntad popular y de la representación parlamentaria del que hemos sido víctimas los venezolanos.

Los trabajos de los Dres. Rafael Badell Madrid, María Concepción Mulino Saavedra, José Guillermo Andueza, José Salvuchi Salgado, Hildegard Rondón de Sansó, Cecilia Sosa Gómez, María Luisa Acuña López, y José Antonio Muci Borjas dan cuenta de esa preocupación por la falta de independencia judicial o la ausencia de autonomía de los órganos constitucionales de control, y formulan propuestas de rectificación que pueden iluminar el camino de la democratización. A su vez, los Dres. Raúl Arrieta Cuevas y Ramón Escovar León nos recuerdan los límites que el juez constitucional no puede sobrepasar en su tarea interpretativa. Y los estudios de los Dres. Alejandro González Valenzuela y César Augusto Carballo Mena reivindican la genuina protección de los derechos y garantías fundamentales, al tiempo que los Dres. Salvador Yannuzzi Rodríguez, Humberto Romero-Muci y Alberto Blanco-Uribe

Quintero aluden a reformas o reconceptualizaciones necesarias en el campo del procedimiento civil, de los tributos y de la tutela judicial, respectivamente. La Dra. María Amparo Grau explica, asimismo, los excesos que se han cometido con la llamada justicia militar. Este orden nacional sobre la justicia se complementa con elementos internacionales o con un orden internacional que es tratado en esferas específicas por los Dres. Eugenio Hernández-Bretón, Fernando Fernández y Luis Cova Arria. Para llevar a cabo los cambios institucionales planteados en muchos de los trabajos que componen el libro, es preciso completar la transición a la democracia, respecto de lo cual son orientadoras las contribuciones de los Dres. Román Duque Corredor y Milagros Betancourt.

Quisiera aludir a uno de los temas claves de la recuperación democrática: contar con una jurisdicción constitucional que esté dispuesta a impedir, en vez de promover, la erosión de la democracia. Este tema es objeto de numerosos estudios que prestan especial atención al papel que están jugando algunas cortes o salas constitucionales en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática. No es posible entrar aquí en detalles sobre estas contribuciones. Baste con resaltar que diversos análisis originados en el Derecho Constitucional y en la Ciencia Política indican que la garantía formal de la independencia judicial no es suficiente para lograr que los tribunales se involucren en la defensa de las instituciones y principios democráticos. Un régimen que postule una concepción estrecha o puramente formal del Estado de Derecho puede reservar a los jueces espacios autónomos de actuación jurisdiccional que no pongan en peligro las grandes decisiones de la configuración normativa y de la definición política. Los propios jueces pueden replegarse a posiciones en las que no se vean expuestos a conflictos con el poder establecido.

La historia enseña no solo que ello es posible, sino que es frecuente. Perfecto Andrés Ibáñez lo explica certeramente cuando subraya que el franquismo se sirvió en general de la judicatura recibida de la República, y luego afianzó un modelo judicial que quiso perdurar en sus códigos interpretativos más allá de la dictadura. Algo similar ocurrió en la Italia fascista y en la Alemania Nacionalsocialista, o en dictaduras latinoamericanas del Cono Sur, ejemplos todos de "jueces-funcionarios,

sin más, del poder, no importaba si ejercido en clave autoritaria, e incluso de un autoritarismo criminal"[1].

Tales regímenes dejaban, sin embargo, poco margen para la discrepancia, pero es llamativa la docilidad y hasta adhesión militante de muchos jueces a los nuevos señores. En todo caso, en situaciones de menor impronta autoritaria esta conducta no es inusual, con excepciones notables.

Necesitamos jueces comprometidos con el Estado democrático de Derecho. Hay que propugnar una visión sustantiva del Estado de Derecho, de la cual se derivan ciertamente exigencias formales, pero que no agotan las implicaciones del concepto. Esto es relevante para que los jueces defiendan la democracia en el momento en que según la experiencia comparada pueden hacerlo con posibilidades de éxito: en la fase inicial de las desviaciones autoritarias.

Se ha demostrado, por otra parte, que la sana competencia política y la consecuente incertidumbre sobre el futuro induce a los factores de poder a desplazar hacia la judicatura la resolución de controversias institucionales, bajo un marco de independencia. De tal modo que la salud del sistema democrático propicia la independencia de los jueces. El dominio de la arena política por una sola fuerza pone en riesgo la autonomía del poder judicial.

En lo que concierne a la jurisdicción constitucional, para asegurar la independencia judicial y un compromiso auténtico con el Estado democrático de Derecho hay que considerar, a mi juicio, garantías organizativas y funcionales que paso apenas a mencionar.

Las primeras comprenden asuntos como el procedimiento de designación y los plazos de renovación de los magistrados de una sala o corte constitucional, mientras que las segundas se refieren a la concepción reinante sobre el papel institucional que corresponde a la jurisdicción constitucional.

En cuanto a los aspectos organizativos, es conveniente pensar en reformas de trascendencia constitucional para prever procedimientos de designación en los que participen varios órganos del Estado, a lo que

---

[1] Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 93.

ha de añadirse la trasparecía y el control ciudadano. Es importante que parte de las postulaciones de los integrantes de la corte o sala respectiva provengan del poder judicial, previa reestructuración del mismo conforme a los principios de la independencia de la judicatura. También es preciso exigir una mayoría calificada de votos en la Asamblea Nacional o congreso para la elección de tales magistrados. La propia composición de los tribunales o salas constitucionales debe preservar equilibrios en cuanto a la procedencia profesional de los magistrados, que ha de reflejar el mundo académico, el del ejercicio de la abogacía o de la función pública y el de la labor jurisdiccional. Esto ha de complementarse con la previsión de la renovación parcial, preferiblemente por tercios, de los magistrados constitucionales, con periodos comprendidos entre 9 y 12 años, sin posibilidad de reelección. Todas estas contenciones favorecen una integración diversa y equilibrada que puede contribuir a frenar intentos de erosión democrática. Los criterios de selección han de estar basados por supuesto en la cualificación y el mérito. Ha de subrayarse, adicionalmente, que está condenado al fracaso todo sistema constitucional que deposite en los jueces constitucionales estas responsabilidades mientras mantiene un presidencialismo exacerbado y propicia la unificación política de los demás poderes. Los tribunales constitucionales difícilmente pueden darle a la Constitución lo que ella misma no se preocupa en conseguir al diseñar la organización del poder.

Las garantías funcionales están directamente relacionadas con el concepto de Constitución del cual partamos. Los deplorables acontecimientos antes esbozados han reforzado en el país la conciencia sobre la misión específica que una jurisdicción constitucional no puede dejar de cumplir: la salvaguarda del constitucionalismo democrático y, por tanto, la preservación de la división de poderes, del pluralismo político y social y del respeto a los derechos humanos.

La jurisdicción constitucional podría cumplir otras funciones en aras del más amplio desarrollo de los derroteros constitucionales, pero si no desempeña aquella tarea que le es específica, el edificio constitucional es sumamente vulnerable ante liderazgos populistas o embates autoritarios. La vigilancia de la jurisdicción constitucional sobre el desenvolvimiento institucional está además constreñida por las formas

y las vías de acceso a la jurisdicción, ya que aquella se encuentra igualmente sometida al Estado de Derecho que ha de resguardar.

El perfil funcional de una corte o sala constitucional está signado por consideraciones ligadas al contexto en que opera, por lo que esa aproximación general recibe acentos o desafíos particulares según las circunstancias. No cabe duda que nuestra jurisdicción constitucional, en la transición a la democracia, enfatizará la necesidad de salvaguardar el pluralismo político y de suprimir en la legislación, en la jurisprudencia y en las prácticas institucionales todo vestigio de imposición o condicionamiento ideológico o de menoscabo de las posibilidades de libre participación ciudadana, de ejercicio de la iniciativa privada en la esfera económica y social, y de la oposición política. Se sentirá igualmente obligada a velar por la intangibilidad del espacio público de debate, protesta cívica y construcción de opinión pública. Se empeñará asimismo en la recuperación de la posición y autonomía constitucional del parlamento y en la protección de la independencia judicial. Los magistrados y magistradas serán además conscientes del rol que deben cumplir como jueces interamericanos, esto es, como actores que concurren en el despliegue del control de convencionalidad, y harán valer la apertura de la Constitución a la garantía internacional de los derechos humanos. La experiencia comparada ilustra la función capital que la jurisdicción constitucional puede jugar en procesos de redemocratización, como punta de lanza de los esfuerzos destinados a levantar un orden jurídico y político cimentado en la garantía de la dignidad humana y de las libertades y derechos que de ella se derivan.

Hay tanto por hacer en este y otros ámbitos que las fuerzas individuales tienden a desfallecer. Pero esta obra colectiva nos da luces sobre la ruta que puede seguirse y da muestras de lo que somos capaces de lograr con un esfuerzo mancomunado. Debemos tener presente además que hay relativa claridad sobre los componentes medulares de la agenda de la recuperación democrática. Al haber sido despojados de los bienes más elementales o básicos de la convivencia democrática y de la constitucionalidad, no es difícil que hallemos consensos sobre las primeras piedras que hemos de colocar para edificar de nuevo una democracia constitucional, y sobre esos fundamentos podrán abordarse los temas más controvertidos.

El espíritu nacional y elevado, no patriotero ni grandilocuente, ha de prevalecer en estas horas o en estos momentos decisivos de la construcción democrática. Y los compromisos que hemos de honrar tienen una carga ética y cultural insoslayable. Hay que promover una cultura de respeto a los derechos humanos, a la democracia y al Estado de Derecho que convierta a cada ciudadano en guardián de sus instituciones republicanas. Como Academia y como centros académicos hay mucho por hacer. El Padre Luis María Olaso recordaría en junio de 1958, en el Paraninfo de la Universidad Católica Andrés Bello, pocos días después del fallecimiento del Dr. Mario Briceño Iragorry, la exhortación que este había expresado en la Universidad Central de Venezuela el 23 de abril de 1958:

> "Para que la vulgar politiquería de la zancadilla y del asalto tumultuario sea definitivamente barrida por una actitud conveniente de comprensión, de inteligencia, de tolerancia, de cooperación y de deber, la Universidad ha de imponerse la obligación elemental de formar ciudadanos más que científicos, de producir hombres buenos más que buenos profesionales, de forjar conciencias íntegras más que luminosos sabios a los que les sea fácil desconocer los derechos fundamentales de la criatura humana"[2].

Esas palabras, pronunciadas en la alborada de la recuperación democrática de 1958, recobran importancia en la actualidad. Ciertamente, repica en las conciencias que profesionales del Derecho hayan sido protagonistas del autoritarismo judicial del Tribunal Supremo de Justicia. El desafío de la formación jurídica y de la cultura ciudadana es otro terreno en el que debe sembrarse la consolidación democrática.

Felicitaciones de nuevo a la Dra. Cecilia Sosa Gómez, a los coautores y a esta Academia y a sus integrantes por esta obra y por las demás publicaciones e iniciativas que se están llevando adelante para preparar y facilitar las tareas de la democratización. Esta es solo una muestra de las múltiples actividades que está llevando a cabo esta Academia y

---

[2] Discurso pronunciado por Mario Briceño Iragorry en la UCV el 23 de abril de 1958, Boletín Informativo de la UCV Nº 34, 28 de abril de 1958; citado por Luis María Olaso J., *Derechos humanos, pensamiento comunitario y otros temas*, UCAB, Caracas, 1988, pp. 347-348.

de los trabajos individuales o colectivos que han sido publicados en diversos sectores del Derecho y que coantienen valiosas orientaciones para la ruta que debemos transitar.

LIBRO
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
AUTOR: ACADÉMICO
DR. RAFAEL BADELL MADRID.
15 DE DICIEMBRE DE 2020.

PALABRAS DE APERTURA
A CARGO DEL
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,
PRESIDENTE DE LA
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1413-1420 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en patrocinar institucionalmente la presentación del libro más reciente del Académico Dr. Rafael Badell Madrid, intitulado ***Derecho Procesal Constitucional.***

Esta es una oportunidad que nos compromete con la identificación de los muchos aciertos que concurren a la obra que hoy presentamos, pero por sobre todo nos permite resaltar el valor institucional y el vigor de la productividad de los académicos de ciencias políticas y sociales en los tiempos que corren.

El Dr. Tulio Chiossone, uno de los numerarios más conspicuos de nuestra corporación, señaló que: **"…la academia de ciencias políticas y sociales está llamada a trabajar intensamente. Que en ella debe residir el <pensamiento director de la actividad jurídica> del país, pues esa es su función esencial**". Decía con todo acierto que: **"Quienes hemos sido obsequiados con el honor de ser recibidos en su seno, estamos obligados a devolver ese honor enalteciéndole con nuestro trabajo. ……Las academias sólo honran, cuando son honradas con el brillo de la actuación de sus individuos. Cada sillón debe ser siempre un puesto de trabajo intelectual y no mullido cojín para soñar con la fama"**[1].

El acto de hoy honra a la Academia y acrece el patrimonio moral de la corporación con el brillo de una obra más del académico Rafael Badell Madrid.

**

[1] Palabras del académico doctor Tulio Chiossone en la sesión extraordinaria de la academia de ciencias políticas y sociales con motivo de la toma de posesión para los funcionarios electos para el periodo 1957-1958 página 35.

Rafael Badell Madrid exhibe una obra jurídica fecunda. Este nuevo libro se incardina en el conjunto de sus creaciones con notable coherencia y continuidad de ideas y temas.

En esta oportunidad sistematiza sus opiniones y experiencias en la cátedra y en el ejercicio profesional, y nos encauza en el apasionante y actual tema del **"Derecho procesal constitucional"**.

Su nuevo libro lo adorna un esclarecedor y lujoso prólogo de la Académica Cecilia Sosa Gómez.

Esta especial rama jurídica -el derecho procesal constitucional- comprende el estudio sistemático de las instituciones, los procesos y los órganos de resolución de los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales de la Constitución y tiene por objeto asegurar la supremacía de la Constitución, la tutela de los derechos y libertades fundamentales y la resolución de los conflictos de los órganos constitucionales del Estado, incluyendo los mecanismos de protección y supremacía de las normas supra nacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos cuya efectividad se garantiza mediante el llamado control de convencionalidad, así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el "*bloque de la convencionalidad*".

Como lo vislumbró Don Manuel García Pelayo, primer presidente del Tribunal Constitucional Español, la jurisdicción constitucional ejerce **«una función absolutamente necesaria en un Estado de Derecho»**. Señaló que, si la justicia administrativa es **«la pilastra angular»** del Estado de Derecho, la justicia constitucional es su **«pilar fundamental»**. De modo que el Tribunal Constitucional o el órgano que hace sus veces*, está destinado a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, (en la configuración) del verdadero "Estado constitucional*"[2].

La España democrática comenzó cuando se organizó el Tribunal Constitucional y se le dio forma y estructura a la justicia constitucional.

---

[2] Manuel García Pelayo, **"El *Status* del Tribunal constitucional"**, En ***Revista Española de Derecho Constitucional***, Vol. I, Nº 1. Madrid, 1981, p. 15.

No obstante, advirtió García Pelayo con impresionante carga intuitiva que "*El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas…, que estas controversias hacen referencia siempre, de una u otra manera, a las limitaciones constitucionales establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado, y que son, en consecuencia, controversias políticas…(y aclaraba…que…)* ***En este sentido, pero sólo en este sentido, es [la] jurisdicción[constitucional] una jurisdicción política****."*[3]

De modo que los fenómenos de la "***politización de la justicia y la judicialización de la política***" son síntomas de una democracia que palidece y de un Estado de Derecho decadente. El primer síntoma de la deriva autoritaria en el país es, sin dudas, la desinstitucionalización la justicia constitucional y su suplantación por un sucedáneo cooptado por integrantes del partido de gobierno y dirigido antojadiza y centralizadamente por los poderes facticos.

Sobran los fallos que dan cuenta de esta situación desde la propia vigencia del Constitución de 1999, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia basó sus juicios más en "…premisas discontinuas e incoherentes, en valoraciones político partidistas, antes que en razones sustentadas sobre reglas o métodos jurídico-constitucionales apoyados en la fidelidad a la Constitución, a la idea misma de la democracia constitucional y la supremacía de los derechos fundamentales, que hace incompatible la existencia de poderes absolutos e infalibles, impunes o inmunes a todo control. …"[4]

En su nueva obra el profesor Badell hace un recorrido sobre el origen histórico de las instituciones de la justicia constitucional desde la célebre sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, bajo la autoría del Juez John Marshal, en el caso Marbury vs Madison, pasando por las creaciones doctrinales de Hans Kelsen, que fijaron los principios

---

[3] Manuel García Pelayo. ***Discurso pronunciado en el Acto de Inauguración del Tribunal Constitucional el día 12 de julio de 1980***.

[4] *Cfr*: Eduardo Meier García*,* ***La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional****,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 105, Caracas, 2014, p.132

de supremacía de la Constitución y su aplicación preferente sobre cualquier norma de rango inferior que contraríe sus preceptos, estableciendo de esta forma el sistema judicial de control de constitucionalidad.

El autor también nos recuerda el abolengo histórico de nuestra justicia constitucional. Fue la Constitución Federal para los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811, la primera en su especie que estableció (i) el germen de este sistema de control de constitucionalidad cuando fijó las bases fundamentales del Estado de Derecho, el principio de separación de poderes, el de legalidad y el de la supremacía constitucional. Luego, como (ii) la Constitución de Venezuela de 1858, se estableció el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes provinciales, a petición de cualquier ciudadano y (iii) la Constitución de 1893, amplió el control de constitucionalidad respecto de todas las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales.

Especial referencia merece relatar hoy, como un antecedente remoto y ejemplar en el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional venezolano, las menciones que hace nuestro autor a las acciones judiciales emprendidas con perspicacia y éxito por Don Juan Germán Roscio, padre civil de la República y prócer de la independencia, en tres procesos judiciales especiales comprendidos entre los años 1797 y 1815, en defensa de derechos humanos supra-ordenados y garantizados por la corona española, las cuales pueden ser estimados como antecedentes fundamentales del amparo constitucional.

Otro rasgo sobresaliente en la obra de Rafael Badell Madrid es su impronta pragmática. Ese propósito se presenta como un esfuerzo por combinar teoría y práctica, cultura científica y cultura humanística, razón y acción. Utiliza para sus explicaciones valiosa doctrina y las leyes que resultan aplicables. Se apoya también en la jurisprudencia siempre importante, pero que adquiere mayor relevancia en la jurisdicción constitucional. Por eso, en cada capítulo relaciona las luces y las sombras de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y otros tribunales venezolanos, así como las sentencias emblemáticas de tribunales constitucionales de otros países.

Señoras y Señores académicos

No cabe duda de que, bajo los despojos de la justicia constitucional y del Poder judicial crece la hiedra de un Estado totalitario, una dictadura, que hoy controla –con el apoyo consecuente y consciente de la jurisdicción constitucional- todos los aspectos de la vida política, social y económica del país.

De modo que una de las primeras reivindicaciones que se imponen en nuestro país, como en la España de la transición a la democracia, es recuperar lo que Cappelletti denominó la **"jurisdicción constitucional de la libertad"** (***La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tudesco, svizzero e austriaco***[5]), obra escrita en la época en que se estableció la Corte Constitucional de Austria (1945), con la creación de la italiana (1948) y alemana (1949), y que denominó el **«coronamiento del Estado de Derecho»,** al erigirse como un medio capaz de hacer efectivos los **«derechos fundamentales»** y un instrumento de equilibrio de los poderes, en el que el individuo es protagonista del control de la función pública.

****

Hemos dicho en otra oportunidad que, el compromiso académico implica responder a las exigencias del reconocimiento y la distinción que esta supone[6]. Las instituciones de prestigio se fortalecen a través de la capacidad y la obra de sus miembros respaldada por la tradición que caracteriza a cada una de ellas[7].

---

5 A. Giuffrè, Milano 1971

6 ***Cfr.*** José D. Domingo R., **"Misión de las academias"**, en ***Congreso de academias jurídicas iberoamericanas***, (reunidas en Madrid en 1996), convocado por la Real Academia de jurisprudencia y legislación fundación Ramón Areces, Madrid España 1998, p. 127. ISBN 84 — 8004 —296 — 6

7 ***Cfr.*** Hildegard Rondón De Sanso, **"Consideraciones sobre la naturaleza jurídica y el alcance de las academias"**, en ***Congreso de academias jurídicas iberoamericanas*** (reunidas en Madrid en 1996), convocado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Fundación Ramón Areces, Madrid España 1998, ISBN 84-8004-296-6.

Nuestro deber es velar por la continuidad creadora que va del ayer al mañana, consolidando el derecho de la Corporación a seguir siendo una institución de cultura reconocida como parte de la conciencia histórica del país.

Actualizando las ideas de Chiossone, diríamos que cada sillón debe ser más que una dignidad (el de Individuos de Número) un compromiso indeleble y permanente por la libertad y por la democracia, una oportunidad crucial para reivindicar la función institucional y liberadora de la Constitución y del constitucionalismo, con ánimo de rehabilitar la ciudadanía y al ciudadano y de comprometernos como defensores de sus derechos, de los derechos humanos, con vocación de futuro.

Celebramos este nuevo logro intelectual del académico Rafael Badell Madrid y lo felicitamos por acrecer el patrimonio moral de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Le agradecemos su eficiente y generoso compromiso con la Corporación y lo emplazamos, como al resto de los académicos, a seguir produciendo mucho más de lo mucho que ya nos han dado.

Parafraseando a Cappelletti, esperamos con fe y optimismo la posibilidad de rescatar la justicia constitucional y que las ideas de Profesor Rafael Badell Madrid sean guía en ese momento refundacional que devuelva al individuo la ***justicia constitucional***, instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es muy sagrado: La libertad.

¡Felicitaciones Rafael!

Señoras, señores.
Fort Lauderdale, 15 de diciembre de 2020

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DE LA ACADÉMICA DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1421-1429 ISSN: 0798-1457

Académico presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Humberto Romero-Muci
Académicos presentes
Profesores
Equipo de apoyo a las tareas que realizamos en esta Academia
Ciudadanos todos

Parece un contrasentido, que justo luego del nombramiento de diputados de hecho, realizado por el usurpador Nicolas Maduro, pretendiendo constituir una Asamblea Nacional, nos reunimos hoy pocos días después de esa barbarie, para presentar una obra escrita por el profesor y académico Rafael Badell Madrid, que se dedica al estudio del texto constitucional y los procesos que ella contiene; así como los que se derivan de sus normas, de una manera analítica, precisa, y completa, examinando en detalle todas las posibilidades procesales asociadas a las normas constitucionales. Esto lo digo, por cuanto este acto discurre mientras la realidad política que nos circunda nos muestra que no tenemos aún vigente, la Constitución.

Es hasta sorprendente que podamos dedicar un tiempo para reencontrarnos y hablar de la Justicia Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, cuando nos ha tocado vivir la mayor de las emergencias; aplicar el único artículo que nos habilita para actuar y lograr el objetivo: como es, recobrar la democracia y la libertad. El artículo 333 obliga a una autoridad y a los ciudadanos a restablecer la vigencia de la Constitución, pues ella ha sido desconocida y modificada de manera continuada borrando las garantías de los derechos humanos, bajo la excusa de su interpretación, para que diga exactamente lo contrario a su texto, y vulnere lo ordenado por ella.

La fuerza de esta norma es la que permitió a la AN dictar el Estatuto para la Transición a la Democracia, y es igualmente la que le permite mantener la permanencia legítima de los diputados el 5 de enero de 2021; extendiendo su mandato para cumplir el compromiso adquirido. Es importante resaltar que los ciudadanos quieren un cambio político y de rumbo, y el fundamento de ello es igualmente la obligación de restablecer sus derechos humanos y la institucionalidad constitucional.

¿Podemos preguntarnos …y este introito a que viene?

Veamos…

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hace ya veinte y un años, no disponíamos de un estudio sistemático y analítico de las posibilidades procesales asociadas a normas constitucionales.

Rafael Badell Madrid, se dedicó a crear este libro al que titula **Derecho Procesal Constitucional: Justicia Constitucional** para ofrecernos, por primera vez, de manera organizada, integral y documentada, partiendo de un estructura temática impecable, las ofertas que plantea el texto constitucional y las leyes que las desarrollan, las acciones y recursos judiciales que permiten accionar ante los tribunales de la República, para la defensa de los derechos humanos que pudieran haber sido conculcados, controlar el sometimiento del ejercicio del poder y la conducta de las personas a las normas constitucionales, haciendo valer la primacía del texto constitucional y por ende su vigencia.

Esta obra contiene Once Capítulos, el primero, nos introduce en la Justicia Constitucional, lo que significa el Derecho Procesal Constitucional y la distinción con el Derecho Constitucional Procesal; mientras los Capítulos Segundo y Tercero explican tanto el control difuso como el control concentrado de constitucionalidad; para abordar en el Capítulo Cuarto el Amparo Constitucional, y en el Capítulo Sexto el Control de Convencionalidad; pasando a profundizar en el Capítulo Séptimo todo lo referente a la Demanda de Interpretación Constitucional. Es a partir del Capítulo Octavo que se desarrolla el recurso de revisión Constitucional, e inmediatamente en el Capítulo Nueve y Capítulo Diez, el autor combina dos contenidos esenciales de los procesos constitucionales, como son el tratamiento de la prueba y la amplitud y limitaciones

de los Poderes del Juez Constitucional. Cierra el libro con el Capítulo Once dedicado al Tribunal Constitucional.

Darle significado al Derecho Procesal Constitucional, y distinguirlo del Derecho Constitucional Procesal es el primer desafío de este libro, el autor utiliza el derecho comparado para precisar el concepto, objeto y características del primero; y luego identifica las regulaciones de esta especialidad del derecho en la Constitución de 1999 y muestra cómo se conforma el derecho procesal constitucional.

La esencia del proceso que permite un control de constitucionalidad la sostiene en el debido resguardo de la jerarquía suprema del texto constitucional. Así lo afirma el autor cuando precisa que **"*… la Constitución asume el significado de norma constitutiva y reguladora de la vida política asociada, de pacto social, de ley fundamental capaz de conformar la entera vida constitucional.*".**

Sostiene el profesor Rafael Badell Madrid con énfasis y debidamente documentado, que si al contenido de la Constitución le aplicamos la teoría general del proceso, y tomamos los tres elementos que le sirven de base: los sujetos, el objeto y la actividad procesal para adaptarlos al proceso de control constitucional, llegaremos a la conclusión que esta especialidad del Derecho Constitucional permite identificar las instituciones y los principios constitucionales y legales, referidos a las Garantías de la Constitución. Las precisiones anteriores le permiten afirmar que para que exista derecho procesal constitucional, necesariamente tiene que disponerse de una institucionalidad judicial que la garantice: los tribunales constitucionales.

Este libro tiene la valía de ser tanto para la investigación como para el ejercicio, constituye una advertencia de cómo los ciudadanos debemos acercarnos a la Constitución de 1999; cuerpo normativo de más alta jerarquía, y que por sobre ella sólo existen los valores superiores que conforman a la República de Venezuela como un estado democrático y social de derecho y de Justicia, como un texto cultural y abierto, que posibilita una activa participación de los ciudadanos en el contexto de un Estado Democrático.

La participación constituye un status fundamental en la realización de las tareas del Estado y de los derechos fundamentales (humanos), en

una Constitución que es comprendida como un proceso permanente y abierto; ella constituye un instrumento que privilegia la pluralización y la democratización. Rompe así con la sola noción dogmática y positivista de la Constitución, que sigue siendo normativa, no hay duda, pero incorpora la causa cultural a su normativa desde el momento que condiciona y conforma la cultura, en particular en la aplicación de la ley y la primacía de ser ciudadano.

La Constitución es reflejo de la realidad, al mismo tiempo que la conforma, es la fuente de luz ciudadana de la organización del Estado, donde manda la fuente originaria. Una Constitución democrática es obra de todos, no es sólo un documento jurídico, es también un Código de Vida, que debe cumplir la función social de integración, donde la actuación ciudadana es el centro de activación. "Vivir la Constitución".

Ello quiere decir, que exige un ciudadano informado y participativo, no sólo cuando sus intereses están en juego, sino de manera permanente desde que exige sus derechos en serio. Ahí cobra importancia decisiva el derecho procesal constitucional.

Por tanto ante una constitución cultural, en el contexto del Estado Democrático y con una sociedad abierta también a los intérpretes de la Constitución que transforma el proceso de control e interpretación de su texto a quienes puedan dar su parecer, en particular, en los procesos de interpretación judicial, para que sea democrática la participación y las decisiones, resulta necesario que se consideren las opiniones y criterios que puedan tener los ciudadanos sobre temas sometidos a su consideración.

Como ustedes podrán leer el libro y tener una comprensión global del inmenso trabajo que significó abordar todas las aristas de un vértice como es la Constitución, me voy a permitir hacer algunas consideraciones adicionales sobre la Constitución y el ciudadano.

Lo primero que quisiera destacar es cómo se hace necesario proponer canales de conducción a la comprensión de la Constitución, que permitan a cada persona asociar vivencias con los derechos sustanciales que el texto consagra y desarrolla. Verbalizar los derechos pasa por visualizar las situaciones donde los hemos puesto en práctica; y, la verbalización de ellos, nos acerca a su definitiva comprensión.

Hay una errada idea en concebir que cuando el Estado cumple con un deber o satisface un derecho, está materializando una dadiva, nos

hace un favor y por ello estamos obligados a agradecérselo. Ello ha llevado a una percepción negativa de los deberes del poder y ha debilitado la necesidad del control del ejercicio del mismo.

Es necesario desarrollar un control social del ejercicio del poder distinto al que se está ejerciendo (de carácter castigador y persecutor de iniciativas privadas) que además es altamente subjetivo y discrecional. Por el contrario, es importante crear un monitoreo de la eficacia del ejercicio de los derechos constitucionales y del ejercicio de las funciones públicas con un verdadero poder descriptivo.

Nada debe ser más importante que el cumplimiento y la satisfacción de los derechos humanos. Dentro de ese marco, la igualdad surge con un valor digno a rescatar, porque más trascendente que las instituciones políticas que componen el Estado, las instancias horizontales y verticales de Poder Público consagradas en la Constitución, son los ciudadanos que componen esa órbita jurídica y los derechos constitucionales a los que ellos deben dirigir todo su trabajo, porque esa es la razón de su propia existencia.

"Debemos promover un nuevo paradigma de pensamiento ciudadano"

En consecuencia, resulta necesario procurar modificar en los ciudadanos ese modelo perceptivo de la Constitución, mediante la lenta y progresiva construcción de otro, más comprensivo de la situación individual y social del venezolano, manejada con criterio positivo de usar la Constitución leyéndola con un contenido más prospectivo de sueños colectivos, en definitiva, más emblemático de su historia, su presente y su futuro.

Todos los sectores tienen sus intereses, inclusive el gobierno, pero igualmente todos están incompletos si no entendemos que requerimos un lugar de encuentro que es la Constitución; ella nos permite la complementariedad de todas las piezas para converger e integrar esfuerzos, sin atropellos, pero cuyo centro de discusión sea cómo lograr la satisfacción de los derechos individuales y sociales de todos. Sólo decir que queremos terminar con la pobreza, que todos tengan un trabajo digno, seguridad en la vida cotidiana, salud y previsión social, cuidar del medio ambiente, son desafíos que nos llevan a los derechos humanos.

Realizado este viaje rápido por el contenido del libro **Derecho Procesal Constitucional**, parece que el texto nos anuncia un preludio a un necesario reordenamiento y sistematización de una legislación dispersa; la actualización de conceptos y de enfoque; no sólo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino sobre todo, enderezar la torcida doctrina jurisprudencial que ha producido el Tribunal Supremo de Justicia para destruir la institucionalidad y sostener al régimen.

Concluyo resaltando que:

Rafael Badell Madrid reúne en su desempeño profesional una triple condición que ha enriquecido su carrera. Ésta ha estado en efecto signada por una síntesis de integración de conocimientos y experiencias como funcionario público por muchos años, docente universitario de reconocida dedicación, y una amplia trayectoria en el ejercicio como abogado. Estos atributos tan preciados lo han convertido en un verdadero doctor en el campo del Derecho Público, lo cual demuestra en esta obra en la que nos presenta un estudio profundo del derecho constitucional procesal.

Reunir la investidura que tiene Rafael de académico, litigante, eficiente asesor, y un emprendedor incansable para abrir caminos sin abandonar el recorrido, con el don de compartir sus hallazgos legales y dotado de un esfuerzo permanente por concluir todo lo que se propone, comprendemos entonces lo que para él significa este libro. Me enorgullezco de haberlo visto crecer profesionalmente desde el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello al que dirigía para entonces y por haberme acompañado muchos años como relator en mis años de Magistrado.

La obra de Rafael Badell Madrid es un aporte además especialmente importante en momentos en que la historia política de nuestro país se caracteriza por la ruptura continuada del orden constitucional desde las instancias del poder; los derechos humanos individuales se han desdibujado bajo la implantación de un inconstitucional modelo socialista, y la justicia constitucional se ha puesto al servicio de la política y descartó la defensa de la Constitución como corresponde en un Estado de Derecho.

El carácter de esta obra, pone de manifiesto que el derecho constitucional de un Estado de derecho reconoce a sus ciudadanos no sólo los aspectos sustantivos que la Carta Magna declara, sino que a la vez instituye un sistema adjetivo que es la garantía del respeto de tales derechos, y que este sistema adjetivo sirve además para la protección de la institucionalidad democrática, base de todo régimen jurídico de un Estado sometido a derecho.

Gracias a todos por estar con nosotros en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; si bien son los académicos los que le dan vida y existencia, son ustedes los que nos ayudan a proyectar el trabajo que realizamos y nosotros el de ustedes.

Gracias

PALABRAS DEL AUTOR
DR. RAFAEL BADELL MADRID.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Consideraciones generales sobre la justicia constitucional. 3. Desarrollo de la noción de Derecho Procesal Constitucional. 4. Distinción entre Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Procesal. 5. Bibliografía.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1431-1495 ISSN: 0798-1457

Señor Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
Señores numerarios de esta Corporación Académica y de otras Academias Nacionales.
Apreciados familiares, amigos y otros invitados especiales.

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, agradezco al Dr. Humberto Romero-Muci, por sus generosas palabras que han servido para iniciar este acto y a la Dra. Cecilia Sosa Gómez por el extraordinario prólogo a nuestro libro y la presentación que ha hecho la mañana de hoy. Agradezco a todos los presentes por la generosidad de acompañarme en este acto, en el que estamos bautizando nuestro libro Derecho Procesal Constitucional.

Agradezco a la abogada Luz Oriana Martínez su eficiente, seria y responsable ayuda en la investigación y recopilación del material utilizado en este libro. Agradezco a la Sra. Evelyn Barboza y al artista Roberto Weil por la portada del libro. Un tótem con base en la Constitución. Sobre esa base se encuentra construido el Tribunal Supremo de Justicia, que sirve de púlpito a tres personajes. En el punto de equilibrio se halla una Juez, que se encuentra sosteniendo la llama de la ética y de la sabiduría; a la derecha el famoso juez americano John Marshall que sostiene la balanza de la justicia y a la izquierda el gran jurista Hans Kelsen quien sujeta el martillo de la sentencia. La imagen toda con una estética de vitral, que recuerda el Gran Vitral de Alirio Rodríguez, que adorna el hall de entrada de la sede del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.

Este libro lo he dedicado a mi queridísima esposa María Amparo Grau, agradecido infinitamente por su amor y apoyo en todo, y a nuestros tres hijos: Jessica, Rafael Andrés y María Amparo. Jessica y María, dos estrellas que saben brillar cada una de forma distinta. Rafael Andrés, un sol radiante.

Desde 1982 he impartido clases en mi querida Alma Mater la Universidad Católica Andrés Bello en la ciudad de Caracas. Entre otras materias referidas al derecho público, he impartido clases de Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración, Derecho Administrativo y de Derecho Procesal Administrativo. El contenido programático de esta última -Derecho Procesal Administrativo- incluía antes el estudio de los aspectos de la materia que hoy se denomina Derecho Procesal Constitucional. Esta materia se imparte ahora, tanto en los estudios de licenciatura como de postgrado y doctorado, de forma autónoma; también he dictado esta materia en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Monteávila.

Este libro recoge, sistematiza y trata de ordenar los temas y las ideas que allí hemos expresado y desarrollado y, además, mis experiencias en el ejercicio profesional, de casi 40 años, como abogado litigante y asesor en estas dos áreas, justicia constitucional y administrativa. He sentido la obligación de escribir este libro para contribuir con los alumnos y profesores al facilitarles el estudio de la materia, y con los jueces y abogados litigantes.

He decidido darle forma de libro a mis ideas sobre el tema, para contribuir a la difusión y desarrollo en Venezuela de este interesante tema que tanta discusión y auge tiene hoy sobre todo en Latinoamérica: el Derecho Procesal Constitucional. Además, como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, me siento con la responsabilidad de contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas en Venezuela y esta es mi modesta contribución en ese sentido.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional, consolidación de una antigua idea, junto con la separación de poderes, el principio de la legalidad y el del respeto

de las situaciones jurídicas subjetivas, es hoy uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho y por ello su aparición y posterior desarrollo, evolución y consolidación en uno de los aspectos más notables del derecho en los últimos tiempos.

El estudio de la justicia constitucional ha ocupado la atención de los juristas desde hace varios siglos, pero con intensidad mayor, a partir del siglo XIX, a propósito del célebre fallo Marbury vs Madison dictado en 1803 por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, elaborado por el juez John Marshall, que tuvo el mérito de haber dado nacimiento a un sistema formal de justicia constitucional y es el origen de la doctrina de la supremacía constitucional y, derivado de esa idea, de un régimen de control de constitucionalidad, que después, y hasta nuestros días, habría de tener un desarrollo extraordinario y modulaciones diversas, tanto que hoy hablamos del derecho a la Constitución y del derecho a la supremacía constitucional.

Recordemos que antes del sistema jurídico fundamentado en el principio de supremacía constitucional, existía en Europa el dogma del legicentrismo, basado en la superioridad de la ley y en el poder e inmunidad absoluta del órgano legislativo -Asamblea, Congreso, Parlamento, Cortes- lo que quedó bien representado en la idea de Delolme cuando respecto del poder del parlamento inglés señaló que éste "*puede hacer todo salvo convertir una mujer en hombre y un hombre en mujer*" ("*Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman*")[1].

A partir del primer Parlamento inglés convocado en la pascua de 1258[2], este órgano comenzó a adquirir un significado especial por cuanto representaba la voluntad de la nación y con el paso del tiempo concentró mayores poderes. El Congreso, Parlamento o Asamblea comenzó no sólo a discutir los proyectos de leyes y a legislar, sino además a

---

1 Albert Dicey, *The Law of the Constitution*, 8ed, Liberty Fund, reprint, originally Published, Indianapolis, 1915. p.5.

2 En esa oportunidad, los barones ingleses se reunieron en asamblea y demandaron en Oxford la convocatoria de tres parlamentos al año para tratar los asuntos del reino: en Natividad, en la Resurrección y en el séptimo domingo después de esta última fecha. V. Carlos Jáuregui Arrieta, *Breve historia del parlamento inglés y otros temas afines*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

decidir los asuntos más importantes del Estado y a controlar el ejercicio del Poder Público. La supremacía que concentró el Parlamento a lo largo de la historia fue trasladada a la ley, configurándose de esta forma el principio de superioridad de la ley.

La supremacía de la ley quedó bien expresada en el pensamiento de Rousseau quien en "*El contrato social*" (1762) proclamó la idea de que las leyes son actos que emanan de la voluntad general y que por ello "*ni el príncipe está por encima de ellas, toda vez que es miembro del Estado*". Montesquieu, por su parte, había señalado en su reconocida obra "*El Espíritu de las Leyes*" que los jueces son la "*boca que pronuncia las palabras de la ley*", esto es, "*seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes*".

No obstante, el principio de división de poderes, el órgano legislativo era considerado infalible y superior a los demás órganos en virtud de su legitimidad democrática, en consecuencia de lo cual el juez quedó sometido a la ley sin poder discutirla. La supremacía del órgano legislativo y de la ley se extendió no sólo en Inglaterra, sino en toda Europa y también en las colonias.

Esta superioridad legislativa impidió que la voluntad de la Asamblea pudiera ser sometida a las decisiones de los jueces a quienes, además, se les temía por la creencia de que gobernarían en favor de los intereses de la nobleza que representaban. El Estado de Derecho se configuró, inicialmente, seducido por la idea del imperio de la ley, es decir "*Estado Legal de Derecho*" y su resultado fue que entre la Constitución y la Ley no había diferencia alguna en cuanto a su jerarquía. Se consideraba que la ley era creación de la sociedad a través de sus representantes. Era la voluntad de los propios ciudadanos y de allí la confianza que había en ella y su carácter superior.

La rígida formulación de la supremacía de la ley aparece con toda claridad como consecuencia de la Revolución Francesa que lleva a proclamar al Parlamento como órgano superior del Estado por su legitimidad representativa; y siendo la ley el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento, a la supremacía jurídica y política de éste le corresponde asegurar la supremacía jurídica de la ley, que como *l´expression de la volonté générale*, esto es, la voluntad soberana

del pueblo, se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico y subordina absolutamente cualquier otra fuente de Derecho[3].

El legicentrismo tiene fundamento en el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau y en la lucha emprendida durante la Revolución contra el poder real absoluto. Se dio preeminencia al poder legislativo frente al poder ejecutivo y sobre esta base se estableció la tradición de soberanía parlamentaria y el Estado de Derecho. La expresión legicentrismo sirve para describir un sistema basado en la noción de que sólo el legislador es legítimo para formular una ley obligatoria general y abstracta. Esta doctrina da mayor responsabilidad al legislador quien crearía, regularía y obligaría a los ciudadanos a través de leyes que se contrapone a otras fuentes de derecho en auge como era el caso de la costumbre, que ahora ceden en importancia frente a la ley.

De modo que, hasta principios del siglo XX, le estaba vedado al juez la labor de interpretar la ley. La Constitución quedó mediatizada por la ley, desde que el juez tenía que aplicarla sin más. Se disponía de un control de tipo parlamentario, de forma que si la ley contrariaba a la Constitución sería el mismo Parlamento el que la controlaría y remediaría la situación.

Se ensayó una interpretación estricta y rígida, diríamos más bien acomodada, del principio de división de poderes ideado por Montesquieu, conforme al cual las leyes post revolucionarias en Francia prohibieron a los órganos del poder judicial enjuiciar tanto la ley como a la actuación de la administración pública.

Según Jesús González Pérez, se trató de una interpretación errónea del principio de división de poderes, motivada por circunstancias históricas y contingentes, que derivó en lo que él llama una "*monstruosa construcción revolucionaria*", que no era más que la independencia de la administración pública frente a los tribunales.

En Europa había temor de someter la voluntad general que representaban los actos del Parlamento, la ley, al capricho y subjetividad que el juzgador había demostrado antes de la Revolución Francesa. Desconfianza fundamentada también en que los jueces se habían atribuido por años funciones ejecutivas y legislativas.

---

[3] José Araujo-Juárez, *Derecho administrativo constitucional*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. P. 49.

Para imponer la peculiar interpretación del principio de división de poderes se dictó la Ley de "*Separación*" (Ley 16-24, de agosto de 1790) por medio de la cual se estableció que "*Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*"[4].

El antecedente inmediato de esa "*Ley de Separación*" fue la Ley del 22 de diciembre de 1789, que ya había prohibido de forma expresa la injerencia de los parlamentos (que eran los tribunales competentes en materia civil compuestos por la clase social noble y cuyos cargos procedían de la herencia de los oficios) y demás tribunales en las funciones administrativas. Obsérvese por otra parte, que el artículo 5º de la Constitución de 1791 dispuso: "*Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones*".

De modo que los jueces no podían juzgar o revisar ni los actos del legislador -ley- ni los actos de la administración -actos administrativos, contratos y responsabilidad por hecho ilícito- y fue a partir de esa interpretación de la división de poderes, ahora separación de poderes, que el contencioso administrativo se organizó y fundamentó en una exención judicial del ejecutivo y se construyó un sistema en el cual el órgano legislativo revisaba sus propias leyes y la administración pública se enjuiciaba a sí misma.

La doctrina del constitucionalismo, opuesta al legicentrismo, surgió principalmente después de la Segunda Guerra Mundial. El principio de supremacía constitucional y la degradación del legicentrismo que reconoce el poder de los tribunales para declarar la inconstitucionalidad de la ley contraria a la Constitución, no es producto de un solo hombre o de una sola circunstancia. Se originó por muchas razones y hechos y por necesidades sociales y políticas diversas. Una de las razones por las

---

4 Posteriormente, la Ley de 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1975) dispuso: *"Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de Administración, cualquiera que sea su especie"*. Existió claramente un recelo ante los jueces por su vinculación con el Antiguo Régimen.

que el constitucionalismo se hizo más influyente después de la Segunda Guerra Mundial fue porque el legicentrismo facilitó mucho la permanencia en el poder de los regímenes autoritarios.

La concepción de la Constitución como cuerpo normativo con fuerza coercitiva propia -y no sólo como un conjunto de principios- produjo un importante cambio. Se aceptó la nueva idea de sumisión del órgano parlamentario a una ley superior: la Constitución. A través del control de la constitucionalidad se le permitió al juez abstenerse de aplicar, en el caso concreto, una norma que considerase contraria a la ley suprema, "*higher law*".

La democratización del Parlamento en Europa y el federalismo en América fueron factores importantes. De otra parte, si bien es cierto que fue determinante la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, incluso antes era común en Norteamérica que las colonias expidieran leyes, con el límite de no contrariar las leyes del Reino de Inglaterra. Siendo así el Tribunal de apelación británico (*Privy Council*) realizaba la función de control de esas leyes y en esa labor llegó a invalidar entre 1696 y1782 más de 600 de esas leyes expedidas por las colonias. Esto trajo como consecuencia que cuando las colonias se independizaron y redactaron sus Constituciones, ya era conocida la idea de un control judicial de las leyes.[5]

No hay duda que el caso que consolidó el principio de supremacía constitucional fue, precisamente, el mencionado Marbury vs Madison, decidido por el Juez John Marshall, pero como señaló García de Enterría: *"(...) no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución*[6] *(...)"*, *"(...) entre la Revolución y*

[5] William Guillermo Jiménez, "Tribunales Constitucionales", en Liliana Estupiñán Achury; Carlos Hernández; William Jiménez (Editores Académicos), Tribunales *y justicia constitucional*, Tomo I, Universidad Libre. Facultad de Derecho, Doctorado en Derecho, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2017. Pp. 22 y 23.

[6] Artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, 1787: "*2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado*."

el momento de esa Sentencia, los Tribunales de los Estados Unidos habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte veces (...)"[7].

Esa forma de control de la constitucionalidad, denominada control difuso, es entendida en la actualidad como el mecanismo de control de constitucionalidad que ordena a todos los jueces, haciendo abstracción de su jerarquía, asegurar la integridad de la Constitución, es decir, hacer respetar su preeminencia sobre los demás actos del poder público, especialmente respecto de las disposiciones legislativas, pudiendo decidir sobre su constitucionalidad al desaplicarlas para casos concretos.

En Venezuela, el control difuso de constitucionalidad está consagrado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[8] (la Constitución), en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil[9] (CPC) y en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal[10] (COPP), los cuales ordenan a todos los jueces del país, independientemente de su jerarquía, asegurar la integridad de la Constitución, es decir, hacer respetar su preeminencia sobre los demás actos del poder público, especialmente respecto de las disposiciones legislativas, pudiendo decidir sobre la constitucionalidad de las mismas, al desaplicarlas con ocasión de un proceso determinado, y con efectos inter partes.

Otra forma de controlar la constitucionalidad es el amparo constitucional que tuvo su origen en la figura del *Habeas Corpus* del derecho inglés de finales del siglo XVII y que consistió en una garantía para impedir que se violara la disposición legal que prohibía la detención -el arresto arbitrario- y a su vez tuvo como antecedentes importantes la *Carta Magna* de Juan I de Inglaterra de 1215, *The Petition of Rights* de 1628 y *The Bill of Rights* de febrero de 1689.

Como lo conocemos hoy el amparo constitucional surgió en México regulado en la Constitución separatista de Yucatán de 1841, por medio de la cual el Estado de Yucatán se declaró independiente del

---

7 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985. p. 105.

8 Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

9 Gaceta Oficial número 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

10 Gaceta Oficial número 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

gobierno de México, mientras éste no volviera al orden del régimen federal. Esa Constitución consagró por primera vez el juicio de amparo que, posteriormente, vuelve a regularse tanto en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 por medio de la cual se restaura el Federalismo en México, así como en la Constitución Federal mexicana de 5 de febrero de 1857 que estableció un sistema federal y democrático. Luego se extendió a otras constituciones y leyes en Latinoamérica.

Siguiendo la orientación del constitucionalismo latinoamericano, en Venezuela se dispuso por primera vez el amparo constitucional de libertad personal, conocido como *Habeas Corpus,* en el artículo 32 de la Constitución de 1947. Luego fue regulado por la Constitución de 1961 y ahora por el artículo 27 de la Constitución de 1999 que lo consagra en los siguientes términos:

> *"Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*
> *El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.*
> *La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.*
> *El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales."*

De forma que el amparo constitucional es, en primer lugar, un derecho constitucional que tienen todos los habitantes de la República y las personas jurídicas para la protección de sus derechos y garantías constitucionales y es, también, un medio de control de la constitucionalidad que sirve para garantizar la supremacía constitucional establecida

en el artículo 7 de la Constitución. De allí que la justicia constitucional, además de asegurar la supremacía de la Constitución, sirve también para proteger los derechos y libertades fundamentales.

Efectivamente, el amparo constitucional es un derecho constitucional, pero es también una acción judicial de control de constitucionalidad que puede ser ejercida de forma autónoma o conjuntamente con otros medios judiciales, destinada a proteger a cualquier habitante de la República o persona jurídica en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, de los derechos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución y de los derechos humanos consagrados en las declaraciones de organismos internacionales, tratados y pactos ratificados por la República, de amenazas o lesiones -ciertas, reales y verificables- provocadas por cualquier ley, acto, actuación, vías de hecho u omisión de los órganos del Poder Público o de los particulares, con el objeto de restablecer íntegra e inmediatamente el ejercicio del derecho constitucional lesionado y de este modo garantizar la supremacía y la vigencia de los preceptos constitucionales. Ese régimen de protección constitucional es llevado adelante por todos los jueces de la República, mediante un procedimiento extraordinario, breve, sumario, gratuito, oral y no sujeto a formalidades.

En Europa, la doctrina del control judicial de las leyes comenzó a desarrollarse en el siglo XX, a través de la obra de Hans Kelsen, quien introdujo un cambio básico al sistema, al concentrar en un solo tribunal la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes, a diferencia del sistema americano, en el que se lleva a cabo el control por todos los tribunales. La fórmula kelseniana consagró así lo que se ha llamado un sistema de control concentrado de la Constitución frente al control difuso y supuso un cambio trascendental, este es, la sustitución de la supremacía parlamentaria por la supremacía constitucional.

Este control concentrado de la constitucionalidad es una modalidad de la justicia constitucional, por medio de la cual un órgano especializado se encarga de forma exclusiva de garantizar la preeminencia constitucional, a través de una acción concentrada, que tiene la competencia para anular, total o parcialmente, una ley o cualquier acto dictado por el Poder Público en ejecución directa de la Constitución, por ser contraria a esta, con efectos *erga omnes*.

Desde la primera Constitución de Venezuela, sancionada el 21 de diciembre de 1811, influenciada por la Revolución Americana, por la Constitución de Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787 y su antecedente la Declaración de los Derechos de Virginia (*Bill of Rights*), teniendo en cuenta la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se estableció el germen de este sistema de control de constitucionalidad cuando se establecieron las bases fundamentales del Estado de Derecho, el principio de separación de poderes y el de legalidad, y junto con ellos el de la supremacía constitucional. En concreto se estableció que todo acto inconstitucional era "*nulo y tiránico*", los funcionarios podían relevarse de su cumplimiento y se facultó al Congreso "*para juzgar a los actores de actos inconstitucionales y para revisar los actos legislativos de las provincias…*".

El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se consagró por primera vez en la Constitución de Venezuela de 1858, en el artículo 113.8, que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia competencia para "*Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas Provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución*". Esta atribución de la Corte Suprema, a partir de la Constitución de 1893, se amplió respecto de todas las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales (art. 110, ord. 8º)[11].

Conviene tener presente lo que Brewer-Carías señala al respecto: "*no hay que dejar de mencionar que ochenta años antes de que Hans Kelsen ideara el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes el cual, por la tradicional desconfianza europea respecto de los tribunales y la vigencia en la época del principio de la soberanía parlamentaria, fue atribuido a un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial; a partir de 1858, en América Latina, ya se había establecido en la Constitución venezolana de la época la competencia*

[11] Allan Brewer-Carías, *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. p. 776. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/categoria-de-biblioteca/libros/tratados/

anulatoria de la Corte Suprema, por razones de inconstitucionalidad, de determinadas leyes."[12]

Durante la vigencia de la Constitución de 1961 no existía en Venezuela un órgano especializado que llevara adelante el control de la constitucionalidad, pero si había esta modalidad de justicia constitucional concentrada, pues la CSJ en Sala Plena tenía las competencias para controlar de manera exclusiva la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos del poder público.

La Constitución de 1999 en los artículos 203, 214, 262, 334, 335, 336 y 339 estableció un sistema de justicia constitucional más acabado con diversos medios de impugnación y creó la Sala Constitucional con competencias sobre la materia. En efecto, dispone el artículo 262 que: "*El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica. La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores."*

La Constitución de 1999, reguló esta modalidad de control concentrado por un órgano especializado y creado para ello, cuando incluyó entre sus normas una Sala Constitucional (SC) dentro del Tribunal Supremo de Justicia y dispuso en el artículo 334 que a ella corresponde en forma exclusiva ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, manifestado en la potestad de anular las leyes y demás actos con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por la Asamblea Nacional, el Ejecutivo Nacional o por cualquier órgano estadal en ejercicio del Poder Público, que resulten contrarios a ésta.

El control concentrado de constitucionalidad incluye el control preventivo de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales; el control preventivo del carácter orgánico de algunas leyes nacionales y el control preventivo de leyes nacionales "*reparo presidencial*" o "*veto*

---

[12] Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América (con una Biblio verbi grafía del autor)*. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho de Venezuela", Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001. P. 35. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/Brewer/L-1080.pdf

presidencial", que consiste en la facultad del Presidente de la República de solicitar el pronunciamiento previo de la SC sobre la constitucionalidad de la ley, o alguno de sus artículos, cuya promulgación se pretende.

Además, hay control concentrado de constitucionalidad sobre los decretos que establecen el estado de excepción. En efecto, en razón de su trascendencia en los derechos constitucionales, la declaratoria de los estados de excepción, su alcance, contenido y prórrogas, requieren ser sometidas no sólo al control político de la Asamblea Nacional en representación de la voluntad popular, sino también al control jurídico de la SC como guardián de la supremacía constitucional, el cual podrá ser ejercido inclusive de oficio.

El estudio ordenado y sistemático de la justicia constitucional se inició con el establecimiento de los primeros tribunales constitucionales europeos a partir de 1920 debido al pensamiento de Hans Kelsen, con antecedentes en las ideas de Sieyès y Jellinek. Kelsen en 1919 redactó en Austria la ley mediante la cual fueron confiadas las competencias del antiguo Tribunal del Imperio a un tribunal constitucional y, como experto en derecho público, integrante de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente tuvo un papel especial en la elaboración de la Constitución de Austria del 1 de octubre de 1920 que incorporó por primera vez al Tribunal Constitucional. Tengamos en cuenta también el Tribunal Constitucional Checoslovaco, creado en la Constitución del 2 de febrero de 1920. En 1928 Kelsen publicó su ensayo denominado *"La garantie jurisdictionnelle de la Constitution"* (*La justicie constitucionnelle*).

En la segunda mitad del siglo XX, en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial debido a la reacción contra el totalitarismo y una organización territorial más compleja, comenzó un abundante desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial sobre la justicia constitucional y sobre el Derecho Procesal Constitucional, tema que ahora tiene una extraordinaria trascendencia y auge en el campo del derecho público.

Suelo decir en mis clases introductorias que este apasionante tema, "*Justicia Constitucional-Derecho Procesal Constitucional*", puede ser estudiado desde tres puntos de vista diferentes: primero, desde el aspecto material y sustantivo, luego, desde la perspectiva orgánica y,

finalmente, desde un análisis procesal. Además, para el estudio de cada uno de esos aspectos, a su vez, utilizaremos no solo la valiosa doctrina que los explican y las leyes que resultan aplicables, sino también la jurisprudencia que siempre es importante, pero adquiere mayor relevancia en la jurisdicción constitucional. Por eso, en cada capítulo vamos a relacionar las luces y las sombras de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y otros tribunales en Venezuela, así como relevantes sentencias de tribunales constitucionales de otros países.

2.1. Aspecto sustantivo

En primer lugar, desde el punto de vista material y sustantivo, la justicia constitucional puede entenderse como el sistema que garantiza la supremacía de la Constitución. Es el conjunto de técnicas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución, así como su interpretación a través de mecanismos jurisdiccionales diversos. Pero más allá de eso el contenido de la justicia constitucional ha evolucionado y hoy día es también un medio para tutelar los derechos y libertades fundamentales y para resolver los conflictos de los órganos constitucionales del Estado y, en los Estados políticamente descentralizados, resuelve los conflictos entre el poder central y las entidades, Estados o comunidades políticamente descentralizadas.

La justicia constitucional es garante del Estado de Derecho. Sabemos que el presupuesto del Estado Constitucional de Derecho es el respeto de la Constitución como norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico interno de los Estados, así como la consolidación del principio de supremacía constitucional, que tiene como principal consecuencia el carácter normativo de la Constitución y la sumisión de todos los actos inferiores a ésta, so pena de nulidad.

A la justicia constitucional le corresponde asegurar esa supremacía constitucional, de allí su valor fundamental y su carácter autónomo como disciplina jurídica. Partiendo de su función de resguardo de la supremacía constitucional, la justicia constitucional tiene una incidencia fundamental en el Estado Constitucional de Derecho, el cual, como sabemos, parte de la concepción de la Constitución como norma fundamental positiva, que vincula a todos los poderes públicos incluyendo el Parlamento.

En efecto, recordemos que luego de la formulación del principio de separación de poderes surgió el llamado principio de la supremacía constitucional, el cual proviene del carácter que la Constitución tiene respecto del ordenamiento jurídico, éste es, el origen formal de las fuentes primarias del derecho, puesto que diseña un procedimiento especial para su creación y además, de ella deriva el origen sustancial, dado que determina en grado menor o mayor el contenido material de dicho sistema, significando igualmente que no estamos en presencia sólo de un catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido a todos vincula, tanto a ciudadanos como a poderes públicos, considerándose la violación de sus preceptos una conducta antijurídica susceptible de sanción.

De esta forma, el carácter que adquirió la Constitución como norma fundamental y superior de todo el ordenamiento jurídico ha tenido como consecuencia que todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público estén sujetos a ella y cualquier violación de sus preceptos, inclusive a través de la ley, constituye una conducta antijurídica susceptible de sanción y nulidad.

Entender a la Constitución como norma suprema precisa de un sistema de control de constitucionalidad, representado en la potestad de vigilar el apego de los actos de los órganos de los poderes públicos a la Constitución. Eso ha dado paso a lo que se conoce hoy como Estado Constitucional de Derecho. De forma que el establecimiento y generalización de regímenes democráticos, conduce a una progresiva tendencia a controlar los excesos del poder democrático a través de la justicia constitucional.

Pero además de garantizar la supremacía de la Constitución, a través de la justicia constitucional se tutelan los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. El Derecho Procesal Constitucional sirve también para resolver los conflictos de los órganos constitucionales del Estado y, en los Estados políticamente descentralizados, resuelve los conflictos entre el poder central y las entidades, Estados o comunidades políticamente descentralizadas. Además, a través de la jurisprudencia que produce la justicia constitucional cuando resuelve algún caso se adecúa, enriquece y actualiza el

contenido de la Constitución. Como señala Pérez Tremps los valores y principios constitucionales "*se proyectan sobre todo el ordenamiento, en buena medida por la acción de la justicia constitucional, que, a través de sus distintas competencias, viene a revisar y a dar nueva lectura de todo el ordenamiento jurídico*"[13].

2.2. Aspecto orgánico

Luego también, la justicia constitucional se estudia desde el aspecto orgánico, la jurisdicción constitucional. Jurisdicción constitucional de la libertad -como la denominó Mauro Cappelletti- es la función pública de administrar justicia que corresponde de forma exclusiva al Estado, quien la ejerce a través de determinados órganos.

Es claro que "*la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores*"[14], de modo que "*el Estado material de derecho exige una instancia equipada con la potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a las normas, valores y principios constitucionales*"[15].

La justicia constitucional se lleva a cabo a través de la jurisdicción constitucional, ejercida por los tribunales constitucionales en orden a juzgar la actuación de los órganos del Poder Público en contraste con la Constitución, precisamente para garantizar la constitucionalidad de dicha actividad.

El estudio del Derecho Procesal Constitucional, desde su aspecto orgánico, se refiere al análisis de la organización, atribuciones y funcionamiento de los órganos independientes que resuelven los conflictos constitucionales, es decir, de los órganos que llevan adelante la justicia constitucional.

---

[13] Pablo Pérez Tremps, "La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina", en *Anuario*, Nº. 8, 2002, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Antofagasta, Chile, 2002. Pp. 5-16.

[14] Manuel García Pelayo, "El Status del Tribunal constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 1, Madrid, 1981, p. 15.

[15] *Ibidem*.

Estos tribunales constitucionales pueden ser órganos situados fuera del poder judicial, como es el caso de Bolivia, Chile y Colombia, entre otros países. Pero también puede ocurrir que se creen y organicen como órganos especializados en la justicia constitucional, pero situados dentro de la organización del propio poder judicial, como ocurre en Costa Rica, Paraguay y Venezuela o puede atribuirse la justicia constitucional a órganos judiciales no especializados, como es en Argentina, Brasil, México y otros.

Aunque en ocasiones no existe un órgano especializado responsable de la jurisdicción constitucional, hoy se entiende que para que la justicia constitucional sea efectiva se requiere de un órgano especial y auténticamente independiente de las fuerzas políticas llamado a hacer efectiva la supremacía constitucional, es decir, a garantizar que no se violen los preceptos constitucionales por ningún acto, actuación u omisión de los órganos que ejercen el poder público.

En Venezuela, el tribunal constitucional está representado por la SC. El artículo 262 de la Constitución en ese sentido dispone que "*El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica…*", y debe ser interpretado en concordancia con el artículo 334 *eiusdem*, según el cual "*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional…*".

Asimismo, la Constitución establece en el artículo 334 que: "*Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio decidir lo conducente…*".

2.3. Aspecto procesal

Por último, desde un punto de vista procesal puede estudiarse la justicia constitucional a través de los distintos medios de impugnación,

las reglas procesales que gobiernan cada uno de esos medios de impugnación y los poderes del juez en la sustanciación de las acciones o recursos, en las decisiones cautelares o definitivas y en la ejecución de sus fallos.

La evolución de la justicia constitucional ha traído y consolidado varios medios de impugnación con características particulares y propias. Estos procesos constitucionales -medios de impugnación- pueden entenderse como las vías o mecanismos destinados a lograr el respeto y aplicación de los derechos fundamentales de la persona humana alterados y hacer efectiva la supremacía de la norma fundamental, de oficio o gracias al esfuerzo probatorio de quien afirma su afectación.

Los medios de impugnación de la justicia constitucional son diversos. Hoy no se reducen a los dos modelos clásicos, a partir de ellos se han ido creando diferentes mecanismos de control. Además del control difuso y el control concentrado, se han desarrollado otros medios de control de la constitucionalidad. Ya mencionamos al amparo constitucional. Otro de los medios de control de la constitucionalidad es el destinado a controlar la constitucionalidad de las omisiones legislativas y, también, el control de la constitucionalidad del carácter orgánico de algunas leyes.

También hay que mencionar el control de la convencionalidad, un asunto de importancia especial para el Derecho Procesal Constitucional, es su interrelación con el derecho procesal convencional que ha dado origen al llamado control de convencionalidad, el cual comprende la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales, para verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado, como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos, etc., con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos[16]; así como los demás instrumentos

[16] Algunos de estos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos son: la Declaración universal de los derechos humanos; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la

normativos, principios y valores internacionales que conforman el "*bloque de la convencionalidad*".

Este control de la convencionalidad tiene por finalidad armonizar el ordenamiento jurídico del Estado parte con la convención de que se trate y de esta forma asegurar su efectividad a través de la desaplicación o el desconocimiento, en un caso concreto, de las normas o actos internos contrarios a las convenciones internacionales.

Pero además de los medios de impugnación a los que se refiere la Constitución, se ha creado en Venezuela, indebidamente, el recurso autónomo de interpretación constitucional y "*la acción innominada de control de la constitucionalidad*", a partir de la jurisprudencia de la SC del TSJ y en violación del principio de reserva legal de los procedimientos establecido en el artículo 156.32 de la Constitución, usurpando las funciones legislativas propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, consagradas en el artículo 187.1 de la Constitución y en violación de los principios de separación de poderes establecido en el artículo 136 de la Constitución.

En efecto, el artículo 336 de la Constitución define expresamente las competencias de la SC en el ejercicio de la jurisdicción constitucional y, luego, en el numeral 11 establece que son competencias de la SC: "*Las demás que establezcan esta Constitución y la ley*." De modo que sólo la Constitución y la ley pueden establecer las competencias de la SC.

El recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución tuvo su origen en la sentencia número 1077 del 22 de septiembre de 2000, caso "Servio Tulio León", mediante la cual la SC, en un claro

---

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención sobre los derechos del niño, todos de la Organización de Naciones Unidas (ONU); y en el ámbito americano: la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Convención americana sobre derechos humanos; la Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas; la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará"; la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, entre otras.

exceso de sus facultades, se atribuyó el carácter de "*máximo y último intérprete de la Constitución*", de forma exclusiva y excluyente y creó este recurso con la finalidad de declarar la certeza sobre el alcance y el contenido de una norma constitucional, y específicamente, de aquellos casos cuyo desarrollo legislativo aún no había sido alcanzado, con lo cual se preparaba la SC para legislar en esas materias. Sin embargo, diez años después, la LOTSJ, a través del artículo 25, también en violación a la Constitución, reguló este recurso autónomo de interpretación constitucional, como atribución de la SC del TSJ, al disponer que "*Es de la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ... 17. Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integren el sistema constitucional*".

De otra parte, la creación de la "*acción innominada de la constitucionalidad*" la encontramos en la sentencia número 1547 del 17 de octubre de 2011 de la SC, que decidió la *"acción innominada de control de constitucionalidad*" formulada por el Procurador General de la República en contra de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza, por la violación de sus derechos políticos. La SC dispuso en esa decisión que la acción innominada que se pretendía no constituía una acción de nulidad de la sentencia de la Corte, pero tampoco un recurso de interpretación constitucional, sino que se trataba de "*una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo*", en este caso de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la cual, además, la SC del TSJ carece de jurisdicción.

Dentro de este aspecto procesal hay que referirse, también, al derecho probatorio que en los procesos constitucionales es fundamental y tiene un tratamiento singular. En todos los procesos judiciales el derecho probatorio y todo lo que él implica es de importancia especial, tanto más en los procesos constitucionales destinados, como están, a garantizar la vigencia e intangibilidad de la Constitución a través de decisiones fundamentadas en motivos no sólo de derecho, sino también en hechos comprobados.

Tradicionalmente se consideraba que los procesos constitucionales podían ser decididos a través del simple cotejo o comparación formal y abstracto de una norma legal con la Constitución. Incluso se pensaba que la inconstitucionalidad y la prueba eran asuntos antagónicos. Mientras la inconstitucionalidad alude a asuntos de derecho (*quaestio iuris*) la prueba atañe a asuntos de hecho (*quaestio facti*). Se consideraban que los procesos de examen de la constitucionalidad eran de mero derecho y, por tanto, se prescindía de la actividad probatoria. Eso trajo como consecuencia que el juez constitucional no se sintiera vinculado con el tema de las pruebas, además tengamos en cuenta que con frecuencia hay una gran debilidad en los conocimientos de los jueces constitucionales sobre la materia probatoria.

Hoy en día el Derecho Procesal Constitucional ha producido un cambio fundamental en este tema relativo a la prueba. El derecho a alegar y probar; el acceso al expediente; el respeto a los principios que rigen la actividad probatoria; la regulación sobre los medios de prueba, su promoción y control por el adversario a través de la oposición, contradicción e impugnación; la licitud y pertinencia de la prueba; la oportunidad para probar; los poderes del juez durante todo el proceso, y en especial, en el lapso de prueba, las reglas de valoración de las pruebas por parte del juez y el deber del juez de pronunciarse sobre las pruebas que se hayan producido mediante una decisión motivada, forman parte del derecho constitucional a la defensa, al debido proceso y se haya estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva.

Para que la decisión del juez constitucional sea válida, es necesario que esté fundamentada en alegaciones y pruebas, de lo contario sería pura arbitrariedad judicial. La decisión debe estar basada en la convicción que produzcan los medios de prueba sobre los trámites que antecedieron al acto sometido al juicio constitucional, así como los hechos necesarios para adoptar la decisión. Es por ello que la solución de los asuntos atribuidos al control de la constitucionalidad se encuentra precedida de una fase probatoria.

Ante la variedad de medios de impugnación que se han desarrollado -control concentrado, control difuso, amparo constitucional, control de convencionalidad, omisión legislativa, interpretación, revisión de sentencia- la necesidad de la prueba es evidente. La solución de estos

juicios de control de la constitucionalidad tiene que estar precedida de una fase probatoria, que será de mayor o menor intensidad, según el medio de impugnación constitucional y de que se trate y el vicio que se denuncia.

Las normas que rigen la actividad probatoria en los procesos constitucionales están contenidas en la Constitución, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[17] (LOTSJ) y, de forma supletoria, en el CPC. Pero además de las normas constitucionales y legales, dentro del régimen probatorio hay varios principios que orientan y se aplican en la actividad probatoria de todos los procesos.

También tiene importancia relevante y determinante dentro del aspecto procesal constitucional la actuación del juez constitucional y sus límites. El examen que hace el juez constitucional puede terminar con la decisión de anular total o parcialmente la ley o el acto que resulte, a su juicio, contrario a las normas constitucionales y es obvio que la revisión que hace el juez constitucional de las normas y actos y, en general todas sus actuaciones, deben estar conformes a la Constitución y han de tener límites precisos a modo de evitar los riesgos que comporta la justicia constitucional.

El poder de los jueces constitucionales debe limitarse con el propósito de alcanzar el indispensable equilibrio entre las exigencias de la Constitución y las de la democracia. La principal advertencia que se le hace al sistema de protección constitucional es el peligro de que el amplio poder que algunas constituciones modernas les otorgan a los jueces constitucionales, para garantizar la supremacía de sus preceptos, resulte en que estos jueces se conviertan en el verdadero poder soberano (no solamente jurídico sino político), *apoderándose de la Constitución*[18].

En efecto, si bien la justicia constitucional ha sido concebida como la posibilidad para articular de forma legítima la defensa de los intereses generales, así como una garantía primordial de la supremacía

[17] Publicada en la Gaceta Oficial número 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpresa en la Gaceta Oficial número 39.483 del 09de agosto de 2010 y posteriormente en la Gaceta Oficial número 39.522 del 1 de octubre de 2010.

[18] Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p.272

constitucional, existe una "*sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al gobierno de los jueces, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones, ante ningún poder* público"[19].

Cada día se tiene más presente y en cuenta el agudo problema que se desprende de la delicada tesitura que se produce entre la supremacía constitucional y el principio democrático. Es decir, qué límites deben imponerse a la justicia constitucional a modo de respetar el principio democrático. El asunto no es de fácil solución por varias razones. La labor de contrastar la norma legal con la disposición constitucional, a modo de determinar que la primera respeta la segunda, se encuentra con la dificultad inicial de la generalidad, indeterminación y vaguedad como con frecuencia se expresan los dispositivos constitucionales. Kelsen no obvió este punto y como solución al problema, y a modo de evitar la discrecionalidad de los jueces, recomendó la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos Constitucionales[20].

Adicionalmente, como indica Ferreres Comella, "…*la disposición de ley que hay que contrastar con la Constitución viene revestida de una especial dignidad por haber sido aprobada por un Parlamento democráticamente elegido, lo cual puede justificar que el juez constitucional tenga en cuenta determinadas consideraciones a la hora de llevar a cabo su tarea de control*"[21].

Estas especiales consideraciones, al momento de examinar la ley, se concretan, en primer lugar, en el respeto al principio de la interpretación conforme a la Constitución o principio de conservación del acto legislativo. Con respeto a este principio el juez constitucional, frente a las varias interpretaciones que pueden darse a la ley, debe preferir la que permita considerar a la ley ajustada a la Constitución.

---

[19] Cesar Landa, "Justicia Política en Perú", en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (Editores académicos), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Justicia y Política en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, Editorial Temis, Editorial Nomos S.A., Bogotá, 2018. p.217.

[20] Josu de Miguel Bárcenas y Javier Tajadura Tejada, "Kelsen y Schmitt: Dos Juristas en Weimar", en *Revista de Historia Constitucional*, Nº. 20, 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Universidad de Oviedo, España, 2019. Disponible en: http://www.historiaconstitucional.com, p. 390

[21] Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 2da edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. p.22.

En segundo lugar, ahora referido a la interpretación de la Constitución, debe honrarse el principio de deferencia al legislador, conforme al cual la interpretación de la Constitución debe justificarse y razonarse y obliga a no interpretar, en ningún caso, una norma aislada, antes y por el contrario debe ajustarse al contexto de todo el cuerpo normativo y reducir el juez su papel sólo al control, sin que pueda con su interpretación restringir la libertad del legislador, más allá de lo previsto por la propia Constitución.

El tema más general, y que se estudia hoy cada vez con más frecuencia, es el referido a la legitimidad democrática del control de la constitucionalidad de la ley. Es el caso que los guardianes de la Constitución tienen menor legitimidad que quienes producen la ley que estos pasan a juzgar, por lo que es necesario limitar la actividad de los jueces constitucionales con el fin de evitar que los garantes del gobierno de las leyes se conviertan en los hombres que gobiernan y que actúen, ya no en garantía de la Constitución sino de una ideología política, y de forma militante. Cortes Constitucionales autoritarias, aliadas y facilitadoras de gobiernos autoritarios.

La interpretación que hace el juez constitucional, en respuesta a cualquiera de los medios de impugnación que decide, no podría conducir a la reforma o cambio de las normas y principios contenidos en la Constitución. Hay una forma de interpretar que se dirige a desvirtuar o desnaturalizar la regla constitucional. Es una interpretación manipulativa de la Constitución, que lleva, precisamente, a la desconstitucionalización.

De otra parte, para colaborar con la claridad en la determinación del ámbito de aplicación de la materia, he tratado de distinguir el "Derecho Procesal Constitucional", que corresponde a esta rama del derecho procesal que estamos estudiando y que comprende el estudio de los órganos jurisdiccionales y los medios de impugnación dispuestos por la propia Constitución para hacer efectiva su vigencia, y que es también conocido como justicia constitucional; y el "Derecho Constitucional Procesal", cuyo estudio se encuentra en el ámbito del derecho constitucional y comprende los principios, valores y preceptos que, consagrados en la Constitución, rigen todos los procesos llevados ante los órganos judiciales, bien en materia civil, penal, administrativa, laboral, entre otras.

3. DESARROLLO DE LA NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A pesar de los debates en cuanto a su denominación: justicia constitucional, jurisdicción constitucional, control de la constitucionalidad, defensa de la constitución, etc., existe una tendencia creciente y en auge en Latinoamérica que ha venido dominando, en los últimos años, que le asigna la expresión "Derecho Procesal Constitucional".

Este término fue usado por primera vez por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y va a tener un desarrollo enorme debido a la contribución de Calamandrei, Couture, Cappelletti y Héctor Fix-Zamudio quien, en 1955, la "*define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico, y la distingue de lo que es propio del derecho constitucional*"[22].

En efecto, si bien la corriente Europea se ha inclinado por la expresión "justicia constitucional", partiendo de la ciencia constitucional y considerando la misma como un elemento del derecho constitucional; en Latinoamérica se usa de forma más frecuente el término "Derecho Procesal Constitucional", para significar que esta materia pertenece a la dogmática procesal, con la misma autonomía que alcanzan sus diversas ramas y bajo la unidad de la teoría general del proceso, claro está, con una estrecha y especial relación con el derecho constitucional.

La denominación Derecho Procesal Constitucional propicia la discusión respecto de si se trata de una rama del Derecho Constitucional, del Derecho Procesal, una disciplina mixta o acaso una rama autónoma con características sustantivas propias.

El primer autor que usó el término Derecho Procesal Constitucional en Alemania fue Peter Häberle, quien consideró que el Derecho

Procesal Constitucional es una concretización de la Ley Fundamental. Es un derecho constitucional concretizado que le sirve al Tribunal Constitucional a concretizar la Ley Fundamental.[23] Häberle

---

[22] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico* del *Derecho procesal constitucional (1928-1956),* Editorial Ferrer Mac-Gregor, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2018. p.134.

[23] Peter Häberle, *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, JZ, Alemania, 1976.

consideró que el Derecho Procesal Constitucional formaba parte del Derecho Constitucional y estaba emancipado del resto del derecho procesal, y por ende rechazó la doctrina de aplicación supletoria de las normas procesales civiles.

César Landa[24] y Julio Fernández Rodríguez[25] apoyan la tesis de Häberle y asocian el Derecho Procesal Constitucional como parte del derecho constitucional, por considerar que "… *no se trata sólo de aplicar la Constitución en función de normas procedimentales, sino también de darles a dichas normas un contenido conforme a la Constitución, en el marco de una teoría constitucional que le otorgue sentido a la justicia constitucional*"[26].

Jesús González Pérez, por su parte, sitúa este Derecho Procesal Constitucional dentro del derecho procesal cuando afirma que si el derecho procesal puede ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso, "*luego, Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.*"[27] Señala González Pérez que "*sólo empleando la técnica propia del derecho procesal podría replantearse correctamente y, en consecuencia, resolverse felizmente, los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso constitucional*"[28].

De la misma forma, autores como Héctor Fix-Zamudio[29], Domingo García Belaunde[30] y Pablo Dermizaky[31] consideran que el Derecho

---

24 César Landa, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Urna, Ed. Palestra, 2004. p. 13.

25 José Julio Fernández Rodríguez, "En respuesta a encuesta" en Domingo García Belaúnde, y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, (Coords.) *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2006. p. 62.

26 César Landa, *Teoría del derecho procesal constitucional,* ob. cit. p. 13.

27 *Ibídem*. p. 49

28 *Ibídem*. pp. 50-51

29 Héctor Fix-Zamudio, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructura procesal del Amparo),* UNAM, México, D.F., 1955. p. 57.

30 Domingo García Belaúnde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva,* Ed. Porrúa, México, D.F., 2008. p. 99.

31 Pablo Dermizaky Peredo, "El derecho procesal constitucional", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4, 2007, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, Bolivia, pp. 1-20. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539904002

Procesal Constitucional es una rama del derecho procesal, que sirve de instrumento para la realización de las disposiciones constitucionales cuando estos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado.

Otra parte de la doctrina, como Néstor Pedro Sagüés[32] y Gustavo Zagrebelsky[33], identifican el Derecho Procesal Constitucional como disciplina mixta que se sirve de una parte de la sustantividad constitucional y por la otra de la instrumentalidad de las normas procedimentales. En efecto, para Zagrebelsky la jurisdicción constitucional y los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de casos controvertidos involucra una teoría de la Constitución como norma sustancial, de modo que "*cada concepción de la Constitución lleva aparejado una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento lleva aparejada una concepción de la Constitución*"[34]. Además, téngase en cuenta la definición de Serra Rad, quien señaló que el Derecho Procesal Constitucional constituye un "*sector del mundo del derecho que atañe tanto al derecho constitucional como al derecho procesal, siendo objeto de estudios de ambas ciencias y recibiendo influjos recíprocos*"[35].

Nosotros entendemos que el Derecho Procesal Constitucional puede considerarse una rama autónoma del derecho que comprende el estudio sistemático de las instituciones, los procesos y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales de la Constitución y que tiene por objeto reparar esas violaciones constitucionales y preservar la supremacía de la Constitución. Reconocemos que es una materia que se encuentra en la confluencia y límite de los derechos procesal

---

[32] Néstor Pedro Sagüés. *Derecho procesal Constitucional.* Tomo I: Recurso extraordinario. Segunda edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea, 1989. p. 4.

[33] Gustavo Zagrebelsky, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional,* Ed. FUNDAP México, D.F., 2004. pp. 17-18.

[34] Zagrebelsky, cit en Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", en *Estudios Constitucionales,* Año 7, número 1, Santiago, 2009. pp. 13-58.

[35] María M. Serra Rad, *Procesos y recursos constitucionales,* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992. p. 38. Cit. en Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", ob. cit.

y constitucional, y que por tanto requiere el apoyo conjunto y constante de los cultivadores de ambas disciplinas.

Creemos que el estudio ordenado de los diversos instrumentos jurídicos de control constitucional, ha motivado el nacimiento de esta nueva disciplina jurídica que comparte las estructuras del derecho procesal y del constitucional, que se venían estudiando de manera separada y cuyas íntimas conexiones e hilos conductores puso en evidencia el gran procesalista uruguayo Couture y que sirve para limitar el ejercicio del poder del Estado y está hoy en pleno y vigoroso desarrollo.[36] Este Derecho Procesal Constitucional, como disciplina científica autónoma, tiene su propia legislación y su propia doctrina y está integrado por dos componentes: la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales.

En esta posición, la de los que consideramos que el Derecho Procesal Constitucional es una rama autónoma, se encuentra también Osvaldo Alfredo Gozaíni[37], Pablo Luis Manili[38], Juan Carlos Hitters[39], quien ha reconocido al Derecho Procesal Constitucional "*autonomía pedagógica y científica*", y Humberto Nogueira Alcalá, entre otros, quien ha señalado que "*Aun quienes plantean con mayor fuerza el método de enfoque esencialmente procesalista, deben reconocer las peculiaridades y autonomía del derecho procesal constitucional, con instituciones con perfiles propios y su determinación por los principios y normas*

---

36 Eduardo Juan Couture Etcheverry (Montevideo, 24 de mayo de 1904 - 11 de mayo de 1956) es considerado el procesalista más influyente del Derecho Continental en el siglo XX. Couture emprendió el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, "especialmente mediante la vinculación existente entre las disposiciones constitucionales con el proceso civil, a partir de su famoso ensayo sobre "Las garantías constitucionales del proceso civil" (1946) y que luego apareciera recogido en sus Estudios de derecho procesal civil (1948), cuya tercera parte dedicara a los "casos de derecho procesal constitucional" (tomo I, pp. 19-95).". V. en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Prólogo a la Edición Mexicana", en Ana Giacomette Ferrer, Ob. cit. Pp.52-53.

37 Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, Ed. UNAM, México, 1995.

38 Pablo Luis Manili, "Perfil del derecho procesal constitucional", en Palominos Manchego, José (Coord.). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde. Tomo I, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2005. p. 153.

39 Juan Carlos Hitters, "El Derecho procesal constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional.* Tercera edición, Tomo I, Ed. Porrúa, México D.F., 2003. p. 278.

constitucionales, especialmente cuando existe la presencia de un Tribunal Constitucional, lo cual requiere un rescate del derecho procesal constitucional de los enfoques rígidos del derecho procesal y del derecho constitucional"[40].

El Derecho Procesal Constitucional tiene por objeto asegurar la supremacía de la Constitución, sirve también para tutelar los derechos y libertades fundamentales, para resolver los conflictos de los órganos constitucionales del Estado y, en los Estados políticamente descentralizados, resuelve los conflictos entre el poder central y las entidades, Estados o comunidades políticamente descentralizadas. Además, a través de la jurisprudencia que produce la justicia constitucional cuando resuelve algún caso se interpreta, adecúa, enriquece y actualiza el contenido de la Constitución.

El Derecho Procesal Constitucional es la disciplina científica que se encarga de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución y es aquí, precisamente, donde encuentra el Derecho Procesal Constitucional su objeto de estudio concreto y específico. Por eso es muy importante tener en cuenta el contenido del artículo 7 de la Constitución:

> *"Artículo 7: La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución".*

Esta supremacía de la Constitución incluye, obviamente, el respeto de los derechos y libertades. Comoquiera que alguna de esas garantías a la libertad y derechos son establecidas en Tratados o Acuerdos internacionales, el Derecho Procesal Constitucional incluye también los mecanismos de protección y supremacía de esas normas supra nacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el "*bloque de la convencionalidad*".

---

[40] Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", ob. cit.

Para definir la jurisdicción constitucional se han utilizado distintos conceptos. En ocasiones se ha empleado un concepto que se denomina subjetivo, o formal, entendiendo por jurisdicción constitucional, "*la que ejercen o desempeñan los tribunales así llamados, sea cual fuere la naturaleza de los asuntos cuya solución se les encomienda*"[41].

Otro es el que Rubio Llorente denomina concepto amplio, simple y teóricamente más sólido de la jurisdicción constitucional, entendiendo por tal, "*aquélla que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder*"[42]. Este concepto, como señala Olano García, engloba -como especies de un género común- todos los sistemas imaginables de la jurisdicción constitucional y permite apreciar la diferencia que existe entre los sistemas que sólo pretenden asegurar la constitucionalidad del texto legal y aquellos otros que aspiran a garantizar también la constitucionalidad de la aplicación de la ley, con independencia de cuál sea la vía escogida para hacer posible esa garantía[43].

Los procesos constitucionales pueden concebirse como vías destinadas a impedir la alteración de los derechos fundamentales de la persona y, asimismo, a hacer valer la supremacía de la norma fundamental, lo cual puede ocurrir de oficio o con base al esfuerzo probatorio de quien afirma su afectación.

De acuerdo con Ferrer Mac-Gregor, en la concepción del Derecho Procesal Constitucional pueden distinguirse dos posiciones antagónicas, en la primera se presenta esta disciplina de manera rígida o restringida, según la cual sólo caben dentro de su esfera de estudio los procesos jurisdiccionales de naturaleza constitucional (excluyendo los mecanismos no procesales de protección de la Constitución); y en la segunda se admite en el Derecho Procesal Constitucional el estudio tanto

---

[41] Francisco Rubio Llorente, "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Editorial McGraw-Hill – Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998. pp. 155-156.

[42] *Ibídem*.

[43] Hernán Alejandro Olano García, "El derecho procesal constitucional", en *Vniversitas*, número 54(109), Pontificia Universitada Javeriana, Bogotá, 2005. p. 629. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14716

de los genuinos instrumentos procesales como de los procedimientos, siempre y cuando estén previstos en la Constitución y se correspondan con la finalidad de salvaguardar y proteger el propio ordenamiento supremo[44].

El nacimiento y posterior desarrollo del Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma puede encontrarse en diversos hechos históricos, así como en jurisprudencia relevante y contribuciones doctrinarias. Por lo que se refiere a la jurisprudencia relevante sobre la materia, tengamos en cuenta principalmente el caso "Bonham" en Inglaterra en 1610, decidido por el juez Eduard Coke, frente a las pretensiones del Rey Jacobo I de ejercer el poder judicial personalmente. El juez Coke estableció la supremacía de una ley superior que representaba el *common law*, por encima de cualquier otra normativa y, además, que los jueces eran los únicos que podían ejercer el poder judicial.

También como ya dijimos antes en la época de la colonia, entre 1696 y 1782 el Tribunal de Apelación británico (*Privy Council*) invalidó muchas leyes coloniales, de forma que las colonias cuando se independizaron ya tenían conocimiento de un control judicial de las leyes, por eso establecieron en las constituciones de Pennsylvania de 1776 y en la de Vermont de 1777 un control de constitucionalidad. Además, hay jurisprudencia en el mismo sentido también dictada por las Cortes Supremas de los Estados de *North* y *South* Carolina, en Virginia y en Maryland.

Luego la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 estableció en el artículo VI, sección 2 "*Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado".*

Indudablemente la jurisprudencia más importante y conocida sobre este tema es la recaída en el histórico caso Marbury vs Madison decidido por el juez John Marshall en 1803, que determinó la supremacía de la Constitución y su aplicación preferente sobre cualquier norma de

[44] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El Derecho Procesal Constitucional,* ob. cit.

rango inferior que contrariara sus preceptos, estableciendo de esta forma el sistema judicial de control de constitucionalidad.

Más de un siglo después de la sentencia del juez Marshall, la teoría del control judicial de la constitucionalidad fue objeto de estudio en los trabajos del jurista austriaco Hans Kelsen, quien hizo aportes fundamentales para la creación del primer tribunal constitucional en la Constitución de Austria de 1920, como primer órgano encargado especialmente del control concentrado de la constitucionalidad, pero quien además publicó en 1928 el trabajo intitulado "*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*". Para Kelsen la Constitución se garantiza sólo en la medida en que se puedan anular los actos inconstitucionales y "*no es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional*."[45]

La tesis de Kelsen fue contrariada por Carl Schmitt, quien en el año 1929 publicó un ensayo intitulado "*La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*", en el cual directamente replicaba a Kelsen, exponiendo que el defensor de la Constitución no debía ser un órgano jurisdiccional como lo postuló Kelsen, sino el titular del poder político, esto es, el presidente.

Kelsen, por su parte, respondió señalando la necesidad de que quien tutele la supremacía constitucional no debía ser un órgano que se constituya en juez y parte de su propia causa, sino un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado, con naturaleza no política sino similar a los demás órganos jurisdiccionales.

La tesis de Hans Kelsen rompió con la idea que durante tanto tiempo sedujo a Europa de la supremacía parlamentaria, haciendo que se multiplicara el sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad. En la segunda mitad del siglo XX, en los años que siguieron la

---

[45] Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional, (La Justicia Constitucional),* Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001. p. 52.

Segunda Guerra Mundial, debido a la reacción contra el totalitarismo y a una organización territorial más compleja, se generalizó la tendencia de crear Tribunales Constitucionales: el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución Española Republicana de 1931; la Corte Constitucional creada por la Constitución de Italia de 1947; el Tribunal Constitucional Federal establecido en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949; los tribunales constitucionales creados en las leyes fundamentales de Francia (1959), Turquía (1961); la antigua Yugoslavia (1963) y las más modernas, de Portugal en 1976; España 1978; Bélgica en 1983; y Polonia en 1985, entre otras[46].

Luego de la caída del Muro de Berlín (1989), se produjo un nuevo movimiento en ese mismo sentido y países como Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Hungría, Lituania, Macedonia, Moldavia, Rusia, Rumania, dispusieron la creación de tribunales constitucionales en sus textos constitucionales.[47]

Niceto Alcalá Zamora y Héctor Fix Zamudio señalaron a Kelsen como el fundador del Derecho Procesal Constitucional, considerando especialmente que este autor fue quien inspiró la creación de la jurisdicción constitucional austríaca; elaboró un estudio fundamental sobre la misma; fue catedrático y juez de la Corte Constitucional creada por él; y por haber repercutido en el constitucionalismo de otros países[48].

Por influencia del modelo europeo, el sistema de control concentrado de la constitucionalidad también se implantó en Latinoamérica a través de la creación de tribunales y cortes constitucionales en las Constituciones de Uruguay en 1952; en Guatemala en la Constitución de 1985 con antecedente en la Constitución de 1965; en Chile a través

---

[46] Ana Giacomette Ferrer, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014. p.107. Al respecto, "Es indiscutible que los horrores de la II Guerra Mundial, por los abusos sobre los derechos humanos, desencadenaron el movimiento de creación de órganos encargados de realizar los juicios constitucionales.", Vid. Liliana Estupiñán Achury; Carlos Hernández; William Jiménez (Editores Académicos), ob. cit. P. 23

[47] Humberto Nogueira Alcalá, "Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales", en *Revista de derecho,* Vol. XIV - Julio 2003, pp. 43-66

[48] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico* del *Derecho procesal constitucional (1928-1956),* Editorial Ferrer Mac-Gregor, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2018. p.102.

de la reforma constitucional a la Carta Fundamental de 1925, realizada en 1970 y Perú en 1979. Posteriormente, se incorporó en la Constitución de Colombia de 1991 una Corte Constitucional; en la Constitución de Paraguay de 1992, con vigencia efectiva a partir de 1995, cuando se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la Constitución de Bolivia de 1994 y con funcionamiento desde 1999, y en Ecuador creada en 2008 para sustituir al antiguo Tribunal Constitucional regulado en la Constitución de 1979 y finalmente en la Constitución de 1999 en Venezuela fue creada la Sala Constitucional.

En otros continentes como Asia (Corea del Sur, Tailandia) y África (Argelia, Marruecos, Mauritania y Túnez) también fue acogido el control concentrado de la constitucionalidad mediante creación constitucional[49].

La mayoría de estos textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial no se limitaron a establecer las reglas de organización del Estado, las competencias de los órganos del Poder Público y los clásicos lineamientos referidos a la separación de poderes, así como la supremacía de sus disposiciones; sino que regulan también de forma detallada los derechos fundamentales y los mecanismos que garantizan el cumplimiento de los derechos, es decir el modo de controlar las violaciones o intentos de violación de sus disposiciones; establecen igualmente este tipo de Constituciones, marcadamente sustantivas, disposiciones que condicionan la actuación del Estado a través del establecimiento de fines y objetivos que le corresponde cumplir.

Esto es lo que se ha denominado neoconstitucionalismo, es decir, la teoría de derecho que se dedica al estudio de este nuevo modelo de Constituciones, de las cuales surge también un nuevo modelo de interpretación de la Constitución, con principios propios como el de ponderación de derechos, el de proporcionalidad; que supone la aplicación inmediata y concreta de la Constitución a los ciudadanos y que estudia el impacto y consecuencias que estas nuevas Constituciones vienen a tener en el Estado Moderno. El neoconstitucionalismo es una doctrina que no sólo pretende institucionalizar el poder, sino además considera a

[49] José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, segunda edición, edit. Tecnos, Madrid, 2007. P. 33.

la Constitución como una auténtica norma jurídica, superior a las otras disposiciones del orden jurídico con el fin de evitar la concentración del poder en los representantes del pueblo.

Luis Prieto Sanchís ha sostenido que el neoconstitucionalismo busca resolver un dilema entre constituciones garantizadas sin contenido normativo, y constituciones con contenido normativo pero que no están garantizadas, es decir, que el neoconstitucionalismo, implicaría un modelo de constituciones normativas y garantizadas[50].

Por su parte, Miguel Carbonell, uno de los principales exponentes del neoconstitucionalismo como novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado Constitucional de Derecho, explica que cuando se habla de neoconstitucionalismo conviene considerar tres distintos niveles de análisis: 1. Textos constitucionales; 2. Prácticas jurisprudenciales; y 3. Desarrollos teóricos[51].

En primer lugar, el neoconstitucionalismo, señala Carbonell, puede explicar un conjunto de textos constitucionales que surgieron luego de la Segunda Guerra Mundial, y que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos (tales como la Constitución española de 1978, la de Brasil de 1988 y la de Colombia de 1991).

En segundo lugar, el neoconstitucionalismo implica la transformación de la práctica jurisprudencial de los tribunales y cortes constitucionales, precisamente como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, y que exige que los jueces constitucionales tengan que aprender a realizar sus

---

[50] V. Luis Prieto, "Voz Neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional,* Porrúa y Universidad Autónoma de México, México, 2005, pp. 420 a 423, citado por H. Olano, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006, p. 29. A su vez cit. en Eduardo Aldunate Lizana, "Aproximación conceptual y crítica al neconstitucionalismo", en *Revista de Derecho* (Valdivia) v.23 n.1 Valdivia jul. 2010. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100004

[51] Véaase Miguel Carbonell, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2009. Pp. 9-12.

funciones bajo "parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo". De esta forma, que "*Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la Drittwirkung), el principio pro personae, etcétera*".

Por último, el neoconstitucionalismo promueve novedosos desarrollos teóricos, que a su vez parte de los mencionados fenómenos de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial, "*pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo*". En este sentido Miguel Carbonell se refiere a los aportes teóricos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y Luigi Ferrajoli, que han servido no solo "*para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas*".

Esta forma de considerar a la Constitución supone la necesidad de un control de constitucionalidad de las leyes que conserve el carácter de norma obligatoria de la Constitución. De forma que justifica la sumisión de los órganos políticos e incluso de los particulares al texto constitucional, a través del juez constitucional.

En el neoconstitucionalismo la justicia constitucional tiene una importancia especial toda vez que el marco de derechos y garantías es mayor. En este nuevo estado de cosas los jueces constitucionales tienen especial relevancia, tienen un importante rol en la implementación de los derechos fundamentales. Le corresponde al juez neoconstitucionalista la interpretación y ponderación de la Constitución y sus principios y de la ley que se dicta en su ejecución en protección de los derechos de los ciudadanos y, además proteger los derechos y libertades.

Desde el punto de vista doctrinario tenemos los primeros estudios sobre las garantías judiciales de la Constitución y el control concentrado de la Constitución de Hans Kelsen, 1928; las aproximaciones dogmáticas de la ciencia procesal y el derecho constitucional de Couture, Calamandrei y Cappelletti, 1946-1955; y los primeros estudios sobre el Derecho Procesal Constitucional propiamente dicho de Niceto Alcalá

Zamora, 1944; Héctor Fix-Zamudio, 1955-1956 y Jesús González Pérez, 1980.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su obra "*El origen científico del Derecho Procesal Constitucional (1928-1956)*", realiza un detallado estudio sobre el nacimiento de esta rama del derecho, partiendo del pensamiento de Kelsen sobre la jurisdicción constitucional en 1928 hasta los trabajos de Héctor Fix-Zamudio a mediados del siglo XX.

Parte de la doctrina -Néstor Pedro Sagüés- difiere de la tesis que atribuye a Kelsen la paternidad del Derecho Procesal Constitucional por cuanto, si bien es uno de los creadores del modelo concentrado de constitucionalidad y en efecto aportó una sólida tesis sobre las cortes constitucionales, este no tomó en cuenta, al momento de elaborar su teoría sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución, por ejemplo, instrumentos procesales fundamentales en el Derecho Procesal Constitucional, como el amparo constitucional surgido de la Constitución Política del Estado de Yucatán en México en el año 1841, destinado especialmente a la tutela de los derechos y garantías constitucionales, así como del principio de supremacía constitucional. De allí la distinción entre la publicación del primer estudio dogmático sobre la jurisdicción constitucional y la concepción científica de la disciplina procesal[52].

Tengamos en cuenta el aporte fundamental de Niceto Alcalá Zamora y Castillo[53] que fue el primero en visualizar la existencia de una nueva disciplina jurídica y en darle el nombre de Derecho Procesal Constitucional en sus clásicas obras "*Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional"* (1944) y "*Proceso, Autocomposición y Autodefensa*" (1947). Domingo García Belaunde afirma que Alcalá Zamora fue el propulsor del estudio científico de esta nueva rama

[52] *Ibídem* p. 117

[53] Niceto Alcalá Zamora y Castillo: Jurista español nació el 2 de octubre de 1906. Hijo de Niceto Alcalá-Zamora y Torres, intelectual, jurista y último presidente de la II República española. Durante su exilio político primero en Argentina (1942-1946) y luego en México (1946-1976) se convierte en uno de los principales procesalistas iberoamericanos. Entre sus más destacadas obras se mencionan: "Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)", publicada en Buenos Aires en el año 1944;" Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso) ", en 1947; y "La protección procesal internacional de los derechos humanos", Madrid, 1975. V. en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Prólogo a la Edición Mexicana", en Ana Giacomette Ferrer, Ob. cit. pp.51-52.

del derecho, quien notó su existencia, lo adjetivó, le dio nombre y contenido[54].

Son esenciales, también, para el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional las contribuciones de los reconocidos procesalistas Couture, Calamandrei y Cappelletti[55], quienes acercaron con sus estudios los elementos propios de la llamada "*teoría general del proceso*", a la materia del derecho constitucional, que estaba tomando lugar en el sistema europeo después de la Segunda Guerra Mundial. Téngase en cuenta que el jurista italiano Piero Calamandrei, con sus estudios sobre los sistemas de control constitucional, representó un papel fundamental en la creación de la Corte Constitucional bajo la Constitución italiana de 1947.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por su parte, expresa que quien realmente configura al Derecho Procesal Constitucional como una ciencia que estudia y sistematiza las garantías constitucionales y la magistratura que las conoce fue su maestro Héctor Fix-Zamudio, a su vez discípulo de Niceto Alcalá Zamora y Castillo. En efecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor sostiene que Fix-Zamudio, en su trabajo relativo a "*La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo"* (1955), recoge los estudios de Hans Kelsen y Niceto Alcalá Zamora y es el primer jurista en definir y distinguir al Derecho Procesal Constitucional como:

> *"la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carletunianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales"*[56].

---

[54] Domingo García Belaúnde, "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, número 3, Madrid, 1999.

[55] *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, 1955.

[56] Héctor Fix-Zamudio, *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), cit. en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico* del *Derecho procesal constitucional (1928-1956),* ob. cit. p.138.

Como ya dijimos antes, el primer autor que usó el término Derecho Procesal Constitucional en Alemania fue Peter Häberle para quien el esto era un Derecho Constitucional concretizado. Le sirve al Tribunal Constitucional a concretizar la Ley Fundamental.[57] Como ya dijimos también otro de los grandes juristas en emplear y definir al Derecho Procesal Constitucional fue el español Jesús González Pérez, quien en su obra "*Derecho Procesal Constitucional"* (1980*),* afirmó la vinculación entre la teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal y las normas reguladoras del proceso constitucional.

Aparte de los valiosos aportes de autores como Sieyès, Jellinek, Hans Kelsen, Couture, Calamandrei y Cappelletti, Niceto Alcalá Zamora, Santi Romano, Héctor Fix-Zamudio, Jesús González Pérez, Peter Häberle deben tenerse en cuenta también, más recientemente, las obras de Manuel García Pelayo (*El Status del Tribunal constitucional,* 1981), Osvaldo Gozaíni (*Derecho Procesal Constitucional*, 1999), Javier Henao Hidrón (*Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, 2003), Ana Giacomette Ferrer (*La prueba en los procesos constitucionales*, 2014), Juan Manuel Acuña y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (*Curso de Derecho Procesal Constitucional,* 2015), Erándira Salgado Ledesma (*Manual de Derecho Procesal Constitucional*, 2015), Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico* del *Derecho Procesal Constitucional (1928-1956),* 2018, entre otros.

Por lo que se refiere a Venezuela, un antecedente remoto que podría considerarse relevante en el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional fue el ejercicio profesional del derecho del prócer de la independencia Don Juan Germán Roscio, en tres procesos especiales comprendidos entre los años 1797 y 1815. En efecto, Don Juan Germán Roscio bachiller en Leyes, Doctor en Cánones y Doctor en Derecho Civil, y uno de los máximos exponentes del pensamiento independentista y constitucional venezolano, interpuso varias acciones judiciales en defensa de derechos humanos supra-ordenados y garantizados por la corona española, las cuales pueden ser estimadas como antecedentes

[57] Peter Häberle, *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, JZ, Alemania, 1976.

fundamentales del amparo constitucional, y por ende, del Derecho Procesal Constitucional.

La primera acción interpuesta por Juan Germán Roscio fue en el año 1797 y consistió en la representación de Juan José De Ochoa, su esposa Isabel María Pérez y la hermana de esta, María Francisca Páez, en un juicio conocido como de "*limpieza de sangre*", incoado por el Síndico Procurador de Valencia en contra de dichas personas por "*defenestrar el sistema colonial*" y valerse de privilegios, como el uso de un tapete o alfombrilla al momento de la consagración en la misa, que sólo tenían los blancos mantuanos en aquella época. Juan Germán Roscio solicitó que se desaplicara dicha costumbre convertida en norma jurídica por estar en contradicción con las garantías otorgadas por el reino español a sus súbditos, que eran el principio de igualdad, dignidad humana y "*un concepto primario del derecho a la salud*", como derechos que tenía el ser humano por el mero hecho de la pertenencia a la especie independientemente de su clase social.

El segundo juicio incoado por Juan Germán Roscio fue contra el Ilustre Colegio de Abogados de Caracas con motivo a la decisión de inadmitirlo de por vida en su gremio, por considerar falsas unas supuestas actas y sin darle oportunidad de contradicción, no obstante que cumplía con todos los requisitos dispuestos en el estatuto de esa corporación para su admisión. En este caso, interpuso un escrito de amparo como solicitud de la intercesión del rey español a fin de garantizar los derechos que ha otorgado; es decir, pretendió solicitar la protección de garantías "supraordenadas" por la corona española por parte de ella misma.

Por último, en 1814 Juan Germán Roscio trazó además un precedente del Derecho Procesal Constitucional vinculado al *habeas corpus*, al solicitarle al príncipe regente inglés que, con fundamento en la Carta Magna de 1215, defendiera su derecho de *habeas corpus* y lo pusiera en libertad tras una aprehensión ilegítima efectuada por el gobernador británico de las provincias ultramarinas inglesas. En el año 1812, Juan Germán Roscio y otros revolucionarios venezolanos fueron apresados ilegalmente en Venezuela y conducidos al presidio en España y luego en África en 1813. En febrero de 1814, Don Juan Germán Roscio, Ayala y Cortés de Madariaga se fugaron de la cárcel de Ceuta, al norte de África, a Gibraltar, sin embargo, allí fueron devueltos a prisión por la

autoridad inglesa que regía en dicho territorio en colaboración con la autoridad española.

En 1814, específicamente el 11 de mayo, Don Juan Germán Roscio introdujo un recurso de *habeas corpus* ante el monarca británico, al considerar que siendo que no le habían respetado su derecho de *habeas corpus* en posesión inglesa, era el monarca quien debía hacerlo valer en su defensa y restituirle su libertad junto a la de Don José Cortés de Madariaga, Don Juan Pablo Ayala y Don Juan Paz del Castillo, con atención de la capitulación de fecha 25 de julio de 1812 dictada por el Generalísimo de los Ejércitos Francisco de Miranda, que establecía de forma notoria el perdón por las actuaciones revolucionarias de cada uno de ellos en Venezuela. De esta forma, miembros del parlamento británico y agentes del Príncipe Regente británico le otorgaron la razón a Roscio y a sus compañeros, y abogaron por la puesta en el territorio donde habían sido entregados los prisioneros.

La relevancia del documento de *habeas corpus* redactado por Don Juan Germán Roscio guarda "*una importancia inestimable para el estudio de nuestra disciplina, toda vez que es el ejercicio del Derecho Procesal Constitucional en una época sin constitucionalismo contra los férreos embates de la guerra más sanguinaria de independencia de Hispanoamérica*"[58].

Como ya indicamos antes, desde la primera Constitución de Venezuela, 21 de diciembre de 1811, se estableció el germen de este sistema de control de constitucionalidad cuando se establecieron las bases fundamentales del Estado de Derecho, el principio de separación de poderes y el de legalidad y el de la supremacía constitucional. En concreto se estableció que todo acto inconstitucional era "*nulo y tiránico*", los funcionarios podían relevarse de su cumplimiento y se facultó al Congreso "*para juzgar a los actores de actos inconstitucionales y para revisar los actos legislativos de las provincias…*". Luego, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se estableció por primera vez en la Constitución de Venezuela de 1858, en el artículo 113.8, que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia competencia para "*Declarar la nulidad de*

[58] César S. Pérez Guevara, *Vanidad, locura y entusiasmo. Tres casos de Juan Germán Roscio*, Centro Roscio, Caracas, 2019.

los actos legislativos sancionados por las Legislaturas Provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución". Esta atribución de la Corte Suprema, a partir de la Constitución de 1893, se amplió respecto de todas las leyes, decretos y resoluciones inconstitucionales (art. 110, ord. 8º)[59].

Para referirnos a la época reciente y de acuerdo a lo expresado por Brewer-Carías, el Derecho Procesal Constitucional comenzó a desarrollarse en el país a partir de lo dispuesto en la Constitución de 1947 que introdujo un cambio sustancial en el régimen político, estableció las bases de un régimen democrático e inició el control judicial del ejercicio del poder. Antes de la Constitución de 1947, en Venezuela comenzaron a aparecer los primeros trabajos bibliográficos relacionados con el tema de la justicia constitucional, entre los cuales destacan el publicado en 1941 por Pablo Ruggeri Parra: "*La supremacía de la Constitución y su defensa. Jurisprudencia del Alto tribunal venezolano (1870-1940)"* y "*Estudio sobre control constitucional"*, publicado en 1946. Después de la Constitución de 1947, fueron publicados los trabajos de José Guillermo Andueza sobre la "*Jurisdicción constitucional en el derecho venezolano"*, presentado como tesis de grado en la Universidad Central de Venezuela en el año 1955[60].

Durante la vigencia de la Constitución de 1961 no existía en Venezuela un órgano especializado que llevara adelante el control de la constitucionalidad, pero si había esta modalidad de justicia constitucional concentrada, pues la CSJ en Sala Plena tenía las competencias para controlar de manera exclusiva la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos del poder público. La Constitución de 1999 en los artículos 203, 214, 262, 334, 335, 336 y 339 estableció un sistema de justicia constitucional más acabado con diversos medios de impugnación y creó la Sala Constitucional con competencias sobre la materia. En efecto, dispone el artículo 262 que: "*El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político*

---

59 Allan Brewer-Carías, *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. p. 776. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/categoria-de-biblioteca/libros/tratados/

60 *Ibídem.*

Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica. La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores."

Luego de la Constitución de 1961 siguieron los trabajos relativos a la justicia constitucional de Humberto J. La Roche: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos* (1972), Allan R. Brewer-Carías: *El control de la constitucionalidad de los actos estatales* (1977); Orlando Tovar Tamayo, sobre *La jurisdicción constitucional* (1983); y otros más del profesor Brewer-Carías, sobre *Estado de derecho y control judicial (justicia constitucional, contencioso administrativo y amparo en Venezuela)* (1987), *Judicial Review in Comparative Law,* (1989); y posteriormente, en dos de los siete tomos de su obra sobre *Instituciones Políticas y Constitucionales* (1997), Brewer-Carías trató los temas sobre el *Derecho y acción de amparo*, y *La justicia constitucional*[61]. Tengamos en cuenta también el trabajo del Profesor Humberto Briceño León: *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, del año 1989.

Antes de la Constitución de 1999 las primeras distinciones de la jurisprudencia entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa las encontramos a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) del 14 de septiembre de 1993, caso "Presidente Carlos Andrés Pérez", que definió formalmente el acto administrativo y explicó las diferencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción constitucional. En ese sentido, el Magistrado Farías Mata definió lo siguiente:

> *"... puede evidenciarse que según la distribución de competencias que establece la propia Ley Originaria para hacer efectiva la garantía objetiva de la constitucionalidad en su artículo 216, todas las acciones de nulidad interpuestas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Carta Magna, y que –por tanto, desde el punto de vista de su rango, son equiparables a la ley (...), son del conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia en Pleno; mientras que cuando se impugne un acto administrativo*

[61] *Ibidem*.

del Poder Público, de carácter general o particular, -pero de rango sublegal, realizado en función administrativa- por contrariedad al derecho –y aún por razones de inconstitucionalidad-, la competencia corresponderá siempre a un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sea la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro Tribunal de los que la ley determina. ”

De esta forma, luego de estar durante muchos años confundido el control de la legalidad con el control de la constitucionalidad de los actos del poder público, la CSJ comenzó a delimitar con sus decisiones las funciones propias de uno y otro, lo que produjo el nacimiento del estudio del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela.

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se reimpulsaron los estudios relativos a la justicia constitucional y fueron publicados valiosos libros y artículos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

- Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*. *Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000.
- Allan Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.
- Allan Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales,* Editorial Porrúa, México 2007.
- Allan Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos de la Justicia Constitucional*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica 2012, libro publicado también en Caracas por el Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila.
- Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, *Sistema de amparo: Derecho Procesal Constitucional, un enfoque crítico y procesal del instituto*, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, 618

- Antonio J. Bello Lozano Márquez, *Lecciones de Derecho Procesal Constitucional: procesos judiciales de naturaleza constitucional*, Caracas, 2013.
- Jesús María Alvarado Andrade, "La necesaria disputa por el empleo de la expresión Derecho Procesal Constitucional en Venezuela" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 146, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 185-218;
- Gonzalo F. Pérez Salazar, "Justificación del estudio del Derecho Procesal Constitucional en Venezuela" en *Anuario de Derecho Público*, número 2, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 85-92; y
- Jesús María Alvarado Andrade, "Hacia la construcción de un Derecho Procesal Constitucional en Venezuela (Notas apreciativas críticas sobre nuestro sistema de justicia constitucional)", en *Revista de Derecho Público* número 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 21-57.

Se unen a la contribución de la doctrina sobre Derecho Procesal Constitucional, los aportes de las asociaciones científicas que incluyen institutos creados especialmente para el estudio del Derecho Procesal Constitucional, entre las cuales pueden mencionarse el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (1989), actualmente Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (2003); las asociaciones nacionales de Derecho Procesal Constitucional en países como Argentina, Chile, Colombia, México y Perú.[62]

En Venezuela tenemos el Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila fundado en 2012, que fue el primer centro de investigaciones a nivel universitario creado en el país con el objeto de estudiar y divulgar la disciplina del Derecho Procesal Constitucional y lo ha hecho especialmente a través de sus publicaciones, entre las que destacan:

[62] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico* del *Derecho procesal constitucional (1928-1956),* ob. cit. p. 47 y ss.

- Gonzalo Pérez Salazar y Luis Petit Guerra (Coordinadores), *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: los retos del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica en homenaje al Dr. Román Duque Corredor*, Universidad Monteávila-Centro Venezolano de Derecho Procesal Constitucional-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011.
- *La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho, en homenaje a Néstor Pedro Sagüés*, Universidad Monteávila, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2012.
- *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garantía de los Derechos Humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de Funeda*, Caracas 2013.

Este Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila ha tenido la labor de organizar y celebrar congresos en Venezuela sobre la materia, en los cuales tuve la oportunidad de participar como ponente en el año 2016 con una conferencia intitulada "Los poderes del juez constitucional"[63].

De igual forma contribuye a la autonomía del Derecho Procesal Constitucional, la tendencia frecuente y generalizada de crear asignaturas dedicadas al estudio de esta materia. Especialmente en Latinoamérica se imparte la materia en la licenciatura y en los estudios de postgrado en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, México, Panamá, Perú y Venezuela.

En Venezuela la Universidad Católica Andrés Bello, pionera en este tema como en tantos otros, fue la primera en crear la materia "*Derecho Procesal Constitucional"* que se dicta de manera regular en los cursos de pregrado de la licenciatura de Derecho y también en post

[63] V. Rafael Badell Madrid, "Poderes del juez constitucional". Conferencia dictada en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao*. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 155, Año 2016. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/

grado y doctorado. El contenido de esta materia se estudiaba, desde 1983, dentro del programa de estudios de la materia denominada Contencioso-administrativo. Allí se estudiaban conjuntamente las jurisdicciones constitucional y la administrativa; es decir, los procesos de inconstitucionalidad junto con los de ilegalidad. Recientemente, en el año 2019 se dividieron las materias y se creó la materia Derecho Procesal Constitucional. También hay una especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila, igualmente en Caracas.

Además de las disposiciones constitucionales que se refieren a la materia, en los ordenamientos jurídicos modernos se han dictado leyes o códigos que gobiernan y regulan de forma especial la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales. En Venezuela, no hay todavía una ley que regule la jurisdicción constitucional. Ésta está regulada de forma provisional en la LOTSJ, cuyo artículo 128 establece que "*Hasta tanto se dicte la ley que regula la Competencia Constitucional, las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo que dispone este capítulo*", refiriéndose dicha norma, al Capítulo II, titulado "De los Procesos ante la Sala Constitucional", que contiene los artículos que regulan desde los requisitos de la demanda hasta la conclusión del debate procesal (artículos 128 al 145).

En otros países se han dictado estas normas que vienen a complementar y desarrollar las disposiciones constitucionales sobre la justicia constitucional. En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989 y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España de 1979.

Algunas de estas leyes que regulan la jurisdicción constitucional se elaboraron por iniciativa de profesores de esta materia. Ese es el caso del Código Procesal Constitucional de la República del Perú, Ley 28237, del año 2004, cuyo anteproyecto fue elaborado por un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ese Código Procesal Constitucional fue el primero en Latinoamérica que reguló de manera orgánica, integral y sistemática, los diferentes procesos constitucionales y los principios procesales que los informan. En efecto, en 121 artículos, siete disposiciones finales

y dos disposiciones transitorias, regula *"los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución"*.

4. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

En obsequio a la claridad conviene distinguir entre el "Derecho Procesal Constitucional" que, ya hemos dicho, comprende el estudio de los órganos jurisdiccionales y los medios de impugnación dispuestos por la propia Constitución para hacer efectiva su vigencia y supremacía y que es también conocido como justicia constitucional; y el "Derecho Constitucional Procesal", cuyo estudio se encuentra en el ámbito del derecho constitucional y se refiere a los principios, valores y preceptos que, consagrados en la Constitución, rigen todos los procesos llevados ante los órganos judiciales, bien en materia civil, penal, administrativa, laboral, entre otros[64].

El Derecho Procesal Constitucional tiene como objeto esencial garantizar la supremacía de la Constitución y para ello el análisis de las garantías constitucionales, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. Sirve, como ya lo hemos dicho, para controlar el ejercicio del poder. El Derecho Procesal Constitucional reúne el conjunto de normas sobre los procesos constituidos para conocer pretensiones fundadas en la propia Constitución[65].

---

[64] Según Mac-Gregor, resulta interesante el debate entre Héctor Fix-Zamudio ("Sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional", en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 3, 1999, págs. 93-94) y Domingo García Belaunde, "Sobre la jurisdicción constitucional", en la obra colectiva *Sobre la jurisdicción constitucional* (compilador Aníbal Quiroga León), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, pág. 33 y ss., según el cual el primero sostiene la necesidad de distinguir el "derecho procesal constitucional" -rama del derecho procesal- del "derecho constitucional procesal" -rama del derecho constitucional-, en tanto que el segundo afirma que tal distinción constituye un mero juego de palabras.

[65] Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980. p. 50.

Por su parte, el Derecho Constitucional Procesal, se refiere a los derechos y sus garantías procesales, examina las instituciones procesales previstas en la Constitución: jurisdicción, garantías judiciales y garantías de las partes. El Derecho Constitucional Procesal comprende las normas referentes a los distintos procesos, así como los principios generales que deben informar la regulación procesal, con el fin de consagrar elementales garantías procesales.

4.1. Derecho Procesal Constitucional en la Constitución de 1999

4.1.1. De la prevalencia de la Constitución como norma suprema

En la Constitución de Venezuela, el Derecho Procesal Constitucional ha sido desarrollado a partir de su artículo 7, según el cual "*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*".

En efecto, el Derecho Procesal Constitucional está dispuesto en la Constitución venezolana para dar eficacia a los postulados contenidos en el artículo 7, que consagra los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, base sobre la cual descansa la justicia constitucional en el mundo.

Ahora bien, la Constitución ha establecido un régimen de protección a los principios, valores y preceptos constitucionales desde el punto de vista orgánico, mediante la creación de la SC como órgano jurisdiccional especializado en el control de la constitucionalidad; como desde una perspectiva procedimental, estableciendo una serie de mecanismos judiciales para salvaguardar el principio de supremacía constitucional tales como el control difuso, el control concentrado y el amparo constitucional.

4.1.2. Aspecto orgánico

La Constitución regula en sus artículos 262, 334, 335 y 336 el aspecto orgánico de la justicia constitucional en Venezuela, esto es, la

jurisdicción constitucional, la cual es ejercida de principalmente por la SC el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ).

El ejercicio de la jurisdicción constitucional por la SC supone que sólo a dicho órgano le corresponde ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pero no impide que la propia Constitución o las leyes, le atribuyan otras competencias en materia constitucional.

En la sección segunda del Capítulo III de la Constitución, relativo al Poder Judicial y el Sistema de Justicia, el artículo 262 establece dentro de la conformación del TSJ, la SC junto con las Salas Político-administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias son determinadas por su ley orgánica.

En efecto, dispone el artículo 262 que: "*El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica. La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores.*"

Ahora bien, la regulación de las competencias de la SC se hace en un título distinto al que rige el Poder Judicial, al ubicarse en el Título VIII, Capítulo I, intitulado "De la Garantía de esta Constitución".

Esta previsión, según se expresa en la Exposición de Motivos se hizo «*siguiendo una tendencia presente en España, Francia, Italia, Portugal, Rumania y algunos países latinoamericanos, cuyas constituciones regulan la justicia constitucional en un título o capítulo distinto del que se refiere al Poder Judicial*» y, en ese sentido, «*la Constitución incluye en el Título VIII un capítulo denominado "De la garantía de esta Constitución", que contiene las disposiciones fundamentales sobre la justicia constitucional* ***y consagra las principales competencias que corresponden a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.*** *Dicho Capítulo da eficacia a los postulados contenidos en el artículo 7° del Título I, que consagra los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, base sobre la cual descansa la justicia constitucional en el mundo*».

Téngase en cuenta que el artículo 334 de la Constitución dispone que: "…*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella*."

Por su parte, el artículo 335 de la Constitución señala que:

> *"Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.* ***Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República****".*

Pero además de esta facultad, la Constitución en su artículo 336 atribuye a la SC otras competencias en materia de justicia constitucional, a las cuales nos referiremos a continuación.

4.1.3. Aspecto procedimental

En Venezuela, la Constitución y la ley establecen una gama muy amplia de mecanismos procesales que están dispuestos como garantía fundamental de la Constitución y del Estado de Derecho. En primer lugar el artículo 334 de la Constitución, el artículo 20 del CPC y el artículo 19 del COPP establecen el control difuso, que ordena a todos los jueces del país, haciendo abstracción de su jerarquía, asegurar la integridad de la Constitución, es decir, hacer respetar su preeminencia sobre los demás actos del poder público, especialmente respecto de las disposiciones legislativas, pudiendo decidir sobre la constitucionalidad de las mismas al desaplicarlas para casos concretos, y con efecto inter partes.

De esta forma, dispone el artículo 334 de la Constitución que: "*Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de*

incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente."

En el mismo sentido, el artículo 20 del CPC dispone que "*Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia";* y el artículo 19 del COPP, establece que en el control de la constitucionalidad "*Corresponde a los jueces y juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional*".

De otra parte, el ordenamiento jurídico venezolano consagra el control concentrado de la constitucionalidad en los artículos 203, 214, 334, 335, 336 y 339 de la Constitución y 25 de la LOTSJ, como aquel ejercido por la SC, como órgano constitucional especializado que concentra la jurisdicción constitucional, y que supone la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sublegal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos *erga omnes*, y que además admite otras facultades como declarar la omisión, interpretación y revisión constitucional, para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y su uniforme interpretación y aplicación.

En ese sentido, el control concentrado de constitucionalidad se ejerce cuando el juez constitucional declara la nulidad por inconstitucionalidad de:

(i) las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional (artículo 336.1 de la Constitución);
(ii) las constituciones y leyes estadales, ordenanzas municipales, y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (artículo 336.2 de la Constitución);
(iii) los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional (artículo 336.3 de la Constitución); y
(iv) los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público (artículo 336.4 de la Constitución).

Así también, la Constitución consagra otras modalidades del control de la constitucionalidad, que se ejercen por el juez constitucional, de forma previa:

(i) cuando la actuación de la SC sea un requisito para su validez o vigencia (v.g. verificar la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación, artículo 336, numeral 5 de la Constitución; emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley pronta a ser promulgada, artículo 214 de la Constitución; y determinar, igualmente antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico que la Asamblea Nacional haya concedido a determinada ley, artículo 203 de la Constitución); la constitucionalidad de los decretos de estados de excepción, su contenido y prórrogas (artículo 339 de la Constitución);

(ii) cuando la SC deba pronunciarse sobre la ausencia misma del acto, caso de la omisión legislativa del poder legislativo municipal, estadal o nacional, establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (artículo 336, numeral 7 de la Constitución y numeral 7 del artículo 25 de la LOTSJ); y

(iii) cuando en su labor de interpretación, la SC deba fijar efectos que en el tiempo incidirán en los actos por venir en la ejecución de la norma interpretada (numeral 17 del artículo 25 de la LOTSJ y 335 de la Constitución).

Dichas facultades están recogidas además en el artículo 25 de la LOTSJ, el cual establece con amplitud, además, la facultad extraordinaria de la SC del TSJ de revisar:

(i) las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la SC; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales (artículo 25.10 LOTSJ);

(ii) las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales (artículo 25.11 LOTSJ); y
(iii) las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del TSJ y demás Tribunales de la República (artículo 25.12 LOTSJ).

Por último, cabe destacar, los jueces constitucionales tienen otras atribuciones concedidas por las disposiciones del artículo 336 de la Constitución y las del artículo 25 de la LOTSJ, como son las siguientes:

(i) declarar cuál disposición ha de prevalecer ante varias disposiciones legales de igual jerarquía (artículo 336.8 de la Constitución),
(ii) solucionar conflictos constitucionales que se susciten entre los órganos del Poder Público a nivel vertical (Nacional, Estadal y Municipal) y horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) (artículo 336.9 de la Constitución); y
(iii) el avocamiento que permite a la SC conocer y continuar las causas que cursen en cualquier tribunal, incluyendo las demás Salas del TSJ que, de acuerdo a su discreción, hagan presumir la violación del orden público constitucional (artículo 25.16 de la LOTSJ).

Así también, dispone la Constitución en su artículo 27, como mecanismo de protección de sus preceptos, la vía del amparo constitucional, conforme al cual toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Según el mencionado artículo 27, la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella (artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales[66]-LOA).

En ese sentido, por medio del amparo constitucional, el juez puede controlar tanto el acto cumplido como las amenazas de inminentes violaciones de derechos constitucionales.

4.2. Derecho Constitucional Procesal en la Constitución de 1999

En Venezuela, las normas fundamentales e instituciones de derecho procesal, clasificadas como Derecho Constitucional Procesal, aplicables para los distintos procesos llevados ante las distintas jurisdicciones administrativa, civil, penal, militar, entre otras, se encuentran delimitadas en los artículos 26, 27, 49, 257, 258, 259, 261, 271 y la Disposición transitoria cuarta de la Constitución.

En primer lugar, el artículo 26 establece el derecho general de acceder a los órganos de administración de justicia con el fin de hacer valer los derechos e intereses, tanto particulares como incluso los colectivos o difusos, tutelar los mismos de forma efectiva y a obtener de manera rápida y adecuada la decisión solicitada a los tribunales. Igualmente se refiere a los principios que el Estado venezolano debe garantizar: una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

El derecho al amparo constitucional se encuentra en el artículo 27, en el cual se aprecia su contenido como aquel que tiene toda persona de ser protegida por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y más allá de estos, aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Según el mencionado artículo 27 constitucional, el procedimiento de la acción de amparo constitucional debe ser oral, público, breve,

[66] Gaceta Oficial número 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo, en cuanto a este procedimiento se trate, será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo puede ser interpuesta por cualquier persona, y es un derecho que goza de tal preferencia que no puede ser afectado ni siquiera por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

De otra parte, uno de los artículos más importantes, por lo que se refiere al Derecho Constitucional Procesal, es el artículo 49 de la Constitución, que establece principios fundamentales a observar en todo procedimiento o proceso, de todas las actuaciones judiciales o administrativas.

En efecto, el referido artículo establece en el numeral primero que la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso.

El mismo numeral primero determina el derecho de toda persona de saber acerca de los cargos por los cuales se le investiga, así como para acceder a las pruebas y disponer del tiempo y de los medios adecuados para defenderse, siendo nula cualquier prueba obtenida mediante violación del debido proceso.

También, establece el numeral primero, el derecho genérico de apelación para toda persona que se vea afectada por el fallo, a menos de que lo prohíba la propia Constitución.

El artículo 49 en su numeral segundo contempla el principio de inocencia, el cual implica que solo podrá considerarse una persona culpable luego que, mediante el proceso o el procedimiento establecido legalmente para ello, y en el que haya dispuesto de los medios y el tiempo adecuados para defenderse, se demuestre su culpabilidad.

Por su parte, el numeral tercero del artículo 49 de la Constitución determina el derecho que tiene toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad.

El numeral cuarto de este artículo 49 sobre el debido proceso, consagra el derecho universal de las personas a ser juzgadas por sus jueces

naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales. Los jueces naturales son figuras, según este artículo, a las cuales los particulares tienen el derecho de acudir para algún juzgamiento y siempre bajo las garantías establecidas en la Constitución y las leyes. Todas aquellas personas sometidas a juicio, por orden expresa de la Constitución, deben ser informadas de la identidad de quien las juzga y no pueden ser procesadas por tribunales de excepción ni por comisiones creadas para tal efecto.

De otra parte, el artículo 49 dispone en su numeral quinto que "*Nadie puede ser obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad*", estableciendo de esa forma que solo pueden ser válidas en los procesos y procedimientos las confesiones realizadas voluntariamente (sin coacción de ninguna naturaleza).

Por supuesto se incluye también en este artículo 49, el principio de legalidad por el cual "*ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*" (numeral sexto del artículo 49 de la Constitución).

Asimismo, abarca el artículo 49 en su numeral séptimo el principio de la cosa juzgada, según el cual: "*ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente*".

Por último, la Constitución garantiza en su artículo 49, el derecho que tiene toda persona de solicitar del Estado el "*restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados*", quedando a salvo el derecho del particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado y del juez, y el derecho del Estado de actuar contra éstos.

El artículo 257 es la norma mediante la cual se constituye el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia; y así mismo, que las leyes que lo rigen deberán por ello tender a la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. Es regla constante en nuestra Constitución el principio de economía procesal, y no es menos importante el que ordena nunca sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

La justicia de paz, como parte integrante de la jurisdicción que admite la Constitución en su artículo 258 debe ser organizada en las comunidades mediante ley. Los jueces de paz serán elegidos por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. En el mismo artículo se contemplan como válidos, e incluso se ordena promover mediante la ley los medios alternativos de resolución de conflictos, como lo son el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios que se correspondan con dicho calificativo.

La jurisdicción, en la rama contenciosa administrativa, según el artículo 259, corresponde al TSJ y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos que estructuran esta jurisdicción "*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*".

Por su parte, el artículo 261 de la Constitución regula lo fundamental de la jurisdicción penal militar como parte integrante del Poder Judicial, al determinar que su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. Asimismo, delimita la competencia de los tribunales militares a los delitos de naturaleza militar, excluyendo los delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, los cuales -determina el propio artículo 261 de la Constitución- solo podrán ser juzgados por los tribunales ordinarios.

De otra parte, el artículo 271 señala los principios rectores para el procedimiento referente a los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos, al establecer que:

1) No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes.

2) Previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.
3) El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil.

La ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución.

Por último, la disposición transitoria cuarta, en su numeral cuarto ordena la creación de una Ley Orgánica Procesal del Trabajo, bajo la cual estén garantizados el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y las leyes.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho administrativo constitucional*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

BADELL MADRID, Rafael, "Poderes del juez constitucional". Conferencia dictada en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao*. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 155, Año 2016. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/

BREWER-CARÍAS, Allan *justicia constitucional y jurisdicción constitucional*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/categoria-de-biblioteca/libros/tratados/

_____, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América (con una Biblio verbi grafía del autor)*. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho de Venezuela", Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/Brewer/L-1080.pdf

CARBONELL, Miguel, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2009.

DE MIGUEL BÁRCENAS, Josu Y TAJADURA TEJADA, Javier, "Kelsen y Schmitt: Dos Juristas en Weimar", en *Revista de Historia Constitucional*, Nº. 20, 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Universidad de Oviedo, España, 2019. Disponible en: http://www.historiaconstitucional.com

DERMIZAKY PEREDO, Pablo, "El derecho procesal constitucional", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4, 2007, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, Bolivia. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539904002

DICEY, Albert, *The Law of the Constitution*, 8ed, Liberty Fund, reprint, originally Published, Indianapolis, 1915.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "En respuesta a encuesta" en Domingo García Belaúnde, y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, (Coords.) *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2006.

_____, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, segunda edición, editorial Tecnos, Madrid, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El Derecho Procesal Constitucional,* Tercera edición, Tomo I, Ed. Porrúa, México D.F., 2003.

_____, *El origen científico* del *Derecho procesal constitucional (1928-1956),* Editorial Ferrer Mac-Gregor, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2018.

_____, "Prólogo a la Edición Mexicana", en Ana Giacomette Ferrer, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2da edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo (1955)", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El origen científico* del *Derecho procesal*

constitucional (1928-1956), Editorial Ferrer Mac-Gregor, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2018.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, N° 3, Madrid, 1999.

_____, *El derecho procesal constitucional en perspectiva,* Ed. Porrúa, México, D.F., 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial, Madrid, España, 1985.

GARCÍA PELAYO, Manuel, "El Status del Tribunal constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 1, Madrid, 1981.

GIACOMETTE FERRER, Ana, *La Prueba en los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, Ed. UNAM, México, 1995.

HÄBERLE, Peter, *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, JZ, Alemania, 1976.

HITTERS, Juan Carlos, "El Derecho procesal constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional.* Tercera edición, Tomo I, Ed. Porrúa, México D.F., 2003,

JÁUREGUI ARRIETA, Carlos, *Breve historia del parlamento inglés y otros temas afines*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

JIMÉNEZ, William Guillermo, "Tribunales Constitucionales", en Liliana Estupiñán Achury; Carlos Hernández; William Jiménez (Editores Académicos), Tribunales *y justicia constitucional*, Tomo I, Universidad Libre. Facultad de Derecho, Doctorado en Derecho, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2017.

KELSEN, Hans *La garantía jurisdiccional, (La Justicia Constitucional),* Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001.

LANDA, Cesar, "Justicia Política en Perú", en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (Editores académicos), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Justicia y Política en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, Editorial Temis, Editorial Nomos S.A., Bogotá, 2018.

_____, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Urna, Ed. Palestra, 2004.

MANILI, Pablo Luis "Perfil del derecho procesal constitucional", en Palominos Manchego, José (Coord.). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde. Tomo I, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", en *Estudios Constitucionales,* Año 7, número 1, Santiago, 2009.

_____, "Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales", en *Revista de derecho,* Vol. XIV - Julio 2003.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, "El derecho procesal constitucional", en *Vniversitas*, número 54(109), Pontificia Universitada Javeriana, Bogotá, 2005. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14716

PÉREZ GUEVARA, César S., *Vanidad, locura y entusiasmo. Tres casos de Juan Germán Roscio*, Centro Roscio, Caracas, 2019.

PÉREZ TREMPS, Pablo, "La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina", en *Anuario*, Nº. 8, 2002, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Antofagasta, Chile, 2002.

PRIETO, Luis, "Voz Neoconstitucionalismo", en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional,* Porrúa y Universidad Autónoma de México, México, 2005, citado por H. Olano, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006. A su vez cit. en Eduardo Aldunate Lizana, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", en *Revista de Derecho* (Valdivia) v.23 n.1 Valdivia jul. 2010. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100004

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Editorial McGraw-Hill – Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal Constitucional.* Tomo I: Recurso extraordinario. Segunda edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea, 1989.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

SERRA RAD, María M., *Procesos y recursos constitucionales,* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992. En Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho

procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", en *Estudios Constitucionales,* Año 7, número 1, Santiago, 2009.

ZAGREBELSKY, en Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", en *Estudios Constitucionales,* Año 7, número 1, Santiago, 2009.

_____, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional,* Ed. FUNDAP México, D.F., 2004.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

LA LEY ANTIBLOQUEO: UNA MONSTRUOSIDAD JURÍDICA PARA DESAPLICAR, EN SECRETO, LA TOTALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS.*

SUMARIO

I. Una monstruosidad jurídica. II. El objeto del proyecto y la política económica. III. Base esencial del proyecto: la "desaplicación" del derecho. IV. El secreto como regla para la implementación de la ley y en particular respecto de la desaplicación de normas. V. El propósito fundamental de las medidas a desarrollarse en el marco de la ausencia total de derecho y del secreto de estado: la generación de recursos. 1. Medidas de financiación pública. 2. Medidas de desnacionalización generalizada. 3. Medidas de privatización de empresas públicas. 4. Medidas de restitución de empresas privadas confiscadas, expropiadas u ocupadas. 5. Medidas de promoción de la participación de capital privado en la economía. 6. Medidas de protección de la inversión privada. 7. Medidas de flexibilización total del régimen de contratación pública. Reflexión final.

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

Páginas: 1499-1519 ISSN: 0798-1457

I. UNA MONSTRUOSIDAD JURÍDICA

No existe una sociedad que no tenga ley, como tampoco puede existir un Estado sin Constitución, es decir, no hay Estado y sociedad que puedan existir cuando las reglas sociales se han degradado o eliminado, y no son respetadas.

Y es que la ausencia de derecho es lo más contrario a la organización de cualquier sociedad, así sea primitiva, o de cualquier Estado, y a esa situación es a la cual hemos llegado en Venezuela, donde ahora se pretende ir más allá, y "regularse" normativamente la anomia en la cual estamos inmersos; es decir, establecer formalmente en una supuesta "ley," esa situación de ajuridicidad, de desjuridificación o de completa ausencia de derecho.

Eso, y no otra cosa, es lo que ahora se pretende con el proyecto de "*Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*"[1] que el 1º de octubre de 2020 el Sr. Maduro ha presentado ante la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente,[2] la cual, por supuesto, carece de poder alguno para sancionar leyes -que sólo corresponde sancionar a la Asamblea Nacional (art. 187.1, Constitución), – y menos una "ley constitucional" que no existe en nuestro orden jurídico.[3]

Dicho Proyecto de ley es sin dudas, la más monstruosa, jurídicamente hablando, de todas las propuestas de decisiones que se han

---

1 Véase la reseña y el texto del documento en "Presidente Maduro presentó ante la ANC proyecto de Ley Antibloqueo," en *Aporrea*, 30/09/2020 ; disponible en: https://www.lapatilla.com/2020/09/30/este-es-la-ley-antibloqueo-presentada-ante-la-constituyente-cubana-documento/

2 Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017* Colección Estudios Jurídicos Nº 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017.

3 Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

adoptado en Venezuela desde 1999, pretendiéndose con ella, como se dijo, ante la ausencia de institucionalidad en el país, "decretarla" mediante un texto normativo, para "regular" en el mismo, de manera contradictoria, justamente la ausencia de derecho y de institucionalidad jurídica.

II. EL OBJETO DEL PROYECTO Y LA POLÍTICA ECONÓMICA

Como lo indica el artículo 1º del Proyecto, la supuesta "Ley Constitucional" que se propone "tiene por objeto *establecer un marco normativo especial y temporal* que provea al Poder Público venezolano de *herramientas jurídicas"* que consisten, en esencial, en la "desaplicación," en secreto, de la totalidad del ordenamiento jurídico, para simplemente ejecutar una política económica la cual se define como la que busca "contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria, los efectos nocivos generados por la imposición, contra la República y su población," de lo que se califican como "medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de éstos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos."

Dichas medidas, se afirma en la norma, "afectan los derechos humanos del pueblo venezolano, implican atentados contra el Derecho Internacional y, en su conjunto, constituyen crímenes de lesa humanidad" (art. 1); afirmaciones con las cuales se busca, quizás, pretender ignorar las "*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (443 pp.),* [4] presentadas apenas unos días antes, exactamente el 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019, en las cuales efectivamente se calificaron los crímenes ocurridos en Venezuela contra los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad.

[4] Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

La política económica – o de cambio de la misma – que se pretende implementar con tal Proyecto de Ley, en realidad, no es nada nueva, ya que sus líneas, todas, están en la Constitución que se pretende ignorar totalmente -, como son, tal como se enumeran en diversos artículos del proyecto: el "desarrollo armónico de la economía nacional orientado a generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país" (art. 3.2), "el "derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales" (art. 3.3), la protección de los "derechos de terceros, incluidos otros Estados, inversores y otras personas naturales o jurídicas que se relaciona con la República" (art. 5.3), el "asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos humanos, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida" (art. 6); desarrollar sistemas compensatorios del salario o del ingreso real de los trabajadores y trabajadoras (art. 16.1); "recuperar la capacidad de proveer servicios públicos de calidad (art. 16.3); "impulsar la capacidad productiva nacional, sobre todo de las industrias estratégicas y la sustitución selectiva de importaciones" (art. 16.4); "restituir progresivamente el valor de las prestaciones sociales, beneficios acumulados y ahorros obtenidos por los trabajadores y las trabajadoras del país" (art. 20); "la implementación de políticas públicas nacionales en materia de alimentación, salud, seguridad social, provisión de servicios básicos y de otros bienes económicos esenciales" (art. 21).

Como lo comentó Ramón Peña, en realidad:

> "El proyecto de tal ley es una retórica incoherente, en colcha de retazos, a ser aprobada por la ilegítima asamblea constituyente. Promete fantasías como "recuperación de la capacidad de ahorro del venezolano…servicios públicos de calidad…impulso a la inversión privada… pleno disfrute de los derechos humanos…" En otras palabras, devolverle a los venezolanos todo lo que ellos mismos han arrasado en estas dos décadas."[5]

[5] Véase Ramón Peña, "El Anti-bloqueo: la panacea," en *The world News,* 4 de octubre de 2020, disponible en: https://theworldnews.net/ve-news/el-anti-bloqueo-la-panacea-por-ramon-pena

La realidad es que para ejecutar tales políticas económicas bastaría con definir un *cambio* de orientación de la misma desde el gobierno, que hasta ahora se ha enmarcado en las del denominado "Socialismo del Siglo XXI," lo que incluso podría hacerse utilizando los extraordinarios e inconstitucionales poderes que el Ejecutivo se atribuyó a sí mismo, fuera de todo marco constitucional, con ocasión de la situación de "emergencia económica" que ha sido decretada sucesivamente desde 2016, conforme a la cual puede tomar materialmente cualquier decisión.[6] Toda la inconstitucionalidad que ha acompañado esos decretos, sin embargo, ni siquiera ha tenido alguna utilidad.

Pero ahora por lo que ha optado el Ejecutivo Nacional es por proponer un marco "normativo," *para regular la ausencia de derecho*, en el cual se lo autoriza a tomar todo tipo de medidas, sin límites, siguiendo la misma conducta que sugiere el dicho popular, "como vaya viniendo, vamos viendo,"[7] pero partiendo de la base general de que exista una situación de desaplicación o suspensión de la vigencia de toda norma del ordenamiento jurídico, mientras la Ley esté en vigencia, e incluso más allá de la misma, dándose origen así, a un nuevo término, que ahora se inventa, en el campo de la vigencia temporal de la ley.[8]

---

[6] Véase el decreto No. 6214 de 14 de enero de 2020, *Gaceta Oficial* Extra. N. 6219 de 11 de marzo de 2016. Allan R. Brewer-Carías, "La usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica," en *Revista de Derecho Público,* No. 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 444-468.

[7] Aplicando la célebre frase de Eudomar Santos, el famoso personaje de la televisión venezolana, en la telenovela "Por estas calles" de *Radio Caracas Televisión* de los años ochenta del siglo pasado.

[8] Como lo ha expresado Luis Brito García, "el término "desaplicación" es una especie de neologismo en el campo jurídico, que parece implicar la potestad de ignorar o violar disposiciones legales e incluso constitucionales sin necesidad de derogarlas." Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," *News Ultimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://theworldnews.net/ve-news/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia; en https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/ ; y en https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/especial/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia/. Estoy seguro de que Luis Brito, mi compañero de curso en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela hace más de 60 años, recodará, tanto como yo, las clases del querido profesor Joaquín Sánchez Covisa, y sobre todo, su libro: *La vigencia temporal de la ley en el derecho venezolano,* Caracas ---, y constatar cómo esta nueva figura de la "desaplicación" de normas por vía administrativa, no es otra cosa sino un soberano disparate.

Y lo más insólito de este "novedoso" texto legal, que como se dijo, está basado en la desaplicación de todo el ordenamiento jurídico existente, es que se prevé que será implementado dentro del marco expreso de una ausencia total de transparencia, es decir, en el proyecto se ha regulado expresamente que el mismo será implementado en secreto, es decir, en un marco de la reserva y confidencialidad totales, contrario a todo lo que pueda ser una buena Administración

III. BASE ESENCIAL DEL PROYECTO: LA "DESAPLICACIÓN" DEL DERECHO

En el Proyecto de Ley Antibloqueo, lo que más destaca del mismo, sin que se haya hecho referencia alguna al respecto en las alocuciones oficiales sobre el mismo, es la previsión de la "Disposición Transitoria Segunda," en la cual, pura y simplemente se dispone que:

> "*Quedan suspendidas* las normas que colidan con lo dispuesto en esta Ley Constitucional, la cual siempre tendrá *aplicación preferente* incluso respecto de leyes orgánicas y especiales que regulen las materias que tratan dichas disposiciones, *aún ante el régimen derivado del Decreto mediante el cual se acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica* en todo el territorio Nacional […]."

Es decir, para la adopción de las medidas que adoptaría el Ejecutivo Nacional para ejecutar la política económica – o el cambio de la misma – que se pretende, puede decirse que no hay normas jurídicas preestablecidas, pues si las hay, desde ya quedan "suspendidas," incluyendo las de rango constitucional. Mayor inconstitucionalidad es imposible. Como lo observó Luis Brito García:

> "una Disposición Transitoria de rango legal no puede derogar ni "desaplicar" normas constitucionales relativas a la inmunidad de jurisdicción, libertad de información, régimen presupuestario y en general otras normas de la Carta Magna que colidan con ella, ni puede tampoco derogar en masa normas legales que resulten de la aplicación directa de la normativa constitucional y sean coherentes

> con el espíritu, propósito y razón de aquella, sobre todo si tenemos en cuenta que nuestra vigente Constitución fue sancionada en referendo aprobatorio por la mayoría del pueblo venezolano. Para despojarla total o parcialmente de su vigencia, serían indispensables procedimientos iguales a aquellos que se la confirieron."[9]

Pero no termina allí la regulación de la "desregulación" o ausencia de juridicidad que se pretende, sino que lo mismo se repite y regula detalladamente, en los artículos 17 a 19 de la Ley, en los cuales si bien se circunscribe a la "desaplicación de normas solo […] en la implementación de las medidas de equilibrio macroeconómico, comercial y de inversiones" indicadas en la Ley (art. 19), se regula la potestad del Ejecutivo Nacional, en general para "*autorizar la desaplicación de determinadas normas legales, para casos específicos*," como lo dispone el artículo 17 "cuando resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas generan a la actividad administrativa, o cuando ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano frente a cualquier acto de despojo o inmovilización, o a mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan el flujo de divisas."[10].

El reino de la arbitrariedad que implica esta potestad absoluta de decidir cuándo se aplica o no una norma constitucional, legal o reglamentaria, cuyo ejercicio por supuesto solo podría originar actos nulos viciados de nulidad absoluta,[11] solo se limitó levemente al exigirse que

---

[9] Véase Luis Brito García, "Proyecto Ley Antibloqueo," en *Primicias 24.com*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

[10] Con esto, como lo observó Luis Brito García, "Un solo poder, el Ejecutivo, podría así anular a voluntad las normas del Poder Legislativo, sin necesidad de pronunciamiento del Poder Judicial, concentración de potestades que ahondaría el conflicto entre Poderes actual […]" Véase Luis Brito García, "Proyecto Ley Antibloqueo" *Primicias 24.com*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

[11] Como lo ha expresado Luis Brito García, "el. Tal "desaplicación" sólo generaría actos nulos, conforme al principio de legalidad de los actos de los poderes públicos, enunciado en los artículos 25, 137 y 218 de la vigente Constitución." Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," en *News Ultimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://

se elabore un cada caso un "informe técnico" – por supuesto nada jurídico - , para determinar "con claridad los dispositivos desaplicados y el fundamento de tal desaplicación" (art. 36), y que la suspensión es "indispensable para la adecuada gestión macroeconómica, la protección e impulso de la economía nacional, la estabilidad del sistema productivo y financiero locales, la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala, o la consecución de recursos para garantizar los derechos básicos del pueblo venezolano y el sistema de protección social estatal" (art. 18).

La Ley, en todo caso, estableció un límite general para el ejercicio de esta potestad única y novedosa de "desaplicar el derecho," al indicar expresamente que "en ningún caso podrán desaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos" (art. 19) –producto, sin duda, de un aislado destello de sensatez de sus redactores– .

El otro límite que se estableció no logró superar la insensatez general del Proyecto, al establecer que tampoco puede "desaplicarse" las normas "relativas a la división del Poder Público" (art. 19), pero agregando siempre "*que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias*," lo que implica, por ejemplo, que si la Constitución y la ley determinan que un acto del Ejecutivo Nacional está sujeto a la aprobación o autorización de la Asamblea Nacional, la norma sin embargo puede ser suspendida,[12] tal como ya ocurrió en el marco de los decretos de emergencia económica en los cuales desde el inicio el Presidente se autorizó a sí mismo a suscribir contratos de interés nacional sin la aprobación autorización de la Asamblea Nacional,[13] y como ocurre desde

theworldnews.net/ve-news/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia ; en https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/ ; y en https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/especial/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia/

[12] Como lo observó Jun Manuel Raffalli: "El Proyecto permite desaplicar normas, suscribir contratos y cualquier acto o negocio jurídico sin autorización legislativa, solo bajo la lupa de la dócil "Contraloría." Véase Juan Manuel Raffalli "Proyecto de Ley Antibloqueo crea cuarto oscuro que impide conocer documentos y procesos," en *Lapatilla.com*, 1 de octubre de 2020, disponible en https://www.lapatilla.com/2020/10/01/juan-manuel-raffalli-proyecto-de-ley-antibloqueo-crea-cuarto-oscuro-que-impide-conocer-documentos-y-procesos/

[13] Véase Allan R. Brewer-Carías, "El control político de la Asamblea Nacional respecto de los decretos de excepción y su desconocimiento judicial y Ejecutivo con ocasión de la emergencia económica decretada en enero de 2016**,** en *VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, *Homenaje al Prof. Carlos Ayala Corao*, *10 y 11 noviembre 2016*, FUNEDA, Caracas 2017. pp. 291-336 .

2016, en el marco de la situación de desacato en la cual la Sala Constitucional ha colocado inconstitucionalmente a la Asamblea Nacional.[14]

IV. EL SECRETO COMO REGLA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY Y EN PARTICULAR RESPECTO DE LA DESAPLICACIÓN DE NORMAS.

El marco de inseguridad jurídica regulado expresamente en el proyecto de Ley, basado en la potestad otorgada al Ejecutivo Nacional para desaplicar todo tipo de normas que se considere indispensable para ejecutar las medidas destinadas a implementar los objetivos de la Ley, se completa en una forma por demás aberrante y asombrosa, al disponerse que dicha "desaplicación" de normas, debe necesariamente hacerse en el marco oculto de lo secreto, de espaldas y fuera del conocimiento de los ciudadanos. El Proyecto de Ley, como lo observó Raffalli, sin duda, "crea un *cuarto oscuro* que impide conocer documentos y procesos."[15]

Es elemental que para que cualquier ley o norma pueda tener efectos jurídicos sobre los ciudadanos, la misma tiene que ser publicada, no siendo necesario ser abogado para saberlo. Sin embargo, de acuerdo con los redactores de este proyecto, la desaplicación de las normas de la Constitución y las leyes, que también afecta a todos los ciudadanos, se declararía en cambio como una actividad secreta del Estado, con lo cual se coloca al ciudadano, simplemente, en la absurda situación de no saber ni poder saber -porque está prohibido, por ser secreto - cuál norma está o no en aplicación. Y en ese marco se pretende precisamente implementar unas medidas para "atraer" inversionistas, que lo primero que requieren en cualquier parte del mundo, es seguridad jurídica.

---

[14] Véase Allan R. Brewer-carías, "La paralización de la Asamblea Nacional: la suspensión de sus sesiones y la amenaza del enjuiciar a los diputados por "desacato," en *Revista de Derecho Público*, No. 147-148, (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 322-325

[15] Véase Juan Manuel Raffalli "Proyecto de Ley Antibloqueo crea cuarto oscuro que impide conocer documentos y procesos," en *Lapatilla.con*, 1 de octubre de 2020, disponible en https://www.lapatilla.com/2020/10/01/juan-manuel-raffalli-proyecto-de-ley-antibloqueo-crea-cuarto-oscuro-que-impide-conocer-documentos-y-procesos/

La muestra más patente de esta aberración jurídica, se puede encontrar en el artículo 36 del Proyecto de Ley, que dispone que:

> "Se declaran *secretos y reservados los procedimientos*, actos y registros efectuados *con ocasión de la implementación de alguna de las medidas establecidas* […en] esta Ley Constitucional, que *supongan la desaplicación de normas de rango legal* […]".

Como si esto no fuera suficiente, con base en esa disposición general de reserva y secreto, el artículo 34 establece lo que se denomina un "régimen transitorio sobre *reserva, confidencialidad y de divulgación limitada* de información," "destinado a proteger y asegurar la efectividad de las decisiones tomadas por el Poder Público venezolano en el marco de la protección del Estado contra las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas." - que de transitorio no tiene nada pues dura, como se indica en la norma transcrita (art. 36) hasta 90 días después de que cesen las medidas que se busca contrarrestar."

Además, el mismo artículo 34 de la Ley insiste en el tema de la confidencialidad y secreto, al autorizar a "las máximas autoridades de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada, para otorgar, "por razones de interés y conveniencia nacional," "el *carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia*, que en cumplimiento de sus funciones estén conociendo, en aplicación de esta Ley Constitucional," lo cual debe hacerse "por acto debidamente *motivado*, por tiempo determinado y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos adversos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas impuestas." Lo último, por supuesto, resulta un ejercicio inútil, pues la motivación de los actos estatales es para poder controlar su legitimidad, legalidad y proporcionalidad; sin embargo, como son secretos, para nada sirve exigir su motivación.

La consecuencia de la declaración de confidencialidad, es que dicha documentación así calificada, "será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad," destacándose en su "portada la advertencia correspondiente, expresando la restricción en el acceso y divulgación y las responsabilidades a

que hubiera lugar para aquellos funcionarios o personas que puedan infringir el régimen respectivo."

Pero hay otra consecuencia de esta regulación expresa de la falta de transparencia y es, como lo dice el artículo 35 del proyecto, el establecimiento de una prohibición al "acceso a documentación que haya sido calificada como confidencial o reservada," lo que implica que de los mismos no pueden "expedirse copias simples ni certificadas."

Esta prohibición de acceso prevista, en general, en el artículo 35 y desarrollada en particular en el artículo 34, es por supuesto totalmente incompatible y contradictoria con lo que el mismo artículo 34 prevé como supuesto derecho de las personas de poder tener "acceso a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, […] de forma que no se vea afectada la eficacia de las medidas para contrarrestar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas, ni el funcionamiento de los servicios públicos, así como tampoco la satisfacción de las necesidades de la población por la interrupción de procesos administrativos destinados a ello."

Si todo es confidencial, secreto y de acceso restringido, lo cual, por supuesto es violatorio de la Constitución,[16] no puede garantizarse derecho alguno de acceso.

V. EL PROPÓSITO FUNDAMENTAL DE LAS MEDIDAS A DESARROLLARSE EN EL MARCO DE LA AUSENCIA TOTAL DE DERECHO Y DEL SECRETO DE ESTADO: LA GENERACIÓN DE RECURSOS

Ahora bien, establecido el marco conforme al cual se pretende lograr el objetivo de la Ley definido en su artículo 1º citado, que sería "contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria, los efectos nocivos generados por la imposición, contra la

[16] Como lo observó Luis Brito García, "el régimen de "confidencialidad" y "reserva" al cual se someten dichas informaciones, puede restringir la libertad de obtener y difundir información, consagrada en el artículo 28 de la Constitución. Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," en Promicias24.com, 3 de octubre de 220, disponible en: https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

República Bolivariana de Venezuela y su población, de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas," el propósito último de las medidas que se pretende implementar para ejecutar las políticas o cambio de política económica que se pretende llevar a cabo al margen del derecho y en plena situación de secreto de Estado, es el "generar recursos" que, según dispone el artículo 16:

> "se registrarán separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional y se destinarán a la satisfacción de las derechos económicos, sociales y culturales del pueblo venezolano, así como a la recuperación de su calidad de vida y la generación de oportunidades a través del impulso de sus capacidades y potencialidades."[17]

De manera que las medidas se adoptarían al margen del ordenamiento jurídico, de manera secreta, y generarían una contabilidad separada, en una nueva irregularidad.

VI. MEDIDAS EJECUTIVAS PREVISTAS PARA IMPLEMENTAR LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS DEFINIDAS

En el Proyecto de Ley, a los efectos de la implementación de las políticas económicas – o cambio de la política económica – indicadas, mediante los recursos que se obtengan, se pueden definir los siguientes grupos de medidas públicas:

1. Medidas de financiación pública

En primer lugar, ***medidas de financiación pública***, al disponer el Proyecto como objetivo, "crear e implementar mecanismos financieros a gran escala" (art. 20), o "crear o autorizar nuevos mecanismos o fuentes de financiamiento en cualquiera de sus formas" (art. 21); agregando

[17] Como lo ha observado Luis Brito García, " Parecería así que se dispone de todos los ingresos generados para colocarlos en una especie de Presupuesto o de Tesoro separado y aparte, posiblemente de uso discrecional, para las excelentes finalidades que el mismo artículo indica. Dicha propuesta colide con lo pautado en los numerales 6 y 7 del artículo 187 de la vigente Constitución" y con los artículos 314 y 315. Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo" en Promicias24.com, 3 de octubre de 220, disponible en: https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

en el artículo 29 que "a los fines de proteger las transacciones que involucren activos financieros de la República y sus entidades, el Ejecutivo Nacional podrá autorizar *la creación e implementación de cualquier mecanismo financiero* que permita mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales restricciones y otras amenazas que motivan esta Ley Constitucional, incluyendo el uso de criptoactivos.".

Ante este enunciado, como bien lo observó Luis Brito García:

> "cabe destacar que no se explica cuáles podrían ser estos "nuevos mecanismos o fuentes." Los tradicionales aplicables a tales efectos son el sistema tributario, la enajenación de los bienes públicos, la emisión de moneda, la producción de ganancias por entes públicos, o el crédito público. Cada uno de ellos está cuidadosamente regulado y pautado en la Constitución y las leyes vigentes, cualquier procedimiento "nuevo" debería estarlo también."[18]

2. Medidas de desnacionalización generalizada

En segundo lugar, una ***política de desnacionalización generalizada***, pues todo lo que se persigue con la Ley implica la desaplicación de todas las Leyes de nacionalización o reserva al Estado de actividades económicas, comenzando por las referidas a la industria y la comercialización de hidrocarburos (Ley Orgánica de Hidrocarburos 2001 y Ley Orgánica de reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos, 2008); la industria del mineral de hierro (Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria de la explotación de Mineral de hierro, 1974 y Ley Orgánica de nacionalización de la industria del hierro y acero, 2008), la industria petroquímica (Ley que reserva al Estado las actividades petroquímicas, 2009), la industria del cemento (Ley Orgánica que reserva al Estado la industria del cemento, 2007), los servicio conexos con la industria petrolera (Ley Orgánica de reserva al Estado de los servicios y actividades conexos con la industria petrolera, 2009); y las actividades relativas con la explotación de oro (Ley Orgánica

[18] Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," en *Promicias24.com*, 3 de octubre de 220, disponible en: https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, 2011).

En particular, el proyecto autoriza expresamente al Ejecutivo Nacional para que "cuando resulte necesario para proteger sectores productivos fundamentales del país y los actores que participan en ellos" proceda al "levantamiento de restricciones a la comercialización para determinadas categorías de sujetos, en actividades estratégicas de la economía nacional" (art. 28). Por ello, con razón, Luis Manuel Raffalli observó que con el proyecto: "Se abre la posibilidad de otorgar contratos incluso en actividades reservadas al Estado, obviando leyes como la del Régimen de Concesiones y la de Contrataciones Públicas."[19]

Todo ello apunta, en particular, a la desnacionalización total de la industria petrolera y de la comercialización de los derivados del petróleo – gasolina -, con la única y exclusiva limitación consistente en que Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), que es la empresa holding de la industria petrolera, debe permanecer con la totalidad de sus acciones en propiedad del Estado, conforme se indica en el artículo 303 de la Constitución - al cual se hace referencia en los artículos 22, 24 y 25 del Proyecto.[20] Pero fuera de ello, todas las empresas del Estado subsidiarias o filiales de PDVSA pueden ser total o parcialmente privatizadas, sin límites.

Con ello, incluso, desaparece el concepto mismo de empresa mixta o de participación accionaria del Estado en más del cincuenta por ciento de su capital que se regla en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, pudiendo las filiales de PDVSA, todas, pasar a capital privado, sin límites, dada la suspensión de la aplicación de la Ley y de manera secreta.

---

[19] Véase Juan Manuel Raffalli "Proyecto de Ley Antibloqueo crea cuarto oscuro que impide conocer documentos y procesos," en *Lapatilla.com*, 1 de octubre de 2020, disponible en https://www.lapatilla.com/2020/10/01/juan-manuel-raffalli-proyecto-de-ley-antibloqueo-crea-cuarto-oscuro-que-impide-conocer-documentos-y-procesos/

[20] Luis Brito, con razón al comentar la referencia que se hace en la Ley al mencionar el artículo 303 de la Constitución dice que es: "indispensable aclarar si la expresión "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 303" significa una derogación de dicha norma, que no hay que tomarla en cuenta, o que se la respeta, interpretación esta última que consideramos la adecuada." Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," en *Promicias24.com*, 3 de octubre de 220, disponible en: https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

3. Medidas de privatización de empresas públicas

En tercer lugar, como consecuencia de la anterior, están las ***medidas de privatización de empresas públicas***, al autorizarse en la Ley al Ejecutivo Nacional, para "la *celebración de todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios* sin perjuicio de lo establecido en el artículo 303 de la Constitución" (es decir, sin que se pueda varias la propiedad total del Estado de las acciones de PDVSA), con el objeto de proteger y de "impedir o revertir actos o amenazas de inmovilización, despojo o pérdida de control de activos, pasivos e intereses patrimoniales de la República o de sus entes, por efecto de la aplicación de las medidas coercitivas unilaterales, restricciones y otras amenazas." (art. 22).

A los efectos de la privatización de empresas públicas, en el proyecto de ley se definieron ***medidas de reorganización total del sector empresarial público,*** autorizándose al Ejecutivo Nacional, conforme a la política de desnacionalización generalizada antes mencionadas, para "modificar los mecanismos de constitución, propiedad, gestión, administración y funcionamiento de empresas públicas o mixtas, tanto en el territorio nacional como en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 303 de la Constitución." (art. 24). Además, la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional para:

> "proceder a la organización y reorganización de los entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país, en procura de su modernización y adaptación a los mecanismos propios de la práctica mercantil del Derecho Internacional Privado adecuados al objeto y fin del respectivo ente, mejorando su funcionamiento, relaciones comerciales, financieras o la inversión del Estado venezolano. La organización o reorganización debe garantizar primordialmente la salvaguarda del patrimonio de la República y sus entes" (art. 23)

4. Medidas de restitución de empresas privadas confiscadas, expropiadas u ocupadas

En particular, en el marco de las medidas de desnacionalización y privatización en el Proyecto se definen ***medidas de restitución de activo***

a quienes fueron despojados de los mismos, previéndose en el artículo 27, que:

> "impliquen la gestión u operación de activos se encuentren bajo administración del Estado venezolano como consecuencia de alguna medida administrativa o judicial restrictiva de alguno de los elementos de la propiedad, se respetarán los derechos de quien demuestre ser su legítimo propietario conforme a la legislación vigente, procurando priorizar su participación en la respectiva alianza o a través de acuerdos con el Estado para la *restitución de sus activos* cuando ello implique la pronta puesta en producción de dichos activos mediante un plan debidamente sustentado."

Esto implica la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de privatizar todas las empresas e industrias que fueron expropiadas o confiscadas durante los lustros pasados, no sólo mediante medidas administrativas, sino judiciales, incluso pudiendo convenir con sus antiguos dueños su restitución.

Como lo observó Luis Brito García:

> "Parecería ser que se otorgan potestades absolutas para dejar sin efectos cualquier "medida administrativa o judicial restrictiva de alguno de los elementos de la propiedad", aparentemente para devolver activos apropiados, comprados, confiscados expropiados o sometidos a un régimen especial o a los cuales se retiró una concesión por las autoridades venezolanas. Para ello no sólo se "desaplican" disposiciones legislativas: también medidas o más bien sentencias judiciales."[21]

[21] Brito García agregó: "En lugar de ampliar los bienes de propiedad pública o bajo administración social, como corresponde a un gobierno socialista, se amplía y fortalece la propiedad del sector privado, y sobre todo del internacional, incluso la que esté afectada por medidas ejecutivas, legislativas o judiciales." Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," *News Ultimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://theworldnews.net/venews/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia. En otro lugar Brito agrega que con la norma "se pretende dejar sin efectos cualquier "medida administrativa o judicial", irrespetando la autonomía y separación de los poderes, para traspasar cualesquiera "activos que se encuentren bajo administración del Estado" a quien alegue ser su propietario. Alegato que no pasa de tal, si una medida judicial lo ha declarado sin lugar. Esto equivale, no sólo a invalidar las decisiones del Poder Legislativo mediante la "desaplicación" de normas, sino

5. Medidas de promoción de la participación de capital privado en la economía

En quinto lugar***, medidas de promoción de la participación de capital privado en la economía nacional,*** en una aparente reversión radical de la política estatizadora de las últimas dos décadas, mediante "la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala" (art. 18), previéndose que el Ejecutivo Nacional puede "autorizar e implementar medidas que estimulen y favorezcan la *participación, gestión y operación parcial o integral del sector privado nacional e internacional* en el desarrollo de la economía nacional" (art. 27).

El proyecto de Ley, además, para "incrementar el flujo de divisas hacia la economía y aumentar la rentabilidad de los activos," entre otras finalidades, previó que el Ejecutivo nacional podía "elaborar e implementar operaciones de *administración de pasivos*, así como de *administración de activos*, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales," con la sola limitación antes mencionada de que las acciones de PDVSA seguirían en poder del Estado conforme al artículo 303 de la Constitución (art. 25). Con estas medidas, como lo observó Luis Brito García, se estaría autorizando más bien a la disposición o venta de activos de la Nación en forma indiscriminada, expresado:

> "Las mencionadas "operaciones de administración de pasivos, así como de administración de activos" parecerían más bien un eufemismo para referirse a la "disposición" de ellos, vale decir, a su venta, subasta, donación o entrega discrecional. Para dichas operaciones existen procedimientos legales obligatorios en nuestra legislación, que no es procedente violentar o desaplicar so pena de causar la nulidad de lo actuado.[22]

---

también a dejar sin efectos los fallos del Poder Judicial." Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," en *Primicias24.com,* 3 de octubre de 2020, disponible en https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

[22] Véase Luis Brito García, Proyecto Ley Antibloqueo," *News Ultimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://theworldnews.net/ve-news/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia ; y en https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/

6. Medidas de protección de la inversión privada

En sexto lugar, una ***política de protección de la inversión privada*** pudiendo el Ejecutivo nacional acordar conforme al proyecto de Ley, "con sus socios e inversionistas, por el plazo establecido contractualmente, *cláusulas de protección de su inversión, a los fines de generar confianza y estabilidad jurídica*," (art. 31), o sea, poder suscribirse "contratos de estabilidad jurídica" que la Ley de Protección de Inversiones de 1999 estableció y que nunca pudieron suscribirse por considerarse que eran contrarios al interés nacional.

En el marco de la *protección de la inversión extranjera*, el artículo 31 del Proyecto de Ley permite además expresamente acudir a la figura del *arbitraje* para la solución de controversias al preverse que la República, "agotados los recursos judiciales internos disponibles" puede "participar y hacer uso de otros *mecanismos de solución de controversias*," lo que sin duda, se refiere al arbitraje internacional, figura jurídica que sin embargo, fue muy vilipendiada en los pasados lustros por considerarse contrario al interés nacional.

En el marco de estímulo a la iniciativa privada, en particular, el proyecto se refirió a lo que denominó "iniciativa social," previendo que el Ejecutivo Nacional debe crear e implementar "programas que permitan y aseguren la inversión por parte de los profesionales, técnicos, científicos, académicos, empresarios y grupos u organizaciones de trabajadores y trabajadoras del sector público y privado, en proyectos o alianzas en sectores estratégicos" (art. 30). Contrario a lo que venía ocurriendo en los últimos lustros, ninguna mención se hizo en el proyecto de Ley sobre la posible participación de los Consejos Comunales o Comunas del Poder Popular o Poder Comunal, en las actividades económicas impulsadas en la Ley.

7. Medidas de flexibilización total del régimen de contratación pública

Y en séptimo lugar, una ***política de flexibilización total del régimen de contratación pública,*** "suspendiéndose" las normas de la Constitución que establecen autorizaciones o aprobaciones de contratos de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional (art.19), así como

las de la Ley de Contrataciones Públicas, de la Ley de Concesiones y de todas las leyes en la materia, autorizándose en su lugar al Ejecutivo Nacional para "*diseñar e implementar mecanismos excepcionales de contratación*, compra y pago de bienes y servicios destinados a:1. La satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la alimentación; 2. La generación de ingresos, consecución de divisas y la movilización internacional de las mismas; 3. La normal gestión de las entidades objeto de las medidas coercitivas unilaterales, restricciones y otras amenazas que motivan esta Ley Constitucional, y 4. La sustitución selectiva de importaciones" (art. 26).

REFLEXIÓN FINAL

Ante un proyecto de Ley de esta naturaleza, la conclusión, tal como lo expresamos desde el inicio, aparte de que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no tiene competencia alguna para aprobarlo, siendo la sanción de leyes competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, no existiendo en nuestro ordenamiento la figura de "ley constitucional," es que su contenido no es más que una monstruosidad jurídica, pretendiéndose, con el mismo, ante la ausencia de institucionalidad del país, "decretar" formalmente esa ajuridicidad y desinstitucionalización existente, desaplicando en un marco de secreto total, todo el ordenamiento jurídico, lo que es propio de Estados totalitarios.[23]

No es sino un brutal contrasentido que se pretenda sensatamente, en el marco de ajuridicidad y falta de transparencia que se establece en el proyecto, "buscar "inversiones" para el sector petrolero," o para cualquier sector de la economía, salvo que se trate de negociaciones que solo pueden hacerse secretamente, para ocultar deliberadamente sus implicancias.

[23] Como lo observó Juan Manuel Raffalli, se trata de una Ley que "en sí es inconstitucional ya que supone cambiar el sistema de gobierno y convertir esto es un presidencialismo sin controles de gestión, sin régimen presupuestario, sin libertad de información, es decir, es una ley propia de regímenes totalitarios." Véase Juan Manuel Raffalli "Proyecto de Ley Antibloqueo crea cuarto oscuro que impide conocer documentos y procesos," en *Lapatilla.com*, 1 de octubre de 2020, disponible en https://www.lapatilla.com/2020/10/01/juan-manuel-raffalli-proyecto-de-ley-antibloqueo-crea-cuarto-oscuro-que-impide-conocer-documentos-y-procesos/

Es difícil entender, por tanto, cómo el ministro de Petróleo, Tareck El Aissami, al presentar públicamente el texto del Proyecto, indicó que el mismo "permitirá lograr mecanismos novedosos, *que tenemos que hacerlos en silencio*, para impulsar y promover inversiones extranjeras, *darles plena y absoluta seguridad jurídica a todos los empresarios nacionales y extranjeros en el sector petrolero* […]; y que con el mismo "la industria petrolera nacional va a tener una transformación radical y le va a permitir a PDVSA dar un salto cualitativo."[24]

[24] Véase la reseña: "Ley antibloqueo faculta a Maduro privatizar participación de PDVSA en empresas mixtas," en *Petroguí@,* 4 de octubre de 2020, disponible en: http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/ley-antibloqueo-faculta-maduro-privatizar-participaci%C3%B3n-de-pdvsa-en-empresas. Véase también en: "Ministro Tareck El Aissami: Ley Antibloqueo fortalecerá la industria petrolera nacional," 1 de octubre de 2020, disponible en: https://www.vtv.gob.ve/el-aissami-ley-antibloqueo-fortalecera-industria-petrolera/ ; y en: "Ley Antibloqueo': Maduro busca más poder legal en Venezuela para sellar nuevos negocios petroleros," 1 de octubre de 2020, disponible en: https://albertonews.com/nacionales/ley-antibloqueo-maduro-busca-mas-poder-legal-en-venezuela-para-sellar-nuevos-negocios-petroleros/

DERECHO ADMINISTRATIVO, LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA LEY ANTIBLOQUEO.

DR. RAFAEL BADELL MADRID.*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Derecho administrativo y buena administración. 3. Ley Constitucional Antibloqueo Para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos. 4. Principios de la buena administración y la Ley Constitucional Antibloqueo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1521-1571 ISSN: 0798-1457

1. INTRODUCCIÓN

Con el título "*Derecho administrativo, la buena administración y la ley antibloqu*eo*"* voy a referirme al anverso y al reverso de la forma como se entiende hoy la actividad de la administración. De una parte, decir como introducción, que el alcance e inteligencia de la expresión "buena administración" tiene hoy día una explicación especial que contrasta con las disposiciones contenidas en la "*Ley Constitucional Antibloqueo Para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*" aprobada el 8 de octubre de 2020 por la Asamblea Nacional Constituyente.

Son dos formas de ver el mismo asunto. Por una parte, la doctrina de la buena administración, como derecho fundamental de los ciudadanos, prevista en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[1]; y también contenida en el ámbito iberoamericano en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública[2], aprobada por el

---

[1] "*Artículo 41 – Derecho a una buena administración:*

1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
2. *Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*
3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*
4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*"

[2] "*CAPÍTULO PRIMERO: FINALIDAD DE LA CARTA 1. La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el*

Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas el 10 de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la ciudad de Panamá en octubre de 2013.

La otra manera de ver el asunto, es como lo entiende y aplica el régimen totalitario, represivo y violador de los Derechos Humanos que asaltó el poder en Venezuela como queda de nuevo plasmado en la mal denominada Ley Constitucional Antibloqueo.

De forma que este estudio se desenvuelve en ese claro oscuro; en esa paradoja o tesitura; en esas luces y sombras de un mismo asunto.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO Y BUENA ADMINISTRACIÓN

El derecho a una buena administración es consecuencia de la nueva formulación del derecho administrativo que se presenta hoy como un derecho que limita el poder en obsequio de la libertad. El interés público, que antes servía para justificar las potestades y prerrogativas de la administración, es el fundamento hoy del pleno ejercicio y disfrute de los derechos y libertades.

El derecho administrativo es entendido en el Estado moderno como garantía del ejercicio del poder desde la libertad y para la libertad. A lo largo del tiempo el concepto de derecho administrativo se ha ido desarrollando hasta entender que hoy en un Estado constitucional, democrático y social de derecho, la administración pública debe servir a los intereses generales de los administrados y que los poderes que tiene deben dirigirse a asegurar el completo ejercicio y disfrute de sus libertades y derechos.

---

reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana."

Una de las bases políticas de la teoría general del derecho administrativo en el mundo moderno, y por ende, una guía fundamental del funcionamiento de los poderes del Estado es, precisamente, la protección de la libertad individual[3]. Sobre el derecho administrativo producto del Estado moderno tengamos en cuenta las palabras de Garrido Falla quien señaló que:

> *"...su finalidad fundamental es asegurar la libertad de los ciudadanos. Posiblemente esto es lo que tenga de más rigurosamente inédito frente a los estadios anteriores que atraviesa en su evolución el Estado moderno. A partir de la Revolución francesa, el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos, de los súbditos, va a constituir una preocupación, pero además, una preocupación fundamental...La historia del Estado moderno contemporáneo es en esencia la historia de la lucha contra la arbitrariedad y en favor de la legalidad en todas las esferas de la actuación estatal"*[4].

Desde el respeto máximo al bloque de la legalidad, algo más que el principio de la legalidad, se endereza el derecho administrativo como un derecho del poder que se justifica sólo si va dirigido a privilegiar y asegurar la libertad y los derechos. En definitiva, el derecho administrativo es un derecho que obliga a los órganos que ejercen el poder público a promover, proteger, facilitar, garantizar y asegurar los derechos y libertades.

El derecho administrativo se ha convertido en una herramienta fundamental para frenar la arbitrariedad en beneficio de la dignidad humana y en protección de los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad "*como categoría de primer orden en la vida civilizada*"[5]. La delimitación entre el ámbito de las libertades y el

---

[3] Agustín Gordillo. *Derecho administrativo de la economía*. Tomo 9, P.40. Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo1.pdf

[4] Fernando Garrido Falla, *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962. p. 20.

[5] Armando Rodríguez García, "Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática", en *Revista de Derecho Público,* número 117/2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009. P. 46.

que corresponde a las autoridades del Estado quedó establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que predica la libertad y a los derechos como la regla y a su limitación como la excepción[6].

El interés público que antes servía para justificar las potestades exorbitantes de la administración pública -ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad sancionadora, etc.- hoy aparece vinculado preferentemente a la promoción de los derechos fundamentales de las personas, frente, precisamente, al inmenso poder del Estado. El interés público ahora se enfoca fundamentalmente a asegurar el pleno y efectivo disfrute y goce de los derechos y libertades de los administrados. En el sistema democrático actual la justificación constitucional de la existencia de la administración pública es que ésta esté en plena y exclusiva disposición de los ciudadanos[7].

La administración pública dentro del Estado de derecho será aquella dispuesta por el Estado para la garantía de esos derechos y libertades de las personas. En el marco del Estado de derecho la administración pública ya no puede definirse, ni mucho menos actuar, desde el poder o la prerrogativa -nociones con las cuales anteriormente se identificaba-, sino a partir del propio ciudadano y sus libertades.

En efecto, la concepción actual del Estado de derecho exige el reconocimiento de que los "*derechos humanos son anteriores y superiores a los Estados nacionales*"[8], por lo que la administración ya no puede

---

6 Jesús María Casal. *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo Comparado y Jurisprudencia Interamericana.* Editorial Temis, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2020. Pp. 44-45.

7 Jaime Rodríguez Arana, "Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16333/16741/

8 Carlos E. Delpiazzo, "Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global", en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo*, Tomo II, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss. Cit. en José Ignacio Hernández, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 16, Coruña, 2012, pp. 197-224. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/61909946.pdf

valerse de privilegios sino que debe servir como instrumento dirigido al "*bienestar integral y permanente de los ciudadanos*"[9].

Como señala José Ignacio Hernández, la administración pública comprende una valoración distinta que ya no puede ser decantada simplemente desde sus medios de acción, (el servicio público y la prerrogativa) ni tampoco en el régimen jurídico aplicable (derecho administrativo, autónomo y especial frente al derecho civil), sino desde el rol que debe cumplir dentro del Estado como institución orientada al servicio de los ciudadanos[10].

La exigencia de la administración al servicio de los ciudadanos es precisamente la que recoge el artículo 103.1 de la Constitución de España, reproducido en términos similares en el artículo 141 de la Constitución de Venezuela:

> *"Artículo 103.*
> *1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."*
> *"Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho."*

Esta noción de la administración pública dispuesta al servicio de los ciudadanos, "*la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran*"[11], es precisamente lo que ha

---

[9] Jaime Rodríguez Arana, cit. en José Ignacio Hernández, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española", ob. cit.

[10] José Ignacio Hernández, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española", ob. cit.

[11] Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo,* Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 65. Cit. en José Ignacio Hernández, ob. cit.

derivado en el interés del derecho administrativo por la "buena administración".

Ahora bien, para asegurar la materialización de este derecho administrativo de la libertad que pretende eliminar toda ilegalidad en el ejercicio del poder público, y evitar el ejercicio ilimitado del poder y de esta forma asegurar el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos, se precisa -entre otros elementos- de una buena administración pública que mediante el respeto de los derechos y principios que informan su actuación, elimine cualquier forma de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa, limite el poder y asegure el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos.

Como expresamos previamente, la doctrina de la buena administración como derecho fundamental de los ciudadanos está contemplada en el antes citado artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. La doctrina de la buena administración como derecho fundamental de los ciudadanos está regulada en el ámbito iberoamericano, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

A propósito de estas regulaciones supra nacionales, hoy día es frecuente que las nuevas constituciones incorporen el derecho a la buena administración pública como un derecho fundamental y así lo hizo en Venezuela el prenombrado artículo 141 de la Constitución de 1999 cuando estableció que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Pero además, en Venezuela también se contempla esta doctrina de la buena administración en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)[12], según el cual la administración pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la

[12] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial número 6.147 extraordinario del 17 de noviembre de 2014.

atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. Además dispone dicho artículo 5 que "*La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella.".*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[13] (LOPA) y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos[14] (LSTA) también tienen variadas disposiciones que desarrollan ese derecho a una buena administración.[15]

3. LEY CONSTITUCIONAL ANTIBLOQUEO PARA EL DESARROLLO NACIONAL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El 8 de octubre de 2020, una Asamblea Nacional Constituyente ilícitamente conformada con el objetivo supuesto de redactar una nueva Constitución (ANC) dictó una pretendida "*Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos"* con el objeto de establecer *"un marco normativo especial y temporal que provea al Poder Público venezolano de herramientas jurídicas para contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria, los efectos nocivos generados por la imposición, contra la República Bolivariana de Venezuela y su población, de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de estos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos, que afectan los derechos humanos del pueblo venezolano, implican atentados contra el Derecho Internacional y, en su conjunto, constituyen crímenes de lesa huma-*

[13] Gaceta Oficial número 2.818 extraordinario del 1 de julio de 1981.

[14] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Gaceta Oficial número 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

[15] Véase. sobre la LOPA en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 379-412.

nidad y la afectación del derecho al desarrollo libre y soberano del pueblo venezolano consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." (Artículo 1 de la Ley Antibloqueo).

La Ley Antibloqueo establece que sus disposiciones son de orden público y de interés general y serán aplicadas por todas las ramas del Poder Público en sus ámbitos nacional, estadal y municipal, con arreglo a la distribución de competencias dispuesta en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, así como por las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas en todo el territorio nacional (artículo 2).

La Ley Antibloqueo además señala en su artículo 5 una serie de "*sujetos y bienes especialmente protegidos por las medidas de la ley, y que se ven "gravemente afectados por la imposición de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas*" entre los cuales se encuentran: los derechos humanos del pueblo venezolano y sus garantías, los derechos, intereses y patrimonio de la República, los derechos de terceros, incluidos otros Estados, inversores y otras personas naturales o jurídicas que se relacionan con la República o con entidades donde ésta tiene intereses patrimoniales, la pequeña y mediana empresa nacional, los principios y valores constitucionales y de Derecho Internacional Público, entre ellos, la paz y estabilidad internacional e incluso la prohibición del uso de la fuerza.

De otra parte, la Ley Antibloqueo declara como "írrita y antijurídica" toda medida coercitiva unilateral y cualquier otra medida restrictiva o punitiva, "*dictada o implementada contra la República Bolivariana de Venezuela y su población, por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de estos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos*". Además determina la ley que dichas medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas constituyen amenazas contra la seguridad de Nación, en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley (artículo 6).

La Ley Antibloqueo establece en su artículo 10 una amplia potestad para la suscripción de "*tratados, acuerdos y convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, favoreciendo la integración de los pueblos libres*" que deben basarse "*en obligaciones preexistentes de la*

República" sin aprobación de la Asamblea Nacional que exige la Constitución (artículo 154).

La Ley Antibloqueo crea además el Centro Internacional de Inversión Productiva, como ente encargado del registro, estudio y seguimiento de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, así como de la evaluación, aprobación y promoción de los proyectos productivos derivados de la aplicación de esta Ley Constitucional; y el Observatorio Nacional sobre medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, como órgano científico para la "*generación de conocimiento pertinente y relevante, destinado al estudio académico y el seguimiento y evaluación de los procesos de implementación y de sus resultados, la elaboración de informes, propuestas, estadísticas, entre otras actividades (...)"* (artículo 16).

Asimismo la Ley Antibloqueo establece un régimen presupuestario que permite que los ingresos adicionales que se generen con ocasión de las disposiciones de dicha ley sean registrados y destinados separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional, en directa violación del principio de unidad del tesoro establecido en el artículo 314 de la Constitución (artículo 18).

La Ley Antibloqueo otorga una potestad sin límites para que el Ejecutivo Nacional "*inaplique*", para casos específicos, las normas de rango legal o sub legal que estime necesarias para perseguir los propósitos de la Ley (artículo 19).

La Ley Antibloqueo autoriza la organización y reorganización de los entes descentralizados del Estado con fines empresariales, dentro y fuera del país (artículo 25) y la modificación de mecanismos de constitución, gestión, administración, funcionamiento y participación del Estado en determinadas empresas públicas o mixtas (artículo 26), lo cual tendrá una incidencia considerable respecto de las políticas de privatización promovidas por el gobierno, que incluyen "*la desestatización (disminución del intervencionismo), desnacionalización (desprendimiento de bienes, servicios y actividades) y despublicalización (liberación o flexibilización de reservas)*"[16] de "sectores estratégicos",

[16] Véase al respecto Juan Cristóbal Carmona Borjas "Implicaciones jurídicas de la Ley Constitucional Antibloqueo en el ejercicio de la actividad petrolera". Consultado en original.

entre los que se incluyen los sectores petrolero, minero estratégico (oro, coltán, diamantes), petroquímico y eléctrico, entre otros; y también las empresas cementeras, agrícolas y bancarias, entre otras. Como señala Carmona Borjas, "*En este ámbito resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de tomar acciones respecto de una serie de sectores económicos que fueron objeto de reserva por parte del Estado o en los que la República adquirió empresas o bienes por compra, expropiación o a través de vías de hecho*"[17].

Especialmente, en materia petrolera es notoria la intención que tiene el Poder Público Nacional de modificar la modalidad bajo la cual actualmente participa el sector privado en el ejercicio de las actividades reservadas, pudiendo inclusive "inaplicar" el límite previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos en virtud del cual el Estado debe contar con una participación mayor al 50% de las acciones de las empresas mixtas, y permitir una participación estatal distinta a la expresamente prevista. Ello, claro está, sería violatorio de la reserva legal en materia de hidrocarburos y además, violaría el artículo 302 de la Constitución[18].

La Ley Antibloqueo permite la elaboración e implementación de operaciones de administración de pasivos, así como de administración de activos, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales (artículo 27), así como la creación e implementación de mecanismos financieros (artículo 23) o "fuentes de financiamiento en cualquiera de sus formas" (artículo 32) que permitan mitigar los efectos de las llamadas "medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas", incluyendo el uso de criptoactivos.

La Ley Antibloqueo dispone que el Ejecutivo Nacional diseñará y concretará mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios con lo cual, se entiende, no aplicará las leyes sobre licitación y contratación pública (artículo 28).

La Ley Antibloqueo prohíbe el acceso a toda la documentación, registros, actos y archivos que haya sido calificada como confidencial o reservada, así como tampoco podrán expedirse copias simples ni

[17] *Ibídem*.
[18] *Ibídem*.

certificadas de la misma (artículo 41) y establece que todos "*los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas*" establecidas en la Ley que "*suponga la inaplicación de normas de rango legal o sublegal*," son declarados "*secretos y reservados*" (artículo 42).

Asimismo, la Ley Antibloqueo se refiere al acceso de la Contraloría General de la República en el artículo 43, y dispone que el ejercicio de las facultades de control fiscal sobre los actos declarados reservados o secretos correspondientes a la Contraloría General de la República deben ser coordinados con el Ejecutivo Nacional, con el fin de asegurar la reserva de dicha información y garantizar que la misma "*no sea utilizada por terceros con la finalidad de dirigir contra determinados sujetos, el Poder Público venezolano o sus instituciones y actividad administrativa, nuevas medidas coercitivas unilaterales u otras medidas restrictivas o punitivas, o agravar las existentes*".

De otra parte, el artículo 44 de la Ley Antibloqueo establece que cuando los órganos del Poder Judicial o el Ministerio Público requieran información declarada como reservada, deberán tramitar su solicitud por intermedio de la Procuraduría General de la República, la cual procurará aportarla en condiciones tales que no comprometa o exponga a la República, sus entes o terceros, a los efectos de las medidas coercitivas unilaterales u otras medidas restrictivas o punitivas.

Por último, el marco normativo consagrado por la Ley Antibloqueo pretende tener un rango supralegal, superior a todas las leyes orgánicas y leyes ordinarias de la República, respecto de las cuales la "Ley Constitucional" se declara como de aplicación preferente.

En este sentido véase la Disposición Transitoria primera de la Ley Antibloqueo:

> *"Primera. Las disposiciones de esta Ley Constitucional serán de aplicación preferente frente a las normas de rango legal y sublegal, incluido respecto de leyes orgánicas y especiales que regulen la materia, aun ante el régimen derivado del Decreto mediante el cual se acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, su prórroga o los nuevos que se dictaren".*

4. PRINCIPIOS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA LEY CONSTITUCIONAL ANTIBLOQUEO

Al lado de lo dispuesto en esta "*Ley Antibloqueo*" vemos que la buena administración pública es un derecho de los administrados y a la vez un principio de actuación administrativa que obliga a la administración, en un estado democrático, a llevar adelante la actuación administrativa en beneficio del interés general.

Como derecho fundamental, la buena administración consiste en el derecho de los ciudadanos de exigir determinados patrones o estándares en el desempeño de la administración, y se concreta a su vez, en una serie de derechos que lo componen y que los ciudadanos podrán hacer valer ante los órganos de la administración o ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Estos derechos están expresamente consagrados en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, y en el ordenamiento jurídico interno, en la Constitución, la LOPA, la LOAP, y la LSTA, e incluyen -entre otros- los siguientes:

- Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas (artículo18.5 y 9 LOPA): exige que todas las actuaciones de la administración pública deberán estar respaldadas por razonamientos -de hecho y de derecho- inteligibles para sus destinatarios.
- Derecho a la tutela administrativa efectiva (artículos 49 y 143 de la Constitución, 5 de la LOAP y 73 de la LOPA): exige que la administración deba actuar con el cuidado de evitar que el administrado sufra alguna lesión en sus derechos (en especial el derecho a la defensa), cuando se relacionen con ella.
- Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable (artículos 4, 5 y 6 LOPA): exige que la administración y sus funcionarios estén obligados a resolver, rápida y oportunamente, las peticiones de los administrados, dentro de los plazos prescritos por la ley.
- Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas (artículo 4 LOAP): demanda que cualquier decisión o resolución que dicte la administración pública en cada procedimiento esté ajustada a los límites previstos en la ley. Debe ser justa y equitativa.

- Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos (artículos 51 de la Constitución, 9 de la LOAP y 2 de la LOPA): consiste en el derecho de toda persona de presentar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y de obtener oportuna y adecuada respuesta.
- Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas (artículo 9 LOAP): el ciudadano tiene derecho a que la respuesta sea la que tiene que ser, la que en el momento pertinente es la apropiada y adecuada. Además, la respuesta tiene que producirse en el tiempo pertinente para que la respuesta tenga sentido para el Derecho.
- Derecho a no presentar documentos en poder de la administración pública (artículos 10 y 15 de la LSTA): exige que la administración debe arbitrar mecanismos de comunicación de sus registros y archivos, para hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que, estando en su poder, sean necesarios para que las personas tramiten sus correspondientes procedimientos administrativos.
- Derecho a ser oído antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente (artículo 49 de la Constitución y 48 de la LOPA): este derecho es una garantía básica de que las decisiones que puedan adoptarse en contra de los administrados se produzcan de forma contradictoria.
- Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas (artículo 59 de la LOPA): 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 de este, excepto cuando se trate de documentos calificados mediante acto motivado como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente.

- Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública (artículos 140 de la Constitución y 13 de la LOAP): se trata de la garantía patrimonial, consecuencia del Estado de derecho, que asegura que toda persona a la que la administración pública haya lesionado en sus derechos o bienes, como consecuencia del funcionamiento -normal o anormal- de los servicios públicos, debe ser indemnizada.
- Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas (artículos 25 y 139 de la Constitución y 8 de la LOAP): Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos, podrán en cualquier momento demandar las responsabilidades en que puedan haber incurrido determinados servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.
- Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad: demanda que, en la prestación de servicios públicos la administración debe procurar determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios, para que estos estén lo mejor informados posible.
- Otros derechos: la LOAP enumera en el artículo 7 una serie de derechos que tienen las personas en sus relaciones con la administración pública, entre las cuales podemos mencionar los siguientes:
  - El derecho de conocer en cualquier momento, el estado de los procedimientos en los que tengan interés.
  - El derecho de conocer la identidad de los funcionarios al servicio de la administración pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
  - El derecho de formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los cuales tengan interés, en los términos o lapsos previstos legalmente.

- El derecho de presentar sólo los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.
- El derecho de obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.
- El derecho de acceder a los archivos y registros de la administración pública en los términos previstos en la Constitución y demás normativa aplicable.
- El derecho a ser tratados con respeto y deferencia por los funcionarios, los cuales están obligados a facilitar a las personas el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- El derecho a ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren precedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la administración pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República.

Estos derechos a la buena administración son a su vez garantizados por la estricta sujeción de la actuación de la administración al principio de la buena administración.

Ya hemos citado el artículo 141 de la Constitución que prevé que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Tengamos en cuenta también el artículo 143 constitucional que establece:

> *"Artículo 143. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones*

definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad."

La buena administración debe seguir los principios fundamentales de un Estado democrático y social de derecho, que se enumeran en la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la administración pública y nuestra Constitución, entre los cuales resaltamos los siguientes:

4.1. Principio de legalidad (artículos 137 y 141 de la Constitución y 4 de la LOAP)

La premisa fundamental del derecho administrativo radica en la sumisión de la actividad administrativa a derecho, al bloque de la legalidad, y de allí el principio de que la administración no puede hacer nada que no tenga expresamente permitido y regulado por la ley (principio de la legalidad).

La sujeción de la administración al bloque de la legalidad está prevista en el artículo 137 de la Constitución, el cual dispone: «*Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*». El principio de legalidad también está contenido en el artículo 141 de la Constitución referido a la buena administración al indicarse que ésta debe proceder con "*sometimiento pleno a la ley y al derecho*".[19]

Asimismo, la LOAP contempla dicho principio en el artículo 4 que establece que la administración pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación,

[19] Véase al respecto Allan Brewer-Carías, "El tratamiento del Principio de Legalidad en la Constitución de 1999", conferencia dictada en las *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 22 de marzo de 2000.

distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

De igual forma, el artículo 10 de la LOPA establece que ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley.[20]

De estas disposiciones relativas al principio de legalidad, se desprende con claridad, no sólo que la administración puede actuar únicamente sometida al derecho, sino además dentro del preciso marco de las competencias que las normas le asignan, y siempre en acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas dichas competencias[21].

La vigencia del principio de legalidad tiene tres aspectos fundamentales:

(i) En primer lugar, del principio de legalidad deriva la reserva legal respecto de la asignación de competencias que se confieren a los distintos órganos administrativos;
(ii) En segundo término, el principio de legalidad establece el orden jerárquico de las normas que le son aplicables a los entes y órganos de la administración pública y,
(iii) En tercer lugar, como garantía del cumplimiento del principio de legalidad se requiere el control judicial de los actos dictados por los órganos de la administración pública.

De acuerdo a lo anterior, la reserva legal actúa como una limitación para la administración, que no puede por vía unilateral modificar el régimen constitucional y legal de asignación de sus competencias; debe respetar además con base a este principio de legalidad el orden de aplicación de las distintas normativas, en vista a su jerarquía; y, por último, está sometida al control de sus actos por el poder judicial, en

[20] Allan Brewer-Carías, "El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina", en Domingo García Belaúnde, *Homenaje a Valentín Paniagua*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010.

[21] Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Público*, ob. Cit. tomo IV. P. 180.

cuanto al debido respeto que merecen los límites válidos de actuación de la administración y la responsabilidad que su incumplimiento general para el Estado.

En efecto, la sujeción de la actividad administrativa al principio de legalidad encuentra su expresión en el desarrollo de sus competencias con estricto apego a las normas jurídicas preexistentes y aplicables a las situaciones jurídicas que la administración resuelve. De forma que la administración pública ha de someter su actuación al bloque de la legalidad.

El bloque de la legalidad, sobre el cual se fundamenta el Estado de derecho, comprende, según Hauriou, no sólo a la ley sino todas las normas del ordenamiento jurídico, incluidos los reglamentos[22]; es decir, abarca desde las regulaciones constitucionales, legales, sub-legales, los principios generales, hasta los precedentes administrativos, todos los cuales establecen y regulan la organización, funcionamiento y atribuciones de los órganos del Estado, consagran los derechos y deberes de los ciudadanos, y determinan los controles sobre el ejercicio del poder público.

4.1.1. Principio de legalidad y Leyes constitucionales

Lo primero que habría que revisar para verificar el cumplimiento del Estado de derecho en general y los derechos de los ciudadanos en particular es el origen y validez de la Ley Antibloqueo. Lo cierto es que la ANC es un órgano que ha sido inconstitucional desde su origen, por la forma como fue convocatoria y, también es inconstitucional, por la manera como fueron electos sus miembros; pero es igualmente inconstitucional por su desempeño, desde que ha actuado en violación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Precisamente la llamada Ley Antibloqueo es manifestación de esa forma de actuar de

[22] V. Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de droit*, reimpr. De la 12ª ed., Dalloz, París, 2002, p.577, cit. en Libardo Rodríguez, "El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia", en Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno, *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018. P. 95.

manera inconstitucional y en violación, entre otros derechos, al de la buena administración.

La ANC, si hubiera sido constitucionalmente convocada y electa, tendría solo la misión de realizar un proyecto de constitución y no la facultad de dictar leyes. De otra parte, la Ley Antibloqueo pretende ser una "Ley Constitucional".

Las leyes constitucionales son aquellas que, dictadas por el órgano legislativo legítimo, que no es el caso, y a través de un procedimiento de elaboración y discusión agravado en cuanto a la mayoría requerida, que tampoco es el caso, tienen por objeto desarrollar, integrar o complementar la Constitución y, en consecuencia de ello, tiene rango, valor y rigidez constitucional. Las Leyes Constitucionales son dictadas por el Parlamento en ejercicio de un poder constituyente que le otorga, de manera concreta, precisa y exhaustiva, la propia Constitución. De modo que el Parlamento, al dictar Leyes Constitucionales lo hace en cumplimiento de una orden expresa de la propia Constitución.

Las leyes Constitucionales tienen su fundamento en la realización normativa constitucional que exige el propio texto fundamental[23]. El Parlamento como poder constituido o derivado solo podrá ejercer las competencias que aparecen regladas y ordenadas en la Constitución. Es la propia Constitución la que debe prever, de forma concreta, limitada y exhaustiva, la posibilidad de que el órgano legislativo legítimo dicte leyes de rango constitucional para terminar de desarrollar alguno de sus preceptos.

Esta categoría de leyes se distingue tanto de las leyes orgánicas, como de las leyes ordinarias, dictadas por procedimiento común u ordinario de discusión y sanción de leyes por el Parlamento, porque son elaboradas mediante un procedimiento agravado o especial en cuanto a la mayoría que se requiere y se caracterizan por ser rígidas como cualquier otra norma establecida en el cuerpo del texto fundamental, es decir, que una vez dictadas únicamente pueden ser modificadas mediante

[23] Carlos Miguel Herrera, "La polémica Schmitt – Kelsen sobre el guardián de la Constitución", en *Crítica Jurídica,* número 16, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1995.

los procesos de reforma constitucional establecidos expresamente en la Constitución, enmienda, reforma o Asamblea Nacional Constituyente.

Las primeras leyes denominadas constitucionales se remontan a México, en 1836, bajo el gobierno conservador de Antonio López de Santa Anna, cuando el Congreso mexicano se asumió como Constituyente y aprobó el 23 de octubre de 1835 el proyecto de Bases constitucionales que suspendió la vigencia de la Constitución de 1824. Este Congreso, a partir de ese proyecto, trabajó en la redacción de una nueva legislación que se publicó en diciembre de 1836 con el nombre de Leyes Constitucionales de la República Mexicana (conocido también como "Las Siete Leyes") que establecieron un sistema de gobierno centralizado, aboliendo el instaurado régimen federal. A partir de entonces, la República Central estuvo regulada por dos documentos: las Leyes Constitucionales de la República Mexicana (Siete leyes de 1836) y Las Bases de la Organización Política de la República Mexicana (1843)[24].

Otro ejemplo de leyes constitucionales fueron las sancionadas en Francia en el año 1875, en el periodo de la Tercera República, como respuesta del órgano parlamentario francés a las exigencias del presidente de la República Mac Manon, quien en su mensaje anual al Parlamento reclamó el retardo de cuatro años en la aprobación del texto constitucional. En efecto, tras la caída del Segundo Imperio francés con motivo de la derrota sufrida por Francia en la guerra franco-prusiana, se hizo necesario organizar un gobierno a través de una Asamblea Constituyente, "*y, aunque la mayoría de los diputados eran monarquistas, al no encontrar candidato al trono que fuera viable, organizaron con carácter provisional lo que se ha llamado la Tercera República mediante tres leyes votadas en febrero y julio de 1875*"[25].

De esta forma, el parlamento francés en su oportunidad dictó tres leyes denominadas "las leyes constitucionales de 1875", como cuerpos

[24] Véase "Leyes Constitucionales de la República Mexicana 1836", disponible en: http://museodelasconstituciones.unam.mx/nuevaweb/wp-content/uploads/2019/02/Leyes-Constitucionales-de-la-Repu%CC%81blica-Mexicana-1836.pdf

[25] Véase "Lección XXI. Antecedentes constitucionales de Francia VI", en José Luis Soberanes Fernández (Editor), *Obra jurídica de un constituyente: Fernando Lizardi*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5853 P.241

normativos que fungían como Constitución escrita, y que regulaban en 34 artículos en total, la organización del Senado (Ley del 24 de febrero de 1875), la organización de los poderes públicos (Ley del 25 de febrero de 1875) y las relaciones entre los poderes públicos (Ley del 16 de julio de 1875)[26].

Estas leyes constitucionales sufrieron algunas reformas en 1879, 1884 y 1926, sin embargo, estas reformas no afectaron su estructura general. Es necesario hacer énfasis en que estas leyes constitucionales, pese a estar separadas, tomaron el lugar de la Constitución, por lo que nunca dejaron de tener ese carácter rígido propio de las constituciones escritas.

En efecto, estas leyes constitucionales previeron un procedimiento de formación y revisión distinto al establecido para la sanción y reforma de leyes ordinarias, y que consistió en que "*cada Asamblea o Cámara se pronunciaba por deliberación separada con la mayoría absoluta de los votos sobre el proyecto de la ley de revisión, luego las dos cámaras se reunían en Asamblea Nacional y decidían sobre la revisión con la mayoría absoluta de los miembros que componían esta última, sin necesidad de someterla al veredicto del pueblo*"[27].

Las leyes constitucionales francesas tuvieron una vigencia comprendida entre los años 1875 y 1940, durante los cuales demostraron tener la misma esencia y desempeñaron el mismo rol de una Constitución, es decir, que conservaron la misma rigidez de las constituciones, de modo que podían *modificar y derogar a las leyes ordinarias y a cualquier otra fuente normativa,* y, de otra parte, *solo podían ser sometidas a revisión por el poder constituyente constituido, mediante un procedimiento de formaci*ón agravado.[28]

Más adelante, en Italia, durante el siglo XX, en la Constitución de 1947 fue introducida la categoría de leyes constitucionales. Con antecedentes en una ley ordinaria, dictada al margen de la Constitución Albertina en el régimen de Mussolini, el artículo 138 de la Constitución italiana de 1947 dispuso las modalidades de leyes de revisión

[26] *Ibídem*, p.584.
[27] *Ibídem*.
[28] *Ibídem*, p. 595.

constitucional junto con *"otras leyes constitucionales*". Estas últimas, "*otras leyes constitucionales*", se identifican con aquellas mediante las cuales el Parlamento, actuando como poder constituido, busca integrar o complementar la Constitución (no revisarla ni modificarla), y por ende, revisten de la misma rigidez y eficacia de las demás normas constitucionales, y que están sometidas a un procedimiento agravado para su formación (según la mayoría con que sean aprobadas en las Cámaras, pueden ser sometidas a referendo popular)[29].

En la doctrina, la tesis de las leyes constitucionales fue desarrollada por Carl Schmitt, en su obra "Teoría de la Constitución" (1928), en la cual explicó este tipo de instrumentos como aquellas que dicta el poder constituyente mientras elabora la Constitución; o en lugar de esta. En efecto, para Schmitt las leyes constitucionales eran las dictadas por la asamblea constituyente democráticamente electa según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual, es decir, del poder constituyente legítimo representado en una autoridad conformada por la voluntad popular. De acuerdo con la tesis de Schmitt, estas leyes constitucionales abolían la Constitución, pero para ello, debían ser dictadas, reiteramos, por una asamblea constituyente legítimamente electa y además debían ser aprobadas por el pueblo mediante referendo, y siempre que el ordenamiento constitucional lo permitiera. Como señala Escovar León, "*En la teoría schmittiana es obligatorio el referéndum para darle legitimidad al proceso constituyente. Si para aprobar este proceso se requiere consulta popular, con mayor razón se necesita en el pretendido caso de darle el mismo valor a las leyes constitucionales que elabore*"[30].

En Venezuela encontramos como ejemplo de leyes constitucionales las dictadas por el Parlamento en desarrollo de los principios constitucionales expresamente dispuestos en la Constitución de 1961. Ese es el caso de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público[31] que atendía al mandato

---

[29] *Ibídem*. p. 596.

[30] Ramón Escovar León, "Carl Schmitt y las leyes constitucionales" en *Opinión y Noticias*, Caracas, 16 de septiembre 2020. Disponible en: https://www.opinionynoticias.com/opinionpolitica/37683-carl-schmitt-

[31] Publicada en Gaceta Oficial Nro. 4.153 extraordinario de fecha 28 de diciembre de 1989.

expreso del artículo 137 de la Constitución, el cual disponía que "*El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa*" y de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores[32] que tenía por objeto regular la forma de elección directa y remoción de los Gobernadores de Estado, y que desarrollaba lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución de 1961.

Esas leyes constitucionales, exhortadas por la Constitución de 1961, debían ser dictadas mediante procedimiento agravado de aprobación de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara y su objetivo era el de desarrollar principios constitucionales expresamente ordenados por el constituyente. En otras palabras, el texto constitucional de 1961 quedaba completado con la sanción y entrada en vigencia de esas leyes, las cuales resaltamos, tenían fuerza de ley constitucional y la característica de rigidez e intangibilidad constitucional, por lo que eran capaces de declarar inclusive la derogatoria de "*cualesquiera otras disposiciones contrarias a la presente Ley*", y no podían ser vetadas ni derogadas por ningún otro acto de los órganos del poder público, tal y como si se tratara de una norma constitucional.

La Constitución de 1999 contiene entre sus disposiciones sólo una cláusula que podría considerarse con la categoría de ley constitucional. Se trata del artículo 157 que dispone que "*La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización*".

La referida norma establece un procedimiento agravado desde que requiere la mayoría calificada de los miembros de la Asamblea Nacional para otorgarle a los estados y municipios materias que son de la competencia del poder público nacional; no se trata de una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes en las discusiones del órgano legislativo nacional como lo determina el artículo 203 en el caso de las leyes orgánicas, sino de la mitad más uno de los diputados que conforman en su totalidad del órgano legislativo.

[32] Gaceta Oficial Nro. 4.086 extraordinario de fecha 14 de abril de 1989.

En Venezuela ningún otro órgano del poder público, distinto de la Asamblea Nacional en el supuesto antes mencionado, está facultado para dictar este tipo de leyes constitucionales, por lo que es nula la actuación de cualquier órgano o ente, constitucional o inconstitucionalmente conformado, que pretenda lesionar los principios de supremacía constitucional y de legalidad, dispuestos en el artículo 7, en concordancia con el artículo 137 constitucional.

Además estas leyes constitucionales de la ANC han sido dictadas sin ningún procedimiento. Una manifestación del principio de legalidad es que el acto normativo sea dictado a través de un procedimiento legislativo contemplado en la propia Constitución y si se trata de leyes constitucionales ese procedimiento es aún más exigente o agravado.

La Constitución prevé el procedimiento de formación de leyes en la Sección Cuarta: De la formación de las Leyes, Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Título V de la Organización del Poder Público Nacional, en los artículos 202 al 218. Ese procedimiento comienza con la iniciativa de ley, regulada en el artículo 204; la discusión de los proyectos de ley, respecto del contenido de los artículos, procedencia y conveniencia, a través de dos discusiones de conformidad con los artículos 207 al 211; el estudio e informe de la Comisión parlamentaria directamente relacionada con la materia objeto de la ley, según los artículos 208 y 209; las consultas de carácter público realizadas a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, así como las consultas a los Estados, en las materias relativas a los mismos, conforme al artículo 211; la aprobación y sanción de la ley por la mayoría de votos en la plenaria de la Asamblea Nacional, según lo previsto en el artículo 209 y la posterior promulgación por el Presidente de la República, de conformidad con el artículo 214.

El cumplimiento de este procedimiento permite el más amplio consenso y la participación de todos los pensamientos políticos, incluidas las minorías, y de los grupos de interés, perfeccionándose de esta forma el principio de representatividad, publicidad y transparencia. Este procedimiento constitucional -garantía procedimental- es lo único que asegura la legitimidad y dignidad democrática que se predica de la ley y es eso, precisamente, en lo que consiste, insistimos, la garantía de la reserva legal.

La garantía procedimental, puede observarse también como presupuesto de legitimidad democrática, en otros actos parlamentarios sin forma de ley tales como el nombramiento de los titulares de los órganos constitucionales (como la Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Consejo Nacional Electoral, Tribunal Supremo de Justicia) por la Asamblea Nacional. En este sentido la designación, por parte de la Asamblea Nacional, de los titulares los órganos del poder público de rango constitucional, a través del procedimiento constitucional y legalmente establecido con deliberación y legitimidad democrática, es lo único que garantiza de las elecciones de segundo grado.

Ahora bien, la garantía de la reserva legal supone que será inconstitucional y, en consecuencia, nula de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, sin necesidad de analizar su contenido, cualquier regulación dictada por un órgano distinto al legislativo nacional y sin cumplir el procedimiento constitucional.

Por ello, la validez formal de cualquier materia reservada al legislador nacional está condicionada a su regulación por medio de una ley sancionada por el Poder Legislativo Nacional, en cumplimiento del procedimiento predeterminado en la Constitución.

Está claro entonces que estas leyes constitucionales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente no son leyes ni son constitucionales. Se trata de vías de hecho, dictadas por un órgano inconstitucional con pretendidos poderes constituyentes.

4.1.2. Principio de legalidad y derogación general del ordenamiento jurídico e inaplicación de leyes

De acuerdo a la Ley Antibloqueo todo el ordenamiento jurídico queda suspendido o sujeto a ser inaplicado. Es una autorización absoluta al Ejecutivo Nacional (que de conformidad con el artículo 225 de la Constitución puede ser el Presidente Ejecutivo, Vicepresidente, Ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley), para decretar la “inaplicabilidad” en “casos específicos”. Se trata de una deslegalización total.

De acuerdo al artículo 19 de la ley se autoriza al Ejecutivo Nacional para proceder a "*inaplicar normas de rango legal o sublegal*" cuando resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas generan a la actividad administrativa, o cuando ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano frente a cualquier acto de despojo o inmovilización, o a mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y cuando su "*aplicación resulte imposible o contraproducente como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o punitiva*" (art. 19).

No se trata aquí de la desaplicación por razones de inconstitucionalidad que se le concede al juez constitucional en un caso concreto, es decir, el control difuso de la constitucionalidad por los órganos jurisdiccionales (artículo 334 de la Constitución, 20 del Código de Procedimiento Civil y 19 del Código Procesal Penal), que es una función sólo del juez y únicamente justificada cuando hay una norma legal que se pretende aplicar para la solución de un caso concreto y ésta resulta ser inconstitucional.

El poder atribuido a la administración por el artículo 19 para desaplicar el ordenamiento jurídico podría ser empleado cuando: "*(i) resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas, adoptadas por otros Estados, puedan estar generando a la actividad administrativa, (ii) ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano o (iii) mitigue los efectos de las medidas, adoptadas por otros Estados, que afecten el flujo de divisas*", lo que como bien señala el profesor Muci Borjas, pone de relieve que dicha inaplicación es radicalmente distinta a la inaplicación contempladas por la Constitución y las leyes[33].

La facultad que otorga el artículo 19 de la Ley Antibloqueo permite la deslegalización de la actuación de la administración pública para darle total discrecionalidad. En efecto, el mencionado artículo 19 de la Ley Antibloqueo otorga una potestad extraordinaria para desconocer

[33] José Antonio Muci Borjas, "EL ESTADO SOY YO. La encubierta abolición del principio constitucional de división del Poder Público por obra de la Asamblea Nacional Constituyente". Consultado en original. Madrid, 17 de noviembre de 2020.

el carácter de obligatoriedad, generalidad y abstracción de la ley por el Ejecutivo Nacional. Cuando la Ley Antibloqueo permite al Ejecutivo Nacional "inaplicar" normas legales y sublegales (tales como los reglamentos), lo exime de obrar con sometimiento pleno a las leyes, tal como lo exige el artículo 137 y 141 de la Constitución. Le permite actuar al margen de toda legalidad. Suprime el Estado de derecho. Le da la potestad al órgano ejecutivo para dictar un régimen especial adecuado a cada situación en concreto. Le permite dictar cuantas disposiciones estime pertinentes o necesarias sin ningún fundamento o legitimidad democrática.

La rígida formulación de la supremacía de la ley aparece con toda claridad como consecuencia de la Revolución Francesa "*que lleva a proclamar al Parlamento órgano superior del Estado por su legitimidad representativa; y siendo la ley el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento, a la supremacía jurídica y política de este le corresponde asegurar la supremacía jurídica de la ley, que como l´expression de la volonté générale, esto es, la voluntad soberana del pueblo, se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico y subordina absolutamente cualquier otra fuente de Derecho"*[34].

Es en virtud de la legitimidad representativa de los cuerpos parlamentarios que la ley, como principal producto de deliberación de dicho cuerpo, es considerada obligatoria. Se trata de la máxima expresión de la voluntad general y dio origen a lo que conocemos hoy día como Estado de derecho. En virtud del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau y de la lucha emprendida durante la Revolución contra el poder real absoluto se dio preeminencia al poder legislativo frente al ejecutivo y sobre esta base se estableció la tradición de soberanía parlamentaria y el Estado de derecho. Sólo el legislador tiene la legitimidad para formular una ley obligatoria general y abstracta.

Pero además, este artículo 19 supone la violación del principio de inderogabilidad de los reglamentos dispuesto en el artículo 13 de la LOPA, según el cual "*Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter*

[34] José Araujo-Juárez, *Derecho administrativo constitucional*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. p. 49.

general, aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general", en tanto que habilita el Ejecutivo para obrar en contra de lo dispuesto por un reglamento[35].

Con este artículo 19 de la Ley Antibloqueo se pretende establecer y consolidar un régimen de deslegalización que se inició a través de las numerosas delegaciones legislativas al Presidente de la República desde el año 2000. Luego con los Decretos de Emergencia Económica que se han dictado desde año 2016 hasta la fecha, y sobrevenidamente con los de alarma a propósito de la pandemia covid-19 del año 2020, "*Aunque no se diga abiertamente, lo que la Ley Antibloqueo persigue es afianzar un régimen de excepción constitucional caracterizado por la autoasignación (constitucionalmente ilegítima) al Ejecutivo Nacional (cabeza de la coalición gobernante) de potestades extraordinarias (...)"*[36].

Como señala Brewer-Carías, bajo esta hipótesis el Ejecutivo Nacional está autorizado para dictar todo tipo de medidas, sin límites, partiendo de la base general de que existe "*una situación de desaplicación o suspensión de la vigencia de toda norma del ordenamiento jurídico, mientras la Ley esté en vigencia, e incluso más allá de la misma, dándose origen así, a un nuevo término, que ahora se inventa, en el campo de la vigencia temporal de la ley*".[37]

Asimismo, como expresa Luis Brito García "*el término "desaplicación" es una especie de neologismo en el campo jurídico, que parece implicar la potestad de ignorar o violar disposiciones legales e incluso constitucionales sin necesidad de derogarlas"* [38].

---

[35] José Antonio Muci Borjas, ob. cit.

[36] Alejandro González, "Ley Antibloqueo: hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho", en *Bloque Constitucional*, 12 de octubre 2020. Disponible en: https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/

[37] Allan Brewer-Carías, "La ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico", New York, 4 de octubre, 2020. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/212.-A.R.-BREWER-CARIAS.-Una-Monstruosidad-juridica.-Ley-Antibloqueo.-4-10-2020.pdf

[38] Luis Brito García, "Proyecto Ley Antibloqueo," *News Ultimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://theworldnews.net/ve-news/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia. Cit. en Allan Brewer-Carías, "La ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico", ob. cit.

Esta deslegalización permitida por el artículo 19 de la Ley Antibloqueo supone un retroceso en el Estado de derecho; vuelve a los ciudadanos a la condición de súbditos, en la que no pueden exigir al Estado que se someta al imperio de la Ley que dictaron sus representantes en el parlamento, y por el contrario quedan atenidos, sin ningún tipo de garantía, a las actuaciones arbitrarias y secretas, o reservadas, de quienes detentan el poder. Sobre la diferencia entre ciudadanos y súbditos téngase en cuenta lo expresado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> *"Los ciudadanos se pueden definir por oposición a los súbditos. Los ciudadanos cuestionan, piden, demandan. Los ciudadanos son ruidosos, se quejan, critican. Los súbditos, por el contrario, obedecen. Aceptan y callan. Están cómodos en el silencio y no cuestionan. No hace falta decir que las democracias exigen ciudadanos y ciudadanas militantes: (...)".*[39]

4.1.3. Principio de legalidad y violación del orden jerárquico de las normas

La Disposición Transitoria primera de la Ley Antibloqueo establece que "*Las disposiciones de esta Ley Constitucional serán de aplicación preferente frente a las normas de rango legal y sublegal, incluidas respecto de leyes orgánicas y especiales que regulen la materia, aún ante el régimen derivado del Decreto mediante el cual se acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional […].*".

Como hemos señalado, uno de los tres aspectos fundamentales de la vigencia del principio de legalidad es el establecimiento del orden jerárquico de las normas que le son aplicables a los entes y órganos de la administración pública y de la precitada norma se desprende

[39] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano". Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf cit. en Carlos Reverón Boulton, "El derecho de acceso a la información: opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela", en *Revista de Derecho Público* número 161-162, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020. p. 169.

precisamente la violación de dicho orden, y por ende la violación al principio de legalidad. La Ley pretende darle un rango supra legal a sus disposiciones -carentes de toda legitimidad democrática-, superponiéndolas inclusive ante las leyes dictadas por los máximos representantes de la voluntad general, y por tanto únicos legitimados para legislar sobre las materias de la competencia nacional, es decir, la Asamblea Nacional.

4.1.4. Principio de legalidad y violación del principio de unidad del tesoro

La Ley establece un régimen presupuestario que permite que los ingresos adicionales que se generen con ocasión de las disposiciones de dicha ley sean registrados y destinados separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional (art. 18), en entera violación del principio de unidad del tesoro, previsto dentro del principio de legalidad tributaria expresamente consagrado en los artículos 311 al 314 de la Constitución.

El principio de unidad del tesoro supone que los gastos del Estado sean atendidos indiscriminadamente con el conjunto de los fondos del erario público, y por lo tanto, que no pueda ser destinado, específicamente, el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo afectaciones constitucionales[40]. Así lo dispone el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector público[41].

---

[40] "Parafiscalidad en el sistema tributario venezolano: su condición de ingreso ordinario tributario en el plan de cuentas patrimoniales de la República y su afectación especial", en *Aula Sapientia*, 2011. Disponible en: http://valoislamotte.blogspot.com/2011/09/parafiscalidad-en-el-sistema-tributario.html

[41] "*Artículo 34. No se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales. No obstante y sin que ello constituya la posibilidad de realizar gastos extrapresupuestarios, podrán ser afectados para fines específicos los siguientes ingresos:*

1. *Los provenientes de donaciones, herencias o legados a favor de la República o sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, con destino específico.*
2. *Los recursos provenientes de operaciones de crédito público.*

Como señaló la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, "*Este andamiaje disruptivo confiesa su deliberado propósito de facilitar, al margen del orden jurídico, la generación de* ***"ingresos adicionales y obtención de divisas"****, a través de la liquidación, en secreto, de activos públicos, fuera de los mecanismos ordinarios de control presupuestario, bajo una contabilidad separada, en abierta violación de los artículos 311 al 315 de la Constitución, con el pretexto falso de contrarrestar los efectos de llamadas* ***"medidas coercitivas"*** *o* ***"medidas punitivas"*** *que se atribuyen a agentes extranjeros*" [42].

4.1.5. Principio de legalidad y la distorsión de las competencias constitucionales y legales de los órganos constitucionales

De conformidad con el artículo 137 de la Constitución "*La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*.". En este sentido, única y exclusivamente pueden ser reguladas las competencias de los órganos del Poder Público, por la Constitución, como producto del ejercicio del Poder Constituyente originario, o la ley, como producto del órgano parlamentario en representación de la voluntad popular.

Ahora bien, la Ley Antibloqueo, como vía de hecho normativa, ha pretendido modificar, e inclusive desvirtuar la naturaleza y competencias de los órganos constitucionales tales como, el Consejo de Estado, la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República.

En efecto, la Ley dispuso en su artículo 12 que corresponde al Consejo de Estado la supervisión y seguimiento de la implementación

---

3. Los que resulten de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica.
4. El producto de las contribuciones especiales."

42 Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en rechazo a la "Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos", Caracas, 21 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-en-rechazo-a-la-ley-constitucional-antibloqueo-para-el-desarrollo-nacional-y-la-garantia-de-los-derechos-humanos/

de dicha Ley Constitucional y de su eficacia como instrumento para mitigar los efectos nocivos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan a la República y que a tal efecto dicho Consejo celebrará reuniones bimestrales de evaluación y recomendará al Ejecutivo Nacional las acciones tendentes a mejorar su eficiencia o facilitar su implementación.

La Ley distorsiona la naturaleza de órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional que le otorga la Constitución en el artículo 251 y que consiste precisamente en recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión, y lo convierte en un órgano ejecutivo de supervisión y seguimiento de la aplicación de una inconstitucional ley constitucional.

De otra parte, la ley le otorga a la Procuraduría General de la República una serie de atribuciones no contempladas en la Constitución, ni en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República como son emitir opiniones favorables sobre los documentos contentivos de negocios jurídicos que resulten necesarios para la implementación de las medidas previstas en el capítulo II de la Ley Antibloqueo (artículo 34); dirigir el "*Sistema de Asistencia y Protección Legal ante las Medidas Coercitivas Unilaterales*", el cual tiene por finalidad asistir, orientar y proteger, nacional o internacionalmente, a las "*víctimas directas de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas y que la imposición de las mismas afecte o pueda afectar directa o indirectamente los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República o la satisfacción de las necesidades de la población*" (artículo 36).

Asimismo, la Ley Antibloqueo faculta a la Procuraduría General de la República inclusive para "*cuando lo estime pertinente para el mejor desempeño de sus funciones*", y previa autorización de la Vicepresidencia de la República, designar representaciones en el extranjero tendentes a cumplir los fines del Sistema de Asistencia y Protección Legal ante las Medidas Coercitivas Unilaterales. Es decir es una norma que modifica la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Así también, si bien el artículo 13 de la Ley Antibloqueo dispone que todos los actos públicos dictados en aplicación de dicha "Ley Constitucional" quedan sometidos al control posterior por parte de la Contraloría General de la República, quien "*deberá ejercerlo eficaz y oportunamente conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación nacional vigente que corresponda*", es lo cierto que dicho control queda desvirtuado cuando el artículo 43 modifica el ejercicio de las funciones propias de control de la Contraloría General de la República respecto de los procedimientos, actos y registros declarados "secretos y reservados".

En efecto, dispone la Ley Antibloqueo en el artículo 43 que aunque dicha declaratoria de reserva no obsta para el ejercicio de las facultades de control fiscal correspondientes a la Contraloría General de la República, sí obliga a que dicho órgano deba "*coordinar con el Ejecutivo Nacional los mecanismos idóneos de aporte de información, auditorias y procedimientos de control, que aseguren la reserva de dicha información y garanticen que la misma no sea utilizada por terceros con la finalidad de dirigir contra determinados sujetos, el Poder Público venezolano o sus instituciones y actividad administrativa, nuevas medidas coercitivas unilaterales u otras medidas restrictivas o punitivas, o agravar las existentes*", sometiendo de esta forma el ejercicio de las funciones constitucionales del máximo órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, que además según la Constitución goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa (artículo 287 de la Constitución), a las órdenes del Ejecutivo Nacional.

4.2. Principio de transparencia y acceso a la información de interés general (artículos 143 de la Constitución, 22, 11, 12 y 159 de la LOAP)

El funcionamiento, actuación y estructura de la administración debe ser accesible a todos los ciudadanos para que puedan conocer la información generada por las administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general.

El principio de transparencia exige que la Administración informe a los ciudadanos de todo lo concerniente a la actividad administrativa que realiza (función, competencias, organización, procedimientos, resultados, presupuesto y gastos, entre otros) para el necesario control de esa actividad[43].

En este orden de ideas, el artículo 143 de la Constitución contempla el derecho de todas las personas de acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

A nivel legal, este principio se encuentra consagrado en la LOAP cuyo artículo 22 dispone que la estructura organizativa preverá la comprensión, acceso, cercanía y participación de las personas de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio. De otra parte el artículo 159 de la LOAP dispone el derecho de toda persona de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto[44].

En términos generales, los principios reconocidos en la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano como fundamentales para la materialización de una buena administración pública están enunciados en el artículo 10 de la LOAP que establece que 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, pa-

---

43 Carlos Reverón Boulton, "El derecho de acceso a la información: opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela", ob. cit. pp. 177-178.

44 Véase al respecto Allan Brewer-Carías, "El principio de la transparencia en la actuación de la Administración Pública y su distorsión en un régimen autoritario," en *Revista de Derecho Público*, número 151-152, (julio-diciembre 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 117-128.

ralelismo 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.

En fecha 05 de abril del 2016 fue aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública, el cual en 97 artículos establece un sistema que promueve los principios de transparencia, rendición de cuenta y participación ciudadana en la gestión pública, así como el derecho de acceso a la información pública, como derecho fundamental que tiene toda persona a conocer la manera en la que gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, lo cual permite indagar, cuestionar, opinar y controlar la función pública, y por supuesto, mejorar la calidad de la democracia (véase Exposición de Motivos del Proyecto de Ley).

De otra parte, en el ámbito internacional, la Carta Democrática Interamericana establece en su artículo 4, como componente fundamental de la democracia, la "*transparencia de las actividades gubernamentales*". Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como derecho humano fundamental, el derecho a la información y la consecuente obligación de los Estados de brindar la información que obre en su poder a sus ciudadanos. Sobre el derecho a la información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en sentencia 24 de noviembre de 2010, caso "Gomes Lund y otros vs. Brasil", lo siguiente:

> *"(...) para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho [de acceso a la información] es necesario que la legislación y la gestión estatales se rijan por los principios de buena fe y de máxima divulgación, de modo que toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones. Igualmente, toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, correspondiendo al Estado la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información [demostrando, incluso en ausencia real de ella, que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobarlo], y ante la duda o el vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información. Por otro lado, la Corte recuerda lo indicado sobre la obligación de*

las autoridades estatales de no ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información en casos de violaciones de derechos humanos (supra párr. 202).”[45]

Asimismo, de conformidad con la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos*”, por lo que, “*[l]os Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho*”[46]. Además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 19 de septiembre de 2006 (caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 151) determinó que en aras de garantizar este derecho humano fundamental para la existencia de una democracia, el acceso a los documentos y archivos del Estado debe regirse por el “*principio de máxima divulgación*”. En efecto, en esta oportunidad la Corte dispuso:

“86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006).”

El principio de transparencia y el de participación están estrechamente vinculados y son elementos fundamentales de la democracia, razón por la cual “*la reserva en la publicidad de la información es*

[45] Cit. en Carlos Reverón Boulton. “El derecho de acceso a la información: opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela”, ob. cit. P. 171.

[46] Véase la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, CIDH, 2000. Cit. en Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en rechazo a la “Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos”, ob. cit.

inadmisible y sólo puede ser tolerable de manera muy excepcional, justificada y razonada y únicamente cuando la ley lo permita"[47]. Ciertamente, "*por regla general se debe permitir el acceso a la información, ante la duda o vacío legal debe prevalecer el derecho en cuestión, las limitaciones solo podrán ser excepcionales (régimen limitado y de interpretación restrictiva), por lo que toda negativa debe ser motivada y corresponde al Estado demostrar que se está ante una excepción*"[48].

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español el derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la administración y los ciudadanos. De forma que el principio de transparencia es inherente a una administración democrática y participativa, que dialoga y concreta sus decisiones políticas con sus ciudadanos. Es también una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa.

4.2.1. Principio de transparencia y acceso a la información de interés general y Ley Antibloqueo

La Ley Antibloqueo, a contracorriente de lo antes expuesto, pretende generar un régimen desprovisto de toda transparencia, haciendo de la excepción -la reserva de publicidad- la regla, alejando a la ciudadanía cada vez más de la democracia y contribuyendo al secretismo y oscuridad en la gestión pública y por ende, a la corrupción. Además de la potestad otorgada al Ejecutivo Nacional para inaplicar todo tipo de normas según lo considere indispensable para ejecutar las medidas económicas destinadas a implementar los objetivos de la Ley, se establece que dicha "inaplicación" de normas debe hacerse en el marco oculto de lo secreto y confidencial, de espaldas y fuera del conocimiento de los ciudadanos.

---

[47] Carlos Reverón Boulton, "El derecho de acceso a la información: opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela", ob. cit. pp. 177-178.

[48] *Ibidem*, p. 171.

Sin embargo, conforme a las previsiones de esta "Ley Constitucional", la desaplicación de las normas legales y reglamentarias que autoriza, para implementar el cambio de una política económica de desestatización, desnacionalización y privatización, que también afecta a todos los ciudadanos, se declara como una materia concerniente a "la seguridad de la Nación" y se la considera como una actividad secreta del Estado.

Con ello, se coloca al ciudadano en la absurda situación de no saber ni poder saber -porque está prohibido, al ser secreto - cuál norma está o no en aplicación, o cuál negociación se hizo, pudiendo ser objeto, de conformidad con la Ley Antibloqueo, "*del régimen de responsabilidades establecido en el ordenamiento jurídico aplicable*", "*por la infracción al régimen transitorio al que se refiere esta Ley Constitucional*" (artículo 41), es decir que podría ser sancionado inclusive con pena de prisión si pretende "develar" el secreto, conforme a la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (artículo 55).

Bajo este régimen de opacidad se pretende ocultar quiénes adquieren los bienes del Estado, cuánto pagan, los plazos y condiciones, garantías, excepciones de responsabilidad, procedimientos de licitación o asignación directa, los actos y registros, la jurisdicción aplicable (país en el que se podrá exigir el incumplimiento de obligaciones), causales de nulidad, métodos de interpretación.

Un ejemplo lamentable de esta situación es el artículo 42 de la Ley, el cual dispone:

> *"se declaran secretos y reservados los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas establecidas [...en] esta Ley Constitucional, que supongan la desaplicación de normas de rango legal o sublegal [...]".*

Además, el mismo artículo 39 de la "Ley Constitucional" insiste en el tema de la confidencialidad y secreto, al autorizar a "*las máximas autoridades de los* órganos *y entes de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada*", para otorgar, "*por razones de interés*

y conveniencia nacional" "*el carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia*, *que en cumplimiento de sus funciones estén conociendo, en aplicación de esta Ley Constitucional*," lo cual debe hacerse "*por acto debidamente motivado, por tiempo determinado y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos adversos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas impuestas*.".

La consecuencia de la declaración de confidencialidad, es que dicha documentación así calificada de secreta, confidencial y reservada, "*será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad*" destacándose en su "*portada la advertencia correspondiente, expresando la restricción en el acceso y divulgación y las responsabilidades a que hubiera lugar para aquellos funcionarios o personas que puedan infringir el régimen respectivo*" (art. 40).

Pero hay otra consecuencia de esta regulación expresa de la falta de transparencia y es, como lo dice el artículo 41 de la ley, el establecimiento de una prohibición al "*acceso a documentación que haya sido calificada como confidencial o reservada*" lo que implica que de los mismos no pueden "*expedirse copias simples ni certificadas*."

Las previsiones en la Ley sobre el "control" posterior por parte de la Contraloría General de la República (art. 13), no son efectivas desde que para que la Contraloría pueda tener acceso a los documentos secretos deberá "coordinar" con el Ejecutivo Nacional cómo ejercer su control (art. 43), lo que es la negación del control mismo.

De otra parte ha llegado a degradarse de tal forma la independencia del poder judicial que la "Ley Constitucional" ordena a los órganos judiciales que requieran información declarada como confidencial, "tramitar" sus requerimientos ante el Procurador General de la República quien será el que decida sobre el asunto (art. 44). Esta regulación afecta gravemente la autonomía e independencia del Poder Judicial y cercena también el principio de separación de los poderes, base constitucional del Estado de derecho.

4.3. Principio de buena fe y confianza legítima (artículos 9 de la LSTA y 11 de la LOPA)

De acuerdo con el principio de buena fe, tanto las autoridades administrativas como los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. El principio de la buena fe "*tiene que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa*."[49].

El principio de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la LSTA implica que en todas las actuaciones que se realicen ante la administración pública se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario. De otra parte, en virtud del principio de confianza legítima, la actuación administrativa deberá ser respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado.

De esta forma, el principio de la confianza legítima se refiere a la expectativa plausible que tienen los particulares de que la administración pública siga decidiendo tal como lo ha venido haciendo en una materia en base a sus actuaciones reiteradas.

La Ley Antibloqueo impide toda expectativa plausible, cualquier seguridad jurídica o confianza legítima que pueda esperarse de la administración y la razón es, precisamente, que otorga las más amplias facultades a la administración para ocultar y reservar información, y por lo tanto excluye del conocimiento de los administrados toda información relacionada con los procedimientos, actos y negocios jurídicos celebrados en aplicación de la Ley Antibloqueo negándoles toda certidumbre que pudieran tener.

4.4. Principio de proporcionalidad (artículos 12 de la LOPA y 10 de la LOAP)

Las decisiones administrativas deben ser proporcionales al fin previsto en el ordenamiento jurídico; se dictarán en un marco de justo equilibrio entre el interés general y el interés particular y se evitará limitar

[49] Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. Cit. p. 22

los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.

El principio de proporcionalidad, regulado en los artículos 10 de la LOAP y 12 de la LOPA, postula que los órganos y entes de la administración deben adoptar la técnica de limitación menos lesiva a las libertades de los ciudadanos, y entre varias opciones, deben seleccionar la que vulnere en menor medida la libertad. En efecto, se exige, para legitimar la actuación de la administración pública, la existencia de un motivo verdadero y serio, además de la idoneidad de los medios de actuación adoptados, su absoluta necesidad y la elección del medio menos gravoso, así como el equilibrio entre la trascendencia de la actuación de la administración y la utilidad obtenida y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines.

El principio de proporcionalidad es un importante límite al poder y un instrumento para la protección de los derechos fundamentales, precisamente porque sirve como mecanismo formal-material condicionante de la intervención estatal en los derechos fundamentales. Tal y como señala Jesús María Casal:

> *"La proporcionalidad se erige, por tanto, (...), en un principio transversal en el examen de la licitud de las injerencias en los derechos fundamentales. El enlazamiento entre la proporcionalidad y la exigencia de precisión normativa opera en ambos sentidos, ya que la oscuridad, lagunosidad o indeterminación de una ley restrictiva, que por sí sola puede llegar a justificar la declaratoria de su inconstitucionalidad, tiende a acrecentar el riesgo de adopción de medidas abusivas que pretendan apoyarse en el incierto texto legal"*[50].

La desaplicación de la ley es el mayor grado de afectación que puede tener la sociedad. La deslegalización conlleva a la ruptura de cualquier principio de seguridad jurídica. De otra parte, este principio se pone en riesgo también con el artículo 24 de la Ley Antibloqueo a través del cual se le otorga el más amplio margen para la protección del patrimonio de la República. En efecto, dispone el artículo 24:

[50] Jesús María Casal ob. cit. P. 49.

"Con el objeto impedir o revertir actos o amenazas de inmovilización, despojo o pérdida de control de activos, pasivos e intereses patrimoniales de la República o de sus entes, por efecto de la aplicación de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, se autoriza la celebración de todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios para su protección, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

Cuando la Ley Antibloqueo autoriza expresamente, sin excepción, la realización de cualquier acto o negocio jurídico "necesario" para proteger los intereses patrimoniales de la República, la actuación de la administración se convierte en un peligro para los derechos y libertades de los administrados; la exigencia de proporcionalidad se podría ver gravemente afectada ante la amplísima discreción que otorga la ley al sujeto jurídico autorizado, que además es indeterminado por la ley.

Tengamos presente también que la discrecionalidad, "como posibilidad que por disposición legal o reglamentaria se le da al órgano administrativo de disponer de un margen libre de apreciación que le permite aplicar sus criterios de oportunidad y conveniencia del acto administrativo"[51], está regulada en el ordenamiento jurídico venezolano a través de la LOPA.

En efecto, de conformidad con el artículo 12 de la LOPA "*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.*".

Se desprende del precitado artículo de la LOPA el establecimiento de límites al poder discrecional de la administración. La discrecionalidad, lo ha dicho la jurisprudencia y lo ha trabajado la doctrina, no puede convertirse en arbitrariedad. En efecto, la LOPA expresamente regula

[51] Hildegard Rondón de Sansó, "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en Allan R. Allan Brewer-Carías, Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos Nº1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

la discrecionalidad al establecer que cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad administrativa competente, dicha medida -es decir el acto que se adopte- debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, los requisitos y las formalidades necesarias para su validez y su eficacia.

4.5. Principio de responsabilidad y rendición de cuentas (artículos 140 y 141 de la Constitución, 14 de la LOAP, 51 y 52 de la LOCGR)

Por este principio la administración debe responder por las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Igualmente, la administración pública deberá rendir cuentas de sus actuaciones y publicar las evaluaciones de sus unidades.

Este principio de responsabilidad del Estado está contemplado en el artículo 140 de la Constitución que dispone que "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública*", así como en el artículo 141 que señala que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta entre otros, en el principio de responsabilidad en el ejercicio de la función pública; y a nivel legal en el artículo 13 de la LOAP que establece:

> *"La Administración Pública será responsable ante las personas por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier índole que corresponda a las funcionarias o funcionarios por su actuación.*
> *La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran las personas en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento."*

Por su parte, el principio de rendición de cuentas, que implica la obligación de demostrar formal y materialmente, la corrección de la administración, manejo o custodia de los recursos se encuentra regulado

en el artículo 14 de la LOAP que establece que los funcionarios de la administración pública deberán rendir cuentas de los cargos que desempeñen, en los términos y condiciones que determine la ley.

Asimismo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal[52] (LOCGR) dispone en su artículo 51 la obligación de formar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, de las personas que administren, manejen o custodien recursos de los entes y organismos del Poder Público, en la forma, oportunidad y ante el órgano de control fiscal que determine la Contraloría General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República. Determina también la LOCGR que tienen igual obligación quienes administren o custodien, por cuenta y orden de los referidos entes y organismos, recursos pertenecientes a terceros.

De igual forma, deberán rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, así como establecer un sistema de control interno, quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos del Poder Público, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones, o alguna otra modalidad similar, de conformidad con el artículo 52 de la LOCGR.

Ahora bien, ¿cuál rendición de cuentas o grado de responsabilidad puede haber en un Estado deslegalizado y dentro de la mayor opacidad en el ejercicio de la actividad administrativa?. La Ley Antibloqueo autoriza expresamente al Ejecutivo Nacional para que inaplique normas que se hagan imposibles de cumplir u obstaculicen el cumplimiento de la Ley Constitucional, lo cual podría incluir las normas de la LOCGR. Inclusive, como ya hemos señalado, la Ley limita directamente las potestades de control sobre los actos jurídicos denominados reservados o secretos, sobre los cuales la Contraloría General de la República únicamente podrá ejercer control si el Ejecutivo Nacional lo permite.

[52] Gaceta Oficial número 6.013 del 23 de diciembre de 2010.

5. CONCLUSIONES

1. En la medida en que el derecho administrativo avanza en busca de la consolidación de la idea de una buena administración que permita el pleno disfrute de los derechos y libertades de los ciudadanos; en la medida en que es hoy un derecho fundamental considerar que toda la actividad que realice la administración sólo se justifica si es para permitir el pleno disfrute de los derechos de los administrados, en Venezuela, la paradoja, la otra cara de la moneda, el lado oscuro de la explicación, es que, a través de la deslegalización se pretende construir un pseudo ordenamiento jurídico que protege el poder, que permite la arbitrariedad y justifica el abuso de los derechos.
2. La Ley Constitucional Antibloqueo es una forma de desconstitucionalizar y deslegalizar el orden jurídico en Venezuela. Es la violación de los principios fundamentales del Estado constitucional de derecho y el desconocimiento total de los derechos y garantías de los particulares. Se presenta a la ley, no como un límite a la arbitrariedad y una garantía para el correcto ejercicio y disfrute de los derechos y libertades, sino como un obstáculo que cuando estorba se puede inaplicar de manera general e indefinida. Es la arbitrariedad autorizada con una vía de hecho con el nombre falso de Ley Constitucional.
3. Como señaló el Bloque Constitucional de Venezuela, la pretendida Ley Constitucional Antibloqueo, es una *"hoja en blanco constitucional", a ser llenada con la sola voluntad ilimitada de los detentadores del poder, es la expresión más inequívoca de la arbitrariedad, de la ausencia de Estado de derecho, lo que generará mayor vulnerabilidad e imprevisibilidad para los venezolanos."*[53]

[53] Bloque Constitucional de Venezuela, "El Bloque Constitucional de Venezuela a la opinión pública nacional e internacional sobre la pretendida ley antibloqueo", Caracas, 19 de octubre de 2020. Disponible en: https://bloqueconstitucional.com/el-bloque-constitucional-de-venezuela-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional-sobre-la-prentendida-ley-antibloqueo/

6. BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, "Pronunciamiento en rechazo a la "Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos", Caracas, 21 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-en-rechazo-a-la-ley-constitucional-antibloqueo-para-el-desarrollo-nacional-y-la-garantia-de-los-derechos-humanos/

ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho administrativo constitucional*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA, "El Bloque Constitucional de Venezuela a la opinión pública nacional e internacional sobre la pretendida ley antibloqueo", Caracas, 19 de octubre de 2020. Disponible en: https://bloqueconstitucional.com/el-bloque-constitucional-de-venezuela-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional-sobre-la-prentendida-ley-antibloqueo/

BREWER-CARÍAS, Allan, "La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho*, número 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966,

_____ "Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos", *Revista de la Facultad de Derecho*, número 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971.

_____ *Los Deberes de los Funcionarios Públicos*, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, Caracas, 1971.

_____ "Comentarios sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal", en *Revista de Derecho Público,* número 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980.

_____ "La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Colección Textos Legislativos, número 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

_____ "El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela," en *Revista de Administración Pública*, número 100–102, Vol. I, Madrid, 1983.

_____ *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

_____ "El concepto del derecho administrativo en Venezuela", *Estudios de derecho administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986.

_____ *Tratado de Derecho Administrativo*. *Derecho Público en Iberoamérica*, La Administración Pública, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

_____ "El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina", en Domingo García Belaúnde, *Homenaje a Valentín Paniagua*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010.

_____ "La administración pública para servir a los ciudadanos o a la burocracia: la mutación en el caso de Venezuela", en *Derecho administrativo e integración europea estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 1, T. 1, Reus, España, 2017.

_____ "El principio de la transparencia en la actuación de la Administración Pública y su distorsión en un régimen autoritario," en *Revista de Derecho Público*, número 151-152, (julio-diciembre 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

_____ "La ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico", New York, 04 de octubre, 2020. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/212.-A.R.-BREWER-CARIAS.-Una-Monstruosidad-juridica.-Ley-Antibloqueo.-4-10-2020.pdf

BRITO GARCÍA, Luis, " Proyecto Ley Antibloqueo," *News Ultimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: https://theworldnews.net/ve-news/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia.

CARMONA BORJAS, Juan C., "Implicaciones jurídicas de la Ley Constitucional Antibloqueo en el ejercicio de la actividad petrolera". Consultado en original.

CASAL, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo Comparado y Jurisprudencia Interamericana.* Editorial Temis, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2020.

DELPIAZZO, Carlos E., "Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global", en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo*, Tomo II, Paredes, Caracas, 2009.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, "Carl Schmitt y las leyes constitucionales" en *Opinión y Noticias*, Caracas, 16 de septiembre 2020. Disponible en: https://www.opinionynoticias.com/opinionpolitica/37683-carl-schmitt-

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*. 4° Edición, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962.

GONZÁLEZ, Alejandro, Alejandro González, "Ley Antibloqueo: hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho", en *Bloque Constitucional*, 12 de octubre 2020. Disponible en: https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/

GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo de la economía.* Tomo 9, Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo1.pdf

HAURIOU, Maurice, *Precis de droit administratif et de droit*, reimpr. De la 12ª ed., Dalloz, París, 2002.

HERNÁNDEZ, José I., "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 16, Coruña, 2012, págs. 197-224. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/61909946.pdf

HERRERA ORELLANA, Luis, "Derecho administrativo y libertad: o de por qué el derecho administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* número 2/2014, Universidad Monteávila, Caracas, 2014. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/2/REDAV_2014_2_71-94.pdf

MUCI BORJAS, José A., "EL ESTADO SOY YO. La encubierta abolición del principio constitucional de división del Poder Público por obra de la Asamblea Nacional Constituyente". Consultado en original. Madrid, 17 de noviembre de 2020.

RANGEL RACHADELL, Jesús, "Todo será secreto," en *El Nacional*, 13 de octubre de 2020, disponible en: https://www.elnacional.com/opinion/todo-sera-secreto/

REVERÓN BOULTON, Carlos, "El derecho de acceso a la información: opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela", en *Revista de Derecho Público* número 161-162, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

RODRÍGUEZ, Libardo, "El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia", en Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno, *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16333/16741/

_____ "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 16, 2012. Disponible en: https://core.ac.uk/reader/61909988

_____ "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", en *MISIÓN JURÍDICA,* Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia), Colaboradores Externos Internacionales, número 6, Año 2013, enero-diciembre. Disponible en: https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2017/04/art1-2.pdf

RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando, "Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática", en *Revista de Derecho Público,* número 117/2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" en BREWER-CARÍAS, Allan, RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, y URDANETA, Gustavo, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos Nº1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (Editor), *Obra jurídica de un constituyente: Fernando Lizardi*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5853

CASACIÓN DE INSTANCIA POR CONTROL DIFUSO CONSTITUCIONAL Y POR OBITER DICTUM O LA INSTAURACIÓN DE LA CASACIÓN DE INSTANCIA FUERA DE LA RESERVA LEGAL.

DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR* Y DR. JUAN VICENTE ARDILA PEÑUELA.**

SUMARIO

I. Las fuentes formales de la nueva casación civil. II. Las reglas del control difuso de la constitucionalidad. III. El derecho comparado en materia del control difuso de la constitucionalidad. IV. Las reglas del control difuso de la constitucionalidad y la sentencia no. 510 de fecha 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil. V. La inseguridad jurídica de las reglas procesales fijadas fuera de la reserva legal. VI. Límites competenciales constitucionales de la Sala de Casación Civil y de la Sala Constitucional, VII. El desconocimiento del carácter imperativo y no formal o neutral de las leyes procesales. VIII. Comentarios sobre aspectos del recurso de casación según las interpretaciones de la Sala de Casación Civil IX. Reflexiones finales

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia. Expresidente e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado, especialista en casación civil.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1573-1636 ISSN: 0798-1457

I. LAS FUENTES FORMALES DE LA NUEVA CASACIÓN CIVIL

Tal como se puede concluir de las sentencias No. 362 del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y Nº 510 del 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil del mismo Tribunal, integrado por los magistrados designados por la Asamblea Nacional en diciembre de 2015; a través de la mutación de la revisión del control constitucional difuso en control concentrado de la constitucionalidad y de la conversión de la figura *obiter dictum* en fuente directa del derecho procesal; y posteriormente de la sentencia N.º 254, del 29 de mayo de 2018, de la misma Sala de Casación Civil, que califico de «decisión reglamentaria»; dichas Salas introducen en Venezuela un tipo mixto de una casación formal y de una casación de instancia[1].

Modelo este que consiste en la casación de oficio, la casación parcial, la casación sin reenvío como regla general, la eliminación del recurso de nulidad y en el establecimiento de una audiencia de partes en el trámite del recurso de casación. Y que indudablemente se aleja del modelo tradicional de este recurso, cuya reforma, sin embargo, ya se había adelantado con las modificaciones introducidas por el Congreso de la República en el Código de Procedimiento Civil de 1990, cuando estableció la procedencia de la casación de forma solo en los casos en que se menoscabe el derecho de defensa o se omita, lesione o quebrante

[1] El profesor Luis Aquiles Mejía respecto de esta "decisión reglamentaria", afirma, que, "Esta reglamentación precede un recurso de casación que carece de toda relación con la cuestión. La sentencia, después de reglamentar los futuros recursos de casación, declara perecido el recurso que había examinado' (Ver Luis Aquiles **Mejía Arnal**, "La nueva casación civil", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 11, 2018, pp. 403, Nota 4, al pie de página (disponible en: RVLJ-11-397-416.pdf).

el orden público; y la casación de oficio únicamente para los supuestos de infracciones de orden público y constitucionales que se encontraren, aunque no se las hubiere denunciado; y también al consagrar la competencia de la Sala de Casación Civil para analizar el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas. Asimismo, en la reforma de 1990, se había adelantado la casación sin reenvío en los casos de ser innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto o cada vez que los hechos que hubieran sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces del fondo, permitan a la casación aplicar la apropiada regla de derecho[2]. Sin embargo, en la reforma de 1990 del indicado Código se mantenía la casación múltiple en los casos de casación de forma, el recurso de nulidad contra la nueva sentencia de reenvío y no se contemplaba la casación sin reenvío como regla general[3]. Aspectos estos sobre los cuales en la doctrina se discutía aun sobre su derogación o reforma[4].

La reforma de la nueva casación de instancia surge por la desaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil al resolver sobre la procedencia del recurso de casación civil, en un caso particular[5], por la sentencia Nº 510 de la Sala de Casación Civil del 28 de julio de 2017: y por la declaratoria de la nulidad de tales artículos gracias a la sentencia No. 362 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2018, en un

---

2 Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990 (artículos 313, 317, 320 y 322).

3 Artículos 320, aparte tercer, y 523, del Codigo de Procedimiento Civil del 18 de septiembre de 1990.

4 Entre otras obras, ver Ramón **Escovar León,** *Reflexiones sobre el razonamiento juridico. El sistema de casación venezolana (La Casación Civil vs. La Casación Social)*. Ed. Legis 2012.

5 Sociedad mercantil **MARSHALL Y ASOCIADOS C.A vs.** la sociedad de comercio **ASEGURADORA NACIONAL UNIDA UNISEGUROS, S.A, recurso de casación contra la sentencia del 4 de febrero de 2015 del** Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaro sin lugar la apelación ejercida contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2012, por el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas, que **CON LUGAR** la demanda por **EJECUCIÓN DE FIANZA** ejercida por la empresa **MARSHALL Y ASOCIADOS C.A.**, en contra de la empresa **ASEGURADORA NACIONAL UNIDA UNISEGUROS S.A (Exp. 2017-000124).**

procedimiento de revisión de la mencionada sentencia de la Sala de Casación Civil. Sentencias estas que además de eliminar el artículo 522, citado, reformaron o reescribieron los artículos 320, 322, parcialmente, y 323 del Código de Procedimiento Civil, y declararon "*en desuso*", también, por vía de consecuencia, el artículo 210. Ello sin que hubiera sido impugnada, en el caso particular, la sentencia recurrida por inconstitucionalidad alguna y ni siquiera cumplido el debido proceso contradictorio sobre la inconstitucionalidad de las citadas normas procesales, que vale como una formalidad esencial en las acciones de nulidad populares. E incluso, esa nueva casación, derivada de la mencionada sentencia No. 362/2018, de la Sala Constitucional, fue regulada o "*reglamentada*" por la sentencia N.º 254, del 29 de mayo de 2018, de la misma Sala de Casación Civil, que cómo se expresó, citando al profesor Luis Aquiles Mejía Arnal, carecía de toda relación con la cuestión debatida, y que se dispuso ha de normar los futuros recursos de casación, a pesar de que se trató de una sentencia dictada para un caso particular y por lo tanto, sin efectos *erga omnes* o generales.

Es verdad que se ha propuesto doctrinariamente la reforma del prototipo de casación civil introducido en el Código mencionado de 1990, respecto de la fase del reenvío, del recurso de nulidad, de la casación múltiple, y de la reposición de la causa por la declaratoria con lugar de una infracción de forma, distintas a la violación al derecho de defensa[6].Tal planteamiento incluso fue el fundamento que tuvo en cuenta la Asamblea Nacional para justificar la modificación del recurso de casación en el proceso laboral con la ayuda oportuna de la sanción de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002, en cuyo proyecto los distintos sectores del Sistema de Justicia tuvieron la más amplia participación[7]. Además de que, en estricto derecho, tanto en una u otra de las sentencias mencionadas de las referidas Salas del Tribunal Supremo de Justicia; se quebrantaron directamente las reglas del llamado control difuso de la constitucionalidad y del control concentrado de la constitucionalidad, y al mismo tiempo, se usurpó la reserva legal y de paso fue totalmente desconocido el debido proceso de la acción popular de nulidad de las

[6] Cf., **Ramón Escovar León,** *Reflexiones sobre el razonamiento jurídico. El sistema de casación venezolana (La Casación Civil vs. La Casación Social)*. Ed. Legis 2012., antes citado.

[7] Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002 (arts. 167 a 177).

leyes por inconstitucionalidad. Y, además, se confeccionó su regulación para el futuro mediante una sentencia calificada de reglamentaria de sentencias anteriores, e, incluso de la propia Sala Constitucional.

Según el académico y profesor **Ramon Escovar León** la sentencia N.º 510/2017 de la Sala de Casación Civil, ratificada con la sentencia N.º 362/2018 de la Sala Constitucional, que eliminó el reenvío y estableció la casación de instancia, no es más que" *una manera de arrebatarle a la Asamblea Nacional sus facultades legislativas*"[8]. Sin lugar a dudas, que estas sentencias resultan ser propias de lo que en la doctrina y en el derecho comparado se atribuye a una suerte de activismo judicial por el cual se prescinde de elementos fundamentales del Estado democrático de Derecho, por un supuesto afán innovativo del proceso[9]. Sobre estas sentencias, haremos, reflexiones y comentarios, para la historia del derecho venezolano y para el derecho comparado, de cómo se consagró una casación de instancia no por ley o código alguno, sino por intermedio de sentencias dotadas de simples efectos particulares sin que, por supuesto, éstas llenen los elementos de los cuales se basa el legislador para crear disposiciones jurídicas de donde nace el

---

[8] **Ramón Escovar León, "La** interpretación de los contratos y la casación venezolana"**,** *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* No 13, 2020. P. 132. Disponible en: RVLJ-13-105-134.pdf)

[9] **Activismo Judicial**. Expresión acuñada en los Estados Unidos de América (*judicial activism*) para referirse a la disposición de jueces y tribunales a hacer uso de una interpretación expansiva, encaminada ya sea a ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos o a lograr determinados cambios y resultados de política pública. Jurídicamente, el activismo judicial se traduce con frecuencia en la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad, o en la interrupción o modificación de criterios de interpretación establecidos y confirmados. Igualmente, consideran que el activismo judicial se manifiesta en que los jueces y tribunales no se limitan a resolver las cuestiones que se les ha planteado en un asunto concreto, sino que las exceden por razones de interés personal o ideología política. En ambos casos, se extralimitan en el ejercicio de sus facultades, e invaden el ámbito de poder legítimo de los legisladores y otros órganos del Estado. Sin embargo, puede haber también un activismo judicial de signo "conservador", dirigido a suprimir o modificar las "conquistas" de la "izquierda", así como a restablecer situaciones jurídicas del pasado. Desde esta perspectiva, se ha llegado a decir que "activismo judicial" es sencillamente el calificativo que las personas dan a las resoluciones judiciales que no son de su agrado. (Fuente: ***Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*** (coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, Disponible en: ttps://lpderecho.pe/descarga-pdf-dos-tomos-diccionario-derecho-procesal-constitucional-convencional/)

derecho. O, una mejor forma de decirlo sin que tengan la calidad de fuente formal de derecho, amén de lo que significan como trastrocamiento por parte de esas Salas de las reglas fundamentales del Estado democrático de derecho, del principio de la reserva legal, de los límites constitucionales de la jurisdicción, de la garantía del debido proceso y de las reglas del control difuso y del control concentrado de la constitucionalidad. Y aún más, aceptando con benevolencia que es posible complementar normas jurídicas en revisiones de este tipo de sentencias definitivas y firmes dictadas por una cualquiera de las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, por cuyo intermedio se ejercite un control difuso de la constitucionalidad que recaen sobre leyes u otras normas jurídicas; la Sala Constitucional, si considero inconforme lo decidido por la Sala de Casación Civil, no podía convertir de oficio esa revisión en un control concentrado de constitucionalidad y declarar la nulidad de los artículos en cuestión con efectos generales y *ex nunc*. En efecto, con toda la competencia de la Sala Constitucional de revisión de sentencias en casos de control difuso de constitucionalidad, esta Sala no está exonerada absolutamente de cumplir con el procedimiento debido y contradictorio de dicho control concentrado de constitucionalidad, conforme lo exigen los artículos 128 y 145, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con su artículo 25.1, y los artículos 26 y 49, de la Constitución. Y, en el caso concreto, no cabía insurreccionarse contra las reglas, valores y principios que componen la noción más elemental del debido proceso de las acciones colectivas o populares de inconstitucionalidad, lo cual no podía ignorar la Sala Constitucional, de acuerdo con el artículo 257, de la Constitución, porque el debido proceso, obligatorio para todo tribunal, está rodeado de estrictos requisitos destinados a asegurar la pulcritud de los procesos judiciales por medio de las observancias de las debidas fórmulas de necesario cumplimiento para investirlas de su más completa autenticidad y del valor reclamado para toda clase de procedimiento. De manera que su subversión, siempre que dañe derechos e intereses del ciudadano, produce su nulidad, en vista de que el debido proceso asume la calidad de una formalidad esencial constitucional; de lo contrario, en caso de desacato a ese conjunto imposiciones, entonces el fin último de consolidar o defender los derechos y libertades

ciudadanas se viene abajo e igualmente arrastra el más eficaz mecanismo republicano y democrático en manos del ciudadano para combatir el ejercicio abusivo del poder, como lo es la denuncia de la usurpación o la extralimitación de las funciones públicas.

En nuestro criterio, la causa principal del quebrantamiento de las reglas del control difuso de la constitucionalidad y de la usurpación de la reserva legal, parte de la sentencia No. 362, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 11 de mayo de 2018, que proviene de su incongruencia , porque su rol era revisar si el control difuso utilizado por la Sala de Casación Civil, en su sentencia No 510 del 28 de julio de 2017, era acertado o no como herramienta para la declaración de la desaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y, por consecuencia, también la de su artículo 210; y si objetivamente hablando esa Sala de Casación Civil tenía o no competencia para sustituir sus preceptos por nuevas regulaciones del proceso de casación civil venezolano por una sentencia producida dentro del radio de acción de un recurso de casación, en un caso particular, y para disponer o no en una sentencia de efectos particulares la inaplicación erga omnes de los mencionados artículos. Es decir, el objeto de la referida sentencia de la Sala Constitucional debió ser la de decidir, si la Sala de Casación Civil había aplicado como corresponde el control difuso constitucional de desaplicación particular de normas legales. O, en otros términos, decidir si constitucionalmente por medio de una sentencia de casación relativa a la verificación o no de los errores o infracciones de las normas denunciadas como cargos de casación en contra de una sentencia de segunda instancia, exclusivamente dictada para la resolución y solución de un caso particular; la referida Sala de Casación, aprovechándose de una cuestión incidental, había o no asumido un omnímodo poder al derogar prácticamente el Título correspondiente del recurso de casación contenido en el Código de Procedimiento Civil vigente. Es decir, si por el conducto del llamado control difuso de constitucionalidad, por el que la desaplicación de normas legales carece de efectos absolutos o *erga omnes*, dicha Sala podía o no atribuir a su sentencia efectos derogatorios de normas legales. Sencillamente, la Sala Constitucional debía circunscribirse a decidir en este caso particular, si la Sala de Casación Civil, al utilizar un método reñido por

la ley, le era posible modificar y derogar las citadas normas jurídicas. Puesto que el recurso extraordinario de casación busca solo controlar el debido proceso y la correcta interpretación de las leyes por parte de los jueces a fin de establecer si hicieron el correcto empleo del derecho y, si, por tanto, hubo o no un trastrocamiento del sistema procesal, que convenientemente toca a la referida Sala Constitucional evitar. Y ello por cuanto esta Sala, por aplicación del artículo 34, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando declare conforme la desaplicación efectuada por la Sala de Casación Civil, al proceder de oficio a dar inicio como un asunto de mero derecho, al procedimiento de nulidad de los artículos desaplicados por la Sala de Casación Civil, no puede omitir absolutamente el debido trámite procesal que dicha nulidad reclama, conforme el artículo 257, de la Constitución, que por definición equivale, como se ha hecho mérito antes, a una formalidad esencial de un proceso popular o colectivo.

Debe recordarse que la Sala Constitucional en sentencia Nº 1717 del 26 de julio de 2002, Caso: Importadora y Exportadora Chippendale C.A., diferenció el control difuso de la constitucionalidad y el control concentrado de la misma, en cuanto a su procedimiento y en relación a sus efectos, cuando apuntó con vocación de futuro que:

> "A diferencia de lo que ocurre en el control difuso, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos *erga omnes*. A esta altura, lo importante para esta Sala es destacar que, a través del control difuso de la constitucionalidad, el criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes*".

Criterio este de diferenciación que ratificó la mencionada Sala

Constitucional en la sentencia No. 362, de fecha 11 de mayo de 2018, al afirmar:

> "(..) cuando se ejerce el control difuso de la constitucionalidad, se le resta eficacia a una o varias normas jurídicas dejando de ser aplicadas para el caso en particular por considerarse que es o que son contrarias a alguna o varias normas del Texto Fundamental, en otras palabras, la falta de aplicación de la norma considerada inconstitucional no apareja consecuencias inmediatas más allá de la ***litis*** en la que el control difuso se produjo, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter ***erga omnes***.
> A diferencia de lo anterior, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos ***erga omnes***.
> En nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano competente para llevar a cabo de manera exclusiva y excluyente el control concentrado de la constitucionalidad es esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (vid. Artículos 334, último párrafo y 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con lo dispuesto en los artículos 25.1 y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), por lo que las declaraciones con carácter general que se hacen en el ***obiter dictum*** de la sentencia objeto de revisión, no pueden surtir los efectos allí indica".

La indicada Sala Constitucional, en su sentencia No. 362/2018, en comento, declaró que la sentencia de la Sala de Casación Civil, No. 510 del 28 de julio de 2017, objeto de revisión:

> "evidenció las graves deficiencias de las cuales adolece nuestro recurso de casación civil, en virtud de la discrepancia existente entre ciertas normas procesales preconstitucionales que lo regulan con los postulados de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales son compartidas por esta Sala".

Pero, asimismo, afirmó, que, no comparte la Sentencia No 510 del 28 de julio de 2017, de la Sala de Casación Civil, respecto:

> "el pronunciamiento con efectos generales y ***ex nunc*** que se hace en dicho fallo, en tanto que el control difuso es un control concreto, referido a un determinado caso, siendo sus alcances solo ***inter partes".***

Vale decir, en razón de lo expuesto, que la Sala Constitucional declaró no conforme la aplicación del control difuso de la constitucionalidad que hizo la Sala de Casación Civil al atribuirle efectos generales a su sentencia. Pero, sin que hubiere sido bastante para impedirlo, la referida Sala Constitucional en su comentada sentencia No. 362/2018, consideró que tal desvirtuación del control difuso por parte de la Sala de Casación Civil, no infringió formalidad esencial alguna, puesto que estimó:

> "necesario y perentorio emitir un pronunciamiento que le de prevalencia al fondo de lo que ha sido planteado, *más allá de la forma en que se hizo la desaplicación por control difuso, sin que sea imperioso el trámite de procedimiento alguno, por tratarse de un* ***asunto de mero derecho***".

Brevemente, para la Sala Constitucional no tiene importancia la forma como se aplica el control difuso de la constitucionalidad, por cuanto es más necesario y perentorio emitir un pronunciamiento que le de prevalencia al fondo del asunto, a pesar de su doctrina expuesta en su sentencia Nº 1717 del 26 de julio de 2002, Caso: Importadora y Exportadora Chippendale C.A.; y que ratificó en la misma sentencia No. 362, del 11 de mayo de 2018, por la que se diferenció el control difuso de la constitucionalidad y el control concentrado de la misma, en conexión con su procedimiento y a sus efectos. Bien es verdad que la referida Sala Constitucional, tratándose de una materia relativa al debido proceso, abjuró lo concerniente al procedimiento de revisión de sentencias de control difuso de constitucionalidad y lo cambió radicalmente por uno de índole sumario, de cognición abreviada de nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea

Nacional, lo que entra en colisión con la Constitución de la República. En el orden de las ideas anteriores, debe señalarse que si bien, según el texto del artículo 34, ibidem, en los casos de revisión de decisiones sobre el control difuso de la constitucionalidad, la Sala Constitucional puede ordenar de oficio el inicio del procedimiento de nulidad que dispone la Ley que regula el Tribunal Supremo; pero, en contraste con lo anterior y de acuerdo con este mismo artículo, ello no era posible porque dicha Sala en la misma sentencia mencionada, declaró inconforme la sentencia de la Sala de Casación al otorgarle efectos generales y ***ex nunc*** a la desaplicación de los artículos del Código de Procedimiento Civil.. Mas, esto no le sirvió de traba a la misma Sala Constitucional para que estatuyera que no compartía el criterio de la Sala de Casación Civil, porque "*el control difuso es un control concreto, referido a un determinado caso, siendo sus alcances solo* ***inter partes".*** Similarmente, se observa que esa Sala incurrió en el inexcusable e insuperable vicio de contradicción en sus considerandos utilizados para construir su dispositivo que, irrevocable a la duda, inoculó una falta de coherencia argumental; en fin, una manifiesta falta de motivación.

A manera de ligera advertencia, ayudará y en mucho que si bien para el supuesto del inicio de oficio del trámite de nulidad por inconstitucionalidad, no se requiere la demanda popular de inconstitucionalidad que exige el artículo 32, de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ; porque el artículo 89, *ibidem*, faculta a este Tribunal para actuar de oficio en los casos que disponga la ley; conviene subrayar que esta actuación judicial es de naturaleza contradictoria, por lo que es capital en todo esto, que ha debido la Sala Constitucional cumplir con un acto obligatorio y de pronto despacho: fijar una oportunidad para escuchar alegatos y opiniones de los interesados, entre otros de abogados, que forman parte del Sistema de Justicia, y de la Asamblea Nacional, a la que se le había presentado un proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil, así como de procesalistas y de asociaciones de derecho procesal con lo que se coartó por anticipado a esos interesados la posibilidad de realizar actividades en pro o en contra de lo debatido. Ello en razón de que aun en los casos de su inicio de oficio y en los asuntos de mero derecho, no se puede prescindir de formalidades esenciales, en atención a lo que se deriva del artículo 257, constitucional,

como lo es oír los alegatos de los interesados. Ello, fundamentalmente por el carácter popular de la referida nulidad, que en este tipo de procedimiento se requiere y se necesita, porque de lo que se trata es de eliminar la voluntad general expresada en la ley.

A mayor abundamiento, la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa de toda persona, de ser oída en cualquier clase de proceso, son aplicables a cualquier actuación judicial, y con mayor razón, cuando se trata de acciones populares, donde se presume que todo ciudadano tiene interés en tales acciones. A todo lo expuesto, se añade que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 145, no incluye los procedimientos de nulidad del control concentrado de la constitucionalidad, a que se contrae el artículo 25.1, *ibidem*, dentro de las causas en las que no se requiere sustanciación, sino que, lejos de esto, dispone que se substanciarán con arreglo al procedimiento pautado en los artículos 128 y siguientes. En otros términos, hasta incluso en los casos en los que la Sala Constitucional declare urgente o de mero derecho un procedimiento de nulidad del control concentrado de la constitucionalidad y le dé inicio de oficio; después de todo, debe emplazarse a los interesados para una audiencia pública, máxime en los asuntos que tengan que ver con la administración de justicia, cuyo titular es la población, que unívocamente su ejercicio incumbe a la categoría de derechos colectivos, en cuyos procesos es de derecho que obliga, afianzar de antemano el acceso a la justicia, de conformidad con el artículo 26, de la Constitución, aunado a que en derecho la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, según el artículo 253, ibidem. Adicionalmente, privar a los interesados de ese oportuno llamado a comparecer al proceso, será tanto igual, en lo que atañe a todo proceso judicial, a desconocer su genuino derecho de ser oídos, en los casos de acción popular a los procesos judiciales; lo que implica, por otro lado, una violación del artículo 119 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de **la Participación ciudadana,** que enérgicamente preceptúa:

> "Toda persona tiene derecho a participar de manera organizada, directa y protagónica en la formación de las políticas y control de la gestión del Tribunal Supremo de Justicia, a través de los consejos

> comunales y las demás formas de organización popular, incluyendo las que corresponden a los pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico. Es obligación del Tribunal Supremo de Justicia, sus órganos auxiliares y todos los tribunales de la República generar las condiciones más favorables para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho".

No valoró la Sala Constitucional la naturaleza y alcance del control difuso de constitucionalidad, sobre lo cual vale la pena citar la opinión autorizada, de un jurista clásico venezolano:

> "Tal declaración de *inaplicabilidad* debe hacerse aún de oficio sin que las partes le hubieren alegado en virtud de la obligación de mantener la Supremacía de la Constitución. Pero esta *inaplicabilidad* de ley colindante no puede ser declarada de manera general y absoluta; de suerte, pues, que la ley cuestionada sigue en vigencia y aplicándose en cualquier otro caso, hasta tanto sea declarada su nulidad por inconstitucional, por la Corte Suprema de Justicia, órgano cuya competencia le es privativa. En síntesis, mediante esta disposición se atribuye a los jueces de instancia el control incidental de la Constitución Nacional en los juicios que conozcan, dando la primacía de sus preceptos en la aplicación de esta relación a cualquier otra disposición de ley positiva y sólo en el caso aislado que se resuelva. Sus efectos son suspensivos y temporales para el caso controvertido; por nunca de nulidad". (cf. Armando Hernández-Breton. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tercera Edición. Aumentada y Corregida. Editorial La Torre, Caracas. 1969, p, 7 y 8, nota (1) en comentario al artículo al artículo 7)

II. LAS REGLAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Para la mejor comprensión de este estudio, debe señalarse que la Sala de Casación Civil en uso de sus poderes especiales para casar de oficio las sentencias que le fueren recurridas, mediante su sentencia, No 510 del 28 de julio de 2017, anuló la sentencia recurrida del 4 de febrero de 2015 del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas,

por falta de motivación en el análisis probatorio. Igualmente, después libró la correspondiente sentencia sustitutiva o sustituta, al hacer uso de la casación sin reenvío que fue consagrada sobre la base de la doctrina de dicha Sala, desarrollada y ratificada en su mencionado fallo Nº 510 del 28 de julio de 2017. Y como se dijo, en esta misma sentencia, por obra del control difuso de la constitucionalidad y del manejo discrecional e impropio de argumentos y consideraciones no relacionadas con la materia objeto del recurso de casación; que, la misma Sala de Casación Civil las definió como de *obiter dictum*, es decir, sin que tales razones tuviesen un carácter vinculante; sin embargo, declaro la inaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y también, su artículo 210. Sentencia esta que fue objeto de revisión por la sentencia N° 362 del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que tenía el encargo de verificar, según a lo estatuido por el artículo 25.12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la procedencia de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por la mencionada sentencia No 510 del 28 de julio de 2017. O, con otras palabras, la Sala Constitucional debía decidir si la utilización por la Sala de Casación Civil del control difuso era o no acertado al otorgarle efectos erga omnes o generales, Y, asimismo, pronunciarse sobre si resultaba en buen derecho reescribir los artículos desaplicados; o si se había o no apartado de un vinculante precedente jurisprudencial de la referida Sala Constitucional. Conexamente con lo anterior, por otra parte, la Sala de Casación Civil, en Sentencia N.º 254, del 29 de mayo de 2018, dictada en otro caso particular, reglamentó la Sentencia de la Sala Constitucional, No. 362 del del 11 de mayo de 2018, para preparar y armar nuevas regulaciones de rito a cumplir para los futuros recursos de casación, en razón de sus efectos ex nunc y erga omnes, en su decir, "*en aplicación de la nueva redacción de dichas normas por efecto del control difuso constitucional declarado*" (Sic).

En este sentido, se ha insistido que la Sala de Casación Civil otorgó a su sentencia de desaplicación de los artículos del Código de Procedimiento Civil relativos al recurso de casación efectos generales y, por tanto, con un claro marcado carácter obligatorio para todos los jueces y magistrados de la República; es decir, equiparada a un valor de una fuente formal de derecho derogatoria. Y esto es así, porque la

sentencia de la Sala de Casación Civil, que fue objeto de revisión por la Sala Constitucional, ordenó explícitamente:

> **(…) EX NUNC y ERGA OMNES, A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN, esta Sala FIJÓ SU DOCTRINA SOBRE LAS NUEVAS REGULACIONES EN EL PROCESO DE CASACIÓN CIVIL (VENEZOLANO**, dado que se declaró conforme a derecho la **desaplicación por control difuso constitucional** de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323 eiusdem, y por ende también quedó en desuso el artículo 210 ibídem, y **SE ELIMINÓ LA FIGURA DEL REENVÍO EN EL PROCESO DE CASACIÓN CIVIL, como regla, y lo dejó sólo de forma excepcional cuando sea necesaria LA REPOSICIÓN DE LA CAUSA** (…).

Mediante esta sentencia , la Sala de Casación Civil aplica esta doctrina a rajatabla e introdujo nuevas regulaciones sufridas por el proceso de casación, ahora con el apoyo de la revisión que de esos fallos llevó a cabo la Sala Constitucional, que a pesar de no compartir la forma en que la Sala de Casación Civil aplicó el control difuso de la constitucionalidad, empero, así y todo, declaró de oficio la nulidad de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323 eiusdem, y por ende también la del artículo 210 *ibidem*. Todo ello haciendo abstracción de una formalidad esencial que caracteriza el proceso universal o popular de los juicios de nulidad, es decir, sin la participación ciudadana, que, en los casos de regulación de procesos judiciales colectivos, ha de permitírsele su intervención en dichos procesos para que así hagan valer sus pretensiones y de ser útil, promover pruebas, de ser el caso; para lo cual es inaplazable dar curso al procedimiento previsto a tal fin por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Hay que insistir, aparte de la constitucionalidad o no de la actuación de la Sala de Casación Civil, que la desaplicación de normas legales a causa del control difuso de constitucionalidad jamás puede engendrar efectos anulatorios frente a todos, por lo que creemos necesario referirnos a ese control difuso e indirecto de constitucionalidad, atribuido al Poder Judicial, en el artículo 334, de la Constitución, y en

el artículo 20, del mencionado Código de Procedimiento Civil, como la competencia de los jueces para aplicar preferentemente las normas constitucionales cuando las leyes la contradigan, mediante un método que la doctrina califica como "desaplicación". Si con ello resuelven un caso particular. Ahora bien, después de las consideraciones que hemos venido realizando, ha de subrayarse una circunstancia plena de significado, puesto que la piedra angular sobre la que se basa la legitimidad de la actuación del Poder Judicial está hincada y echa sus raíces únicamente en la Constitución y por supuesto, que como norma jurídica puede ser objeto de las más diversas interpretaciones. Pero que reverencien los límites de los principios fundamentales que enaltecen el estado de derecho, o estado constitucional democrático, como lo es la separación de los poderes públicos y el respeto a la reserva legal y a la titularidad del poder constituyente.

III. EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Es conocido que, desde los comienzos tempranos de las democracias constitucionales, se nos enseña que los jueces son erigidos como los garantes de la Constitución para asegurar su supremacía. Basta recordar sus fuentes históricas, como lo fue el célebre caso MARBURY vs. MADISON del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 24 de febrero de 1803, bajo el voto del juez presidente John Marshall, que hoy resulta un símbolo, como lo sigue siendo, en lo tocante a lo que significa la Constitución y sobre cuál debe ser el rol de los tribunales para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Positivamente, si bien en este fallo histórico mencionado se reconoce al Poder Judicial competencia para no aplicar las leyes contrarias a la Constitución, también refuerza el principio que la Constitución, como voluntad última y originaria, que organiza el gobierno y las funciones en las tres conocidas ramas de los poderes públicos; es decir, que fija, además, los límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes. Y así mismo, que como la Constitución es la ley suprema es inalterable por medios ordinarios. E, igualmente que las leyes solo pueden alterarse por otras leyes al extremo tal que pueden reformarse por el

Congreso. Asimismo, en el fallo citado la Suprema Corte afirmó que es de la esencia misma del deber de administrar justicia, el que los tribunales deban tener en cuenta la Constitución y que ella está en la cúspide sobre cualquier ley ordinaria, y que es la Constitución y no la ley la que regirá el caso al cual ambas normas se refieren. Pero que, si bien han de aplicar preferentemente la Constitución y no la ley, es claro que "*los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura".* Se dice, entonces, que de este fallo yace el origen del control difuso de la constitucionalidad por parte de los jueces, según el cual estos deben aplicar preferentemente la Constitución y no la ley cuando consideren que contraria las disposiciones constitucionales, pero que tanto como los legisladores, los jueces deben obedecer con el mismo recato a la Constitución[10].

Equivalentemente, los estudiosos señalan como otra fuente histórica de este control difuso, el juicio intentado por el médico Thomas Bonham, resuelto por el juez inglés, Edward Coke, en 1610, hace más de 400 años. En razón de que hay autores que consideran que lo decidido por este juez en realidad fue una teoría constitucional, como lo es el reconocimiento de la primacía de la ley fundamental, que no solo correspondía al Parlamento admitirlo, sino también a los jueces en casos particulares. Es decir, que no obstante la distinta realidad histórica a la norteamericana, la interpretación que dio el juez Coke a la aplicación preferente de la ley fundamental es la mismos formulación de la doctrina de la *judicial review* de la Suprema Corte de los Estados Unidos[11].

Sobre este control llamado difuso, la doctrina y la jurisprudencia del derecho comparado se han ocupado cada una por su lado de enunciar reglas que regularizan su aplicación y legitimidad. Por ejemplo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte

---

[10] Ver, Miguel **Carbonell,** "Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad". Disponible en: http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/4fa7a1_03carbonellmarburyvmadisonlosorigenesdelasupremaciaconstitucional.pdf

[11] **Francisco Fernández Segado,** "Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review", *Observatorio da Jurisdicao Constitucional*. Año 6, no. 2, Jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564. Instituto Brasiliense de Direito Publico. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/233834295.pdf

Suprema de Justicia de la República del Perú, en su doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso, precisó que el control difuso se ejerce en estricto sentido para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, siendo de carácter excepcional y de última ratio, por lo que solo procede cuando no se puede salvar por vía interpretativa la constitucionalidad de las normas[12]. Acerca de esta doctrina, fue de la inteligencia de la mencionada Sala, que los jueces deben tener presente que las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción, y que es un permanente servicio de los jueces cautelar la seguridad jurídica, por lo que la activación del control difuso debe ceñirse a los parámetros de compatibilidad constitucional. Y, además, enfatiza que la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitada al caso particular, constituyendo un control en concreto con efecto inter partes, y que no les está permitido un control en abstracto de las leyes. En ese sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia la República del Perú, considera como reglas para el ejercicio del control difuso, con carácter vinculante para todos los jueces del Poder Judicial, las siguientes:

> "1. **Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**, en tal sentido, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada. II. **Realizar el juicio de relevancia**, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso. III. **Identificar la norma del caso**, por lo que el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma; siendo obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal. IV. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al

[12] CONSULTA EXP. N° 1618– 2016 LIMA NORTE, Diario Oficial del Bicentenario El Peruano, JURISPRUDENCIA. jueves 7 de diciembre de 2017, Año XXVI / Nº 1068 7987, Poder Judicial. Disponible en: http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/EXP1618-2016-LN.pdf

> caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención**,** para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia"[13].

De la anterior doctrina y dadas las consideraciones que anteceden, se observa claramente que, para el legítimo ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, según la regla del **juicio de relevancia,** la aplicación preferente de la norma constitucional procede cuando sea necesario para resolver un caso y cuando dicha norma se vincula con el caso. Al igual que por la regla de **labor interpretativa exhaustiva**, los jueces tienen obligación de agotar las técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal, en razón de la regla de **la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales.** A estas reglas se agregan la del **respeto del principio de la separación de poderes**, impuesto por la Constitución que impide al Poder Judicial invadir la competencia del Poder Legislativo, que ocurre cuando al aplicar el control difuso de la constitucionalidad, el juez no se limita a desaplicarla la ley, sino que también la reescribe o la reforma. E, igualmente, **las reglas relativas a la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional,** cuáles son las del respeto por los órganos del Poder Judicial de su competencia para conocer de las causas y asuntos y del cumplimiento de los procedimientos que determinen las leyes, a que se refiere el artículo 257, constitucional.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, ha señalado al respecto que la competencia del control difuso reconocida a los tribunales no les permite actuar como un juez abstracto de constitucionalidad, sino en la medida en que su intervención sea necesario para resolver un caso, puesto que es la Corte Constitucional a la que corresponde la competencia sobre el control abstracto de constitucionalidad[14]. Dentro

---

[13] **CORTE SUPREMA APRUEBA CUATRO REGLAS VINCULANTES SOBRE CONTROL DIFUSO**, Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional, diciembre 15, 2017. Disponible: https://gacetaconstitucional.com.pe/index.php/2017/12/15/corte-suprema-aprueba-cuatro-reglas-vinculates-sobre-control-difuso/

[14] Sentencia C-102/18, disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-102-18.htm

de este contexto, el Tribunal Constitucional dominicano ha señalado que el control difuso de la constitucionalidad, *"supone, por un parte, la existencia de un litigio y, por otra, un cuestionamiento de orden constitucional, en relación con la norma que sirve de fundamento a las pretensiones de una de las partes*"[15]. Y, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de Méjico, ha asentado como jurisprudencia, que el control difuso que se ejerce por los jueces es aplicable en los procesos ordinarios que conozca para resolver casos concretos, por lo que no les corresponde juzgar la constitucionalidad, en general, o abstractamente, de normas legales que no son necesarias para resolver un asunto, acorde con la materia correspondiente y con base a las pruebas y alegatos de las partes[16]. Es decir, que dentro del objeto del litigio la constitucionalidad haya sido discutida en las pretensiones de las partes y no de algo incidental.

Lo pertinente respecto de la doctrina comparada, es que en los sistemas mixtos, donde se prevé principalmente el control concentrado de la constitucionalidad, el control llamado difuso es la facultad de todo juez de ejercer el control de constitucionalidad y, por lo tanto, el poder de declarar la no aplicación por inconstitucional una ley, que contraríe la Constitución, no de manera general, sino con relación a un caso concreto que deba resolver en sus respectivos ámbitos de competencia jurisdiccional. Porque de hacerlo de manera general, sería ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, que solo corresponde a los tribunales supremos. En otras palabras, *"presupone, por ello, la existencia de un proceso, de una acción judicial, de un conflicto de intereses en el ámbito del que haya sido suscitada la inconstitucionalidad de la ley que debería regir la disputa. Tiene, así, un carácter incidental y concreto*". O sea, se trata de una cuestión planteada por una de las partes o por el juez en un proceso judicial, en un conflicto de intereses.

---

[15] Sentencias (TC/0448/15 del 2 de noviembre de 2015 y TC/0577/17 del 31 de octubre de 201 (Ver, Roberto **Medina Reyes,** "**El Tribunal Constitucional y el control difuso de constitucionalidad", 27**-11-2019 00:03. Disponible en: https://acento.com.do/opinion/el-tribunal-constitucional-y-el-control-difuso-de-constitucionalidad-8754614.html.

[16] Semanario Judicial de la Nación y su Gaceta 23800, Libro XII septiembre de 2012, Tomo 3, página 1645. Disponible en: ttps://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=23800&Clase=DetalleTesisEjecutorias

Aún más precisamente, *"el reconocimiento de la inconstitucionalidad no es objeto de la causa; lo que la parte pide en el proceso es el reconocimiento de un derecho que es afectado por la norma cuya validez se cuestiona y, para decidir sobre el derecho objeto de la pretensión el órgano judicial habrá, necesariamente, de decidir esa cuestión prejudicial sobre la constitucionalidad de la norma, presupuesto lógico de solución del problema principal*". Esta precisión es determinante para no restringir el control concentrado que es el método principal de este control de la constitucionalidad, puesto que permitir que los jueces, como lo ha hecho la Sala de Casación Civil, declaren la inconstitucionalidad de leyes de manera general, sin que ello se requiera para pronunciarse sobre las pretensiones del parte; seria debilitar la competencia del control concentrado de los tribunales supremos. En conclusión, como lo asienta la doctrina anteriormente trascrita, la desaplicación de la norma en el caso concreto de carácter definitivo por el Poder Judicial por contrariar la Constitución, "*es consecuencia de su función resolutoria en carácter sustitutivo, como tercero imparcial obligado a la prestación de tutela, lo que le confiere autoridad y fuerza de obligar*"[17] .

Por otra parte, el control difuso de la constitucional no solo consiste en la aplicación preferente de la norma constitucional respecto de la ley que se considere contraria a la Constitución, sino que además no autoriza al juez para que, con la intención de introducir cambios en la ley, la vuelve a escribir. Puesto que aun cuando el Poder Judicial tiene la jurisdicción para no aplicar la ley que considere que hiere disposiciones constitucionales, no por eso se sustituye al legislador para rehacer, cambiar o retocar alguna la ley, en razón del límite a que al ministerio jurisdiccional impone constitucionalmente el régimen de la reserva legal que se atribuye con exclusividad al Poder Legislativo, cuya violación supone el desconocimiento de la supremacía de la Constitución respecto del principio de la separación de los poderes, cuya garantía "*es fundamental para la conservación de la democracia constitucional, de*

[17] Mauro Viveiros, *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Constitucional, memoria para optar al grado de doctor, Madrid, 2011, PP. 209-213. Disponible en: https://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf

suerte que la consecuencia de su eliminación no es otra que la supresión de la Constitución"[18], que ocurre cuando el Poder Judicial invade la competencia del parlamento como poder legislativo.

IV. LAS REGLAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA SENTENCIA NO. 510 DE FECHA 28 DE JULIO DE 2017 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Pues bien, en Venezuela esa primigenia idea del efectivo mecanismo procesal de la aplicación preferente de la Constitución en los casos en que las leyes contraríen sus disposiciones, por parte de los jueces, se instituye en el artículo 334 constitucional y en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, pero dentro de los limites formales y materiales de la competencia del Poder Judicial, establecidos en el artículo 267, de la Constitución; y del principio de legalidad y de división de poderes contemplados en los artículos 7, 136, 137, 138 y 139, ibidem. Claramente, el 334 *ibidem* y el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cada uno por su lado, divulgan y ponen al alcance de cualquier juez el control difuso o indirecto de la constitucionalidad, en caso de hallar una contrariedad entre una ley u otra norma jurídica con la Constitución, siempre y cuando con la desaplicación de la ley se resuelve una pretensión debatida por las partes en el proceso. En este supuesto, necesariamente el juez tiene el imperativo de aplicar la norma constitucional porque ésta prima. Por otra parte, el último párrafo del mismo artículo 334, desarrolla el control concentrado de la Constitución y le coloca esa delicada y exclusiva tarea a la Sala Constitucional, en una clara distinción entre este mecanismo y el mencionado control difuso. Es indiscutible, pues, que en Venezuela se hizo recepción del control mixto adoptado por otras legislaciones, pero, no se contempló el control difuso, como en otras países, como un incidente, mediante una sentencia interlocutoria, con la fuerza suficiente para paralizar el proceso para someter al tribunal constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de la norma requerida para la resolución de la controversia. Por el contrario, en Venezuela, la cuestión de la aplicación preferente de la norma

[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1200/03.

constitucional, como parte del objeto del litigio, es resuelta mediante una sentencia definitiva, Es decir, no se instituyó el control difuso como una incidencia que suspende el proceso. De hecho, en Venezuela, el juez, para solucionar un caso, en su sentencia definitiva, aplica el control difuso y, después remite su decisión a la Sala Constitucional para que ésta revise dicho pronunciamiento respecto a si cabía o no cabía, aplicar preferentemente la Constitución para dirimir el caso particular y no la refutada ley. Y, en nuestro criterio, la competencia de la Sala Constitucional, en este supuesto, es también para determinar si el tribunal que aplico el control difuso, lo hizo correctamente, de manera particular y no de manera general o abstracta.

A lo largo de los planteamientos hechos, se pone de relieve que la Sala de Casación Civil utilizó el método del control difuso de constitucionalidad y como se ha dicho, en un caso particular sobre la procedencia de un recurso de casación, sin que la constitucionalidad de norma alguna fuera el motivo, para decidir el recurso de casación y para resolver la controversia, con la desaplicación por inconstitucionales de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la nulidad del artículo 323, *eiusdem*; y para declarar al paso " en desuso" el artículo 210 *ibidem*". Y, además eliminó la figura del reenvío en el proceso de casación civil, como regla, y lo dejó sólo como forma excepcional, cuando sea necesario acordar la nulidad procesal con la subsiguiente reposición de la causa al punto de donde partió la nulidad para así hacer renovar el acto írrito. Tal control difuso, como puede concluirse, no era necesario para pronunciarse sobre el recurso de casación, hasta el punto que, la sentencia No 510, del 28 de julio de7, de la mencionada Sala, lo desechó sin necesidad de resolver previamente sobre la constitucionalidad de ley alguna, sino que esta cuestión fue un *ober dictum* o *ober dicta* en dicha sentencia.

Según hemos venido diciendo, es preciso precisar en cuanto al punto que nos interesa, que la Sala de Casación Civil, en su sentencia No. 510 de fecha 28 de julio de 2017, quebrantó las reglas del control difuso de la constitucionalidad concernientes al juicio de relevancia**,** la labor interpretativa exhaustiva y la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**,** así como la regla del respeto

al principio de la separación de poderes**,** como ya se aclarado y que a nuestro juicio, rigen implícitamente en los artículos 334, de la Constitución, y en el artículo 20, del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. Somos del entendimiento que el quebrantamiento de las reglas del control difuso de la constitucionalidad por parte de la Sala de Casación Civil, se evidencia incluso de la sentencia N° 362, del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional, que al revisar la sentencia de la mencionada Sala de Casación Civil dijo expresivamente no compartir el pronunciamiento de esa Sala por el que concedió efectos generales y ***ex nunc*** a su fallo," *en tanto que el control difuso es un control concreto, referido a un determinado caso, siendo sus alcances solo* ***inter partes"***. Lo cual visiblemente, habla de un desconocimiento del criterio que con carácter vinculante había sentado dicha Sala Constitucional en su sentencia Nº 1717 del 26 de julio de 2002 (Caso: Importadora y Exportadora Chipendele C.A.), en relación con el control difuso de la constitucionalidad y respecto de su diferencia con el control concentrado de la misma, en el sentido de que:

> "a través del control difuso de la constitucionalidad, el criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes".*
> (…..) A diferencia de lo anterior, cuando el órgano competente realiza el control concentrado de la constitucionalidad, los efectos de sus decisiones tienen un carácter general, en el entendido de que la declaratoria de nulidad de una norma que es contraria a la Constitución, expulsa a aquélla del mundo jurídico y, esa decisión, surte efectos ***erga omnes***."
> En nuestro ordenamiento jurídico, el único órgano competente para llevar a cabo de manera exclusiva y excluyente el control concentrado de la constitucionalidad es esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (vid. Artículos 334, último párrafo y 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con lo dispuesto en los artículos 25.1 y 32 de la

> Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), por lo que las declaraciones con carácter general que se hacen en el ***obiter dictum*** de la sentencia objeto de revisión, no pueden surtir los efectos allí indicados. Así se declara".

De modo que, conforme los artículos 334, último párrafo y 336.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 25.1., 10 y 11; y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; la sentencia No. 510 de fecha 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil no resultaba, por las razones dichas, conexa con tales normas, y al mismo tiempo esta Sala desconoció el precedente dictado por la Sala Constitucional, en cuyo caso, esta Sala debió anularla, conforme el artículo 4º, de la Ley Orgánica de dicha Tribunal . Aún más, si habiéndose declarado inconforme a derecho y al precedente vinculante en materia de aplicación del control difuso de la constitucionalidad, entonces, en congruencia con los preceptos contenidos en el artículo 34 y en el artículo 89, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no había lugar a la apertura de oficio del juicio de nulidad. En efecto, de manera explícita, dicta el artículo 34, citado, que únicamente si, desde un estricto enfoque constitucional, considera conforme la desaplicación de las normas estimadas como inconstitucionales, la Sala Constitucional podrá disponer el juicio de nulidad, tal como se desprende de los artículos 33 y 34, de la citada Ley Orgánica, cuyos textos, disponen:

> Artículo 33**. Consulta sobre control difuso de la constitucionalidad.**
> Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme.
> Artículo 34. **Proceso de nulidad de oficio**
> Conforme a lo que se dispone en el artículo anterior, *cuando se declare la conformidad a derecho de la desaplicación por control*

> *difuso, la Sala Constitucional podrá ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley*. Igualmente procederá cuando el control difuso de la constitucionalidad sea ejercido por dicha Sala. (destacado nuestro)
> Y, a todo esto, el artículo 89, mencionado, con autoridad manda:
> "El Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los asuntos que le competen a instancia de parte interesada, *no obstante, podrá actuar de oficio en los casos que disponga la Ley*". (destacado nuestro),

Sin mayor profundización del tema, pensamos que la Sala Constitucional en su Sentencia No 362 del 11 de mayo de 2018, hizo uso de una argumentación artificial y colocada en trance de caer en el vicio de lo que la doctrina francesa del derecho comparado considera "falseamiento de la Constitución" (" *Faussement de la Constitution*"), que alude a la situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es concretamente transgresión o una modificación no formal de la Constitución que la doctrina alemana llama (" *verfassungswandlung*"). A diferencia del fraude a la Constitución que en su noción más elemental hace tránsito a la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido." Incluso dicha Sala Constitucional, en la sentencia N° 74 de fecha 25/01//2006 (Caso Amparo Constitucional interpuesto por Acción Democrática), se refirió a esta distinción entre falseamiento constitucional y fraude Constitucional[19]. Al respecto vale la pena recordar que la Asamblea Nacional consideró la sentencia No 301 del 27 de febrero del 2007 de la Sala Constitucional, como un atentado contra la Constitución, y hasta dispuso que se investigara la responsabilidad de sus magistrados; porque declaro inadmisible por pérdida sobrevenida del interés procesal la acción de nulidad ejercida por Adriana Vigilanza García y Carlos A. Vecchio, en contra del artículo 31 de la Ley de Im-

[19] Ver, **María Concepción Mulino R., "**Derecho Constitucional. Mutaciones en las Interpretaciones de la Sala Constitucional" (Decisiones del TSJ 2000-20018), Presentacion, Instituto de Estudios Juridicos Román J. Duque Corredor, Catedra José Santiago Núñez Aristimuño, 09.07.2020

puesto sobre la Renta, pero que sin embargo reescribió dicho artículo por considerarlo inconstitucional[20].

Por otra parte, la Sala de Casación Civil para justificar la desaplicación *erga omnes* de las mencionadas normas jurídicas y declarar en desuso otra, igualmente no solo desaplicó la casación múltiple, sino la anuló, porque, en su criterio:

> *"*(……), contraría palmariamente el postulado de celeridad establecido en la Constitución al igual que en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia... *",* viéndose burlada la cúspide cimera de la Justicia Civil y por ende el Ciudadano o Ciudadana que impetra una Tutela Judicial Efectiva, cuando, aún más, podríamos agregar que obtenida la cosa juzgada, se abre una nueva etapa del proceso: La *" ejecutivi "* o etapa de ejecución de la sentencia, sobre la cual penden en determinadas situaciones, la posibilidad de ejercer un nuevo recurso de casación, lo que hace del recurso de casación y del proceso una especie de laboratorio dialéctico colocado lejos de la Justicia".

V. LA INSEGURIDAD JURIDICA DE LAS REGLAS PROCESALES FIJADAS FUERA DE LA RESERVA LEGAL

Al obrar en estas especiales circunstancias de revisión de sentencias, la Sala Constitucional, al declarar oficiosamente la nulidad parcial por inconstitucionalidad de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil y la nulidad total por inconstitucionalidad del artículo 323 *eiusdem*, que habían sido desaplicados, por la Sala de Casación Civil, instauró "*como nuevo modelo la llamada casación de instancia, sin reenvío, y sin reposición por vicios de forma de la sentencia*", al extremo que al impulso de lo resuelto, tuvo la necesidad de reescribir el texto de tales normas para cambiarle su vigencia. Por lo cual, quedó eliminado el reenvío, la casación múltiple y el recurso de nulidad; y se dejó indemne la figura de la nulidad con subsiguiente reposición de la

[20] Ver Sentencia N° 301 de fecha 27 de febrero de 2007, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que interpreta constitucionalmente el sentido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta - Pandectas Digital.

causa para solo cuando se estime procedente el recurso de casación por quebrantamiento u omisión a formas sustanciales de procedimiento que hayan producido menoscabo en el derecho a la defensa de alguna de las partes como señaladamente estatuye el artículo 331, ordinal 1, del Código de Procedimiento Civil; y en cuyos supuestos, resulta urgente reponer la causa a un estado anterior a la sentencia de mérito, siempre, claro, que la reposición tenga carácter útil. En cambio, se mantuvo en vigor el cuarto aparte del artículo 320 *eiusdem* concerniente a la aludida institución de la casación de oficio. Sobre eso, la Sala Constitucional pensó igual; al punto de que reputó válido y vigente este aparte cuarto, del artículo 320, pero restringido solo en conexión a las infracciones de orden público y constitucionales que se encontraren, aunque no se las haya denunciado; a diferencia de la Sala de Casación Civil que, con verdadero exceso, extendió jurisdicción en lo atinente a la casación de oficio para cualquier supuesto de infracción de ley, por falsa aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de una norma jurídica sustantiva, sin analizar si se había afectado el orden público y explicar el por qué y cuál la norma jurídica está dotada de esa calidad (Ver, TSJ/SCC, Sentencia. N.º 432, del 28- 06-17)[21]. Asimismo, la Sala Constitucional no emitió ningún pronunciamiento sobre la posibilidad de la casación parcial del fallo recurrido, puesto que, si bien su reconocimiento no implicaba la desaplicación de norma alguna; pese a ello, si se erigió como una nueva regla procesal creada por la Sala de Casación Civil al aplicar el control difuso. Definitivamente, con este comportamiento se pone de relieve un lamentable desconocimiento de las formas procesales porque tal figura no está desarrollada en nuestro derecho positivo e ignoró que, conceptuada como un modo especial de actuación, debió la ley precisar al detalle sus alcances; mas no otorgarle virtualidad por la vía de la jurisprudencia por lo que bastará la más banal de las reflexiones para advertir que la sentencia no está bien ajustada y arreglada a Derecho. Sucintamente, en Venezuela la declaratoria con lugar del recurso de casación produce la nulidad total de la sentencia recurrida y

[21] **Luis Aquiles Mejía Arnal,** "Recientes modificaciones jurisprudenciales de la Casación Civil venezolana", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Disponible en: http://www.rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-lII-125-139.pdf

no parcial, pues lleva en sí la orden de reconstruirla íntegramente. Se requiere que exista una norma que expresamente la consagre y fije sus contornos. La casación parcial, pues, surge solo del criterio de esta Sala que le atribuyó efectos generales a la sentencia por la que eliminó la totalidad del reenvío y la reposición, y, en su lugar, precisó que la Sala podrá casar total o parcialmente la sentencia recurrida, al anular los artículos 320 y 322, antes citados. Es así, que, en cuanto a la casación parcial, en su sentencia No 510 del del 28 de julio de 2017, fijó el siguiente criterio, como regla procesal:

> **"CASACIÓN PARCIAL**: En este supuesto, la Sala puede anular o casarla en un aspecto, o en una parte de la misma, quedando firme, incólume y con fuerza de cosa juzgada el resto de las motivaciones no casadas, independientes de aquella, debiendo la Sala recomponer única y exclusivamente el aspecto casado y verter su doctrina estimatoria, manteniéndose firme el resto de la decisión, por cuanto los hechos fueron debida y soberanamente establecidos en su totalidad, siendo, por tanto, innecesario la nulidad total del fallo.
> En efecto, si la Sala encuentra suficiente casar parcialmente, dicta su doctrina y modifica el dispositivo en lo relativo a la infracción declarada; sin necesidad de reenvío, que como se estableció *supra* queda eliminado a partir del presente fallo. En tal sentido, pueden prosperar uno o varios quebrantamientos de forma o infracciones de ley, pero estos no llevan a anular toda la sentencia recurrida, sino una parte de ella, es decir, alguna de sus motivaciones o disposiciones, de modo que la sentencia de la Sala reemplaza únicamente la parte infirmada, quedando definitivamente firme, subsistentes las otras partes de la recurrida y así debe decirlo la Sala, sea porque limita la suya a dichos puntos, sea porque incorpora a la que profiere los puntos que no varían de la sentencia del tribunal de la recurrida".

Lo antedicho, es una muestra de la inseguridad jurídica que se desprende de las sentencias comentadas, puesto que, por una parte, la Sala de Casación, al desaplicar los artículos 320 y 322, del Código de Procedimiento Civil, determinó, con efectos generales, que puede anular o casar la sentencia recurrida en un aspecto, o en una parte de la misma; mientras que la Sala Constitucional nada dijo sobre la competencia de

la Sala de Casación Civil para declarar la casación parcial y tampoco fue decidido si la mencionada Sala de Casación Civil puede declarar la casación parcial como una nueva regla procesal con efecto erga omnes, cuando la propia Sala Constitucional se declaró inconforme con la atribución de efectos generales que la Sala de Casación Civil otorgó a la aplicación del control difuso. En otras palabras, ¿es o no una regla vigente la casación parcial? Otra razón de la inseguridad, como lo señala el profesor Luis Aquiles Mejía, es la de que "*cabe preguntar si la figura de la casación parcial podrá ser utilizada en los casos de quebrantamiento de formas procesales, cuando el defecto de procedimiento no afecte la totalidad de las declaratorias del fallo, sino una concreta petición. Por ejemplo, respuesta la causa al estado de que se practique de nuevo una prueba ¿podrían quedar firmes aquellas partes del pronunciamiento no afectadas por la prueba cuestionada? De ser así, quedaría por dilucidar si podría ejecutarse de inmediato la parte del fallo no anulada por la casación. Pienso que no porque la ejecución ha de ser total y no por partes, comoquiera que el proceso aun ha terminado, No hay sentencia definitivamente firme* "[22].

En Venezuela, el recurso de casación se orienta fundamentalmente contra la totalidad de la sentencia recurrida y no frente a una parte determinada de la misma y en el supuesto de prosperar, el fallo que dicta la Sala de Casación Civil sustituye completamente a la sentencia impugnada ante esa sede de casación porque, la consecuencia de su declaratoria con lugar es anular por entero la sentencia recurrida, pues es de doctrina que la sentencia es un todo indivisible a riesgo de alterar su esencia. En efecto, el recurrente ataca su validez por padecer de vicios de tanta entidad que, de existir, la revocan íntegramente y se le desautoriza totalmente como ajustada a derecho. Por tanto, que la casación parcial no está conforme con el carácter integral del recurso de casación como medio de impugnación de la sentencia, como una unidad, por lo que para permitir la casación parcial habría que reformar todo el sistema del recurso de casación contemplado en el Código de Procedimiento Civil y fijar una regla o modo de actuación que lo tolere. No puede, ante

[22] Loc., ci., P. 862 (http://www.rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-lII-125-139.pdf).

esta circunstancia, la Casación Civil escudada bajo los auspicios de las sentencias antes citadas para declarar parcialmente procedente el recurso de casación y anular la sentencia recurrida solo en alguna de sus partes; de modo que, siendo así, las otras partes de la sentencia quedarían firmes y con la autoridad de la cosa juzgada. Por eso, definido el debido proceso como una forma esencial de procedimiento; por vía de jurisprudencia no se puede extender la jurisdicción a la casación civil para dar paso a la casación parcial, que no solo implica modificación sustancial de una forma procesal esencial, sino de todo el sistema relativo a la cosa juzgada y a su ejecutoria. Además, de la incertidumbre anterior de si es posible o no la casación parcial, ocurre que según la misma Sala Constitucional en su sentencia 362 del 11 de mayo de 2018, puesto que más allá de la forma en que se hace la desaplicación por control difuso, no es imperioso el trámite de procedimiento alguno, por lo que será la Sala de Casación Civil la que en cada caso decidirá cuando esa formalidad de la nulidad total importa o no importa.

Las aludidas imprecisiones en las referidas sentencias representan un alto grado de inseguridad, como lo es el crear reglas procesales mediante fallos judiciales. A ello se agrega, el precedente de la sentencia reglamentaria N.º 254, del 29 de mayo de 2018, de la misma Sala de Casación Civil, de reglamentar para casos futuras las reglas procesales establecidas en anteriores sentencias, lo que agrava la incertidumbre, porque tales reglas pueden ser modificadas por sentencias posteriores, al libre criterio de dicha Sala.

La Sala Constitucional se ha dejado llevar en su sentencia 362/2018 por una concepción en extremo simplista como lo es asignar al legislador una inexplicable inconsecuencia u olvido, del cual no pudo defenderse. Siendo que, conforme al principio de la legalidad de los actos procesales, desde hace mucho tiempo, la doctrina del alto Tribunal nos instruye que "*no es potestativo de los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los vicios, pues su estricta observancia es de orden público*". Doctrina esta que nos rige a partir de 24.12.1915 hasta hoy, sin sufrir mengua ni modificación, circunstancia que la convierte en diuturna y en una doctrina clásica y secular.

La Sala Constitucional, por alta que sea su investidura, no le resulta dable ni hacedero, desconocer las reglas legales del procedimiento a riesgo de violar el debido proceso, como modelo de conducta destinado a servir de garantía al ejercicio de los derechos ciudadanos en el proceso, sin que sea valedero manipularlo bajo la justificación de que el procedimiento sea largo y no expedito. Esas son las reglas en juego y no caben reglas inesperadas sino de actuar dentro del estrecho círculo que la ley asigna. Y así lo ha dicho con energía del convencimiento la propia Sala Constitucional al postular:

> "Dentro del conjunto de garantías que conforman la compleja noción del debido proceso entendido en sentido formal, se encuentra el derecho de toda persona a ser juzgada de acuerdo con el procedimiento judicial establecido con anterioridad en la ley, ello en virtud del principio de la legalidad de las formas procesales que rige en ordenamientos jurídicos como el venezolano, donde está excluido el principio de la libertad de formas" (cf. SC Nº 2.403 de 09. 10.2002).

Por tanto, cada vez que un juez o magistrado de la República haga uso del control difuso de constitucionalidad, la ley ordena que ese pronunciamiento sea revisado por la Sala Constitucional y si ésta lo declare conforme, siendo este el caso, se pone en movimiento el proceso de nulidad previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Es este un señalado trámite especial que debe cumplirse y no saltárselo bajo un argumento estéril y blando, de que es imperioso resolver la celeridad del proceso.

VI. LÍMITES COMPETENCIALES CONSTITUCIONALES DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Antes de ponderar la bondad jurídica de la doctrina de la Sala de Casación Civil sobre las nuevas regulaciones en el proceso de casación civil venezolano, contenidas en diversas sentencias, entre otras en las citadas sentencias Nº 510, del 28 de julio de 2017; del 14 de agosto de

2019 (Exp**.** AA20-C-2019-000065) y en la sentencia No 138/2020[23]; así como en la comentada sentencia de la Sala Constitucional de Justicia, N° 362, del 11 de mayo de 2018; creemos necesario abordar un igual trabajo con respecto a la estirpe de las sentencias de la Sala de Casación Civil para utilizar sin estorbo, su novedosa doctrina, del control difuso con efectos erga omnes, en base a un *ober dictum*, para lo cual hemos elegido a otra de sus sentencias, la distinguida con el No. 125 del 27 de agosto de 2020, para certificar que esas nuevas regulaciones importunan e inoculan una inseguridad jurídica en el proceso de casación.

A decir verdad, sobre la cuestión cabe hacer, por oportuno y conveniente, un estudio conjunto de esos fallos para precisar si tales precedentes de la utilización del control constitucional difuso y del *obiter dictum*, resultan provechosos para el sistema procesal venezolano preferido por el legislador para acomodar y despachar los procedimientos civiles. Indubitadamente, ese singular procedimiento perfilado por la Sala de Casación Civil para afinar la casación de instancia, con la supresión absoluta del reenvío, no parece ser juicioso, como principio para el sistema procesal y la seguridad jurídica. En primer lugar, en la sentencia N.º 510 del del 28 de julio de 2017, se utilizó el *obiter dicta* como una modalidad y herramienta para incluir los argumentos que justificaron la desaplicación de los antes citados artículos del Código de Procedimiento Civil y el desuso de otro, como quedó descrito antes. Este es un argumento tóxico que va en perjuicio del mejor criterio técnico del control difuso de constitucionalidad, como se expresó anteriormente. Se suma a esto, el que ha sido y es de la común opinión y compartida por los juristas, de que la sola expresión *obiter dicta* dentro de la visión y enfoque más rudimentario, como aquella parte de una sentencia en el que el juez expresa ciertas consideraciones, "de paso", por lo que por su naturaleza se le asigna un valor meramente complementario y que, por consiguiente no obligan para el futuro; y, por tanto, no son obligatorios para los demás jueces y magistrados de que han de seguir el *obiter*

[23] Ver también fallos números RC-254, expediente N° 2017-072 y RC-255, expediente N° 2017-675, ambos de fechas 29 de mayo de 2018, reiterados en fallo N° RC-156, expediente N° 2018-272. Y ver, Luis Aquiles **Mejía Arnal,** "La nueva casación civil", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia***, N.º 11, 2018, pp. 397-416. Disponible en:** http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-397-416.pdf

dicta, puesto que este sólo tiene un interés minúsculo hasta para el asunto en concreto. Con mayor razón para no ampliar su radio de acción como valor universal y de forzado e inducido acatamiento.

La acrisolada doctrina apunta en esa dirección:

> "(…) entre estos razonamientos de índole jurídica que se vierten en los considerandos de una sentencia hay algunos que son la base y el fundamento inmediato de la decisión (ratio *decidendi)*, pero hay otros que son puras afirmaciones incidentales, argumentos de orden retórico o dialéctico o manifestaciones que se hacen pura y simplemente a mayor abundamiento (obiter *dicta)*. Pues bien: de una manera rigurosa, una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido. Sólo esto es la verdadera jurisprudencia"[24].

Por tanto, esa atípica categoría conceptual del obiter dicta fue pésimamente manejada. Ello es fácil de comprender con hacer un repaso a los antecedentes historiados en ese fallo No. 510/2017, ya que el recurso de casación formalizado en ese caso concreto por la parte agraviada por la sentencia dictada por el *ad quem*, fue declarado sin lugar y para nada se apeló a las razones en que se basó el obiter dicta para mejorar o auxiliar los considerandos de que se valió la Sala para sostener o robustecer lo dispositivo de la decisión que declaró sin lugar el formalizado recurso de casación. Por descontado, que ese mecanismo mental delineado por la Sala de Casación Civil no está en sintonía con lo que constituye todo *obiter dicta*, que por ser una digresión que introduce una información adicional sin conexión con el tema que se está tratando o, por no dejar o bien prevalecerse de las circunstancias del caso en especial; es por lo que se ha de concluir que tales consideraciones son huérfanas de valor normativo. Sin duda que la Sala de Casación Civil hizo un uso desafortunado del mismo. En el mejor de los casos, ese *obiter dicta* apunta a un criterio auxiliar de interpretación y hace las veces de ser una recomendación de lege ferenda acaso para tenerla en cuenta para una reforma de la ley, o bien, un motivo para proponer una ley; con

[24] Cf. **Luis Diez-Picazo, "**Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)" en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, nov., 1964, p. 933.

relación a lo que fue materia de decisión y no respecto de otra muy distinta de aquello que sirvió a la razón para decidir, que es lo importante en estos menesteres.

De ahí, que la doctrina sólida pone el acento en lo que se decide; y esto es así, con independencia ni depender de su extensión ni del atractivo teórico de sus argumentaciones, y sin que por esa causa éstas se refieran a un modo especial y exclusivo a lo que circula alrededor del caso concreto al grado tal que un argumento o afirmación de esa calidad "de paso", puede ser útil en el asunto que se sentencia y no serlo para otro caso. En compensación a lo precedentemente expuesto, sí, verdaderamente, los obiter dicta representan, en el mejor de los casos, un razonamiento para pulir o retocar un relevante razonamiento de los jueces para resolver un determinado conflicto y no otro; antes bien, si por definición excluido de la *ratio decidendi* es incomprensible cómo al mismo tiempo servirá de fundamento para la desaplicación universal de normas jurídicas mediante el uso del control constitucional difuso, cuyo radio de acción hace tránsito nada más que para un caso concreto que en puridad sólo conoce el juez con jurisdicción sobre el mismo. Y, cómo ese "dicho demás", ha de convertirse en una instrucción de inexorable cumplimiento desde su publicación para todo el universo los jueces que asuman el conocimiento de casos semejantes. Sí así es, quiere decir que como el obiter dicta va a corroborar y reforzar la decisión principal, pero, sin ningún poder vinculante, su naturaleza es simple: puesto que nada más que es un complemento gracioso o de adorno. No cabe duda, que las Salas mencionadas, le han dado una resonancia al ober dicta que la Constitución ni la ley han previsto. Porque estos argumentos "de paso", carecen de valor y significación jurídica, puesto son argumentaciones subsidiarias o de mayor abundamiento, ya que tan solo tienen esa entidad de juridicidad, aquellos criterios o doctrinas que constituyan la razón suficiente para adoptar y justificar la decisión respecto de las pretensiones de las partes ("*ratio decidendi*")[25].

Para arribar a la anterior convicción, bastará una ligera lectura de los artículos 334, primer aparte, constitucional y del artículo 20 del

[25] Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España, del 22 de enero del 2010 (STS 5/2010. Disponible en: https://supremo.vlex.es/vid/-75863844

Código de Procedimiento Civil, por más que la Sala Constitucional haya revisado esas sentencias y las haya revestido de virtualidad jurídica. Puesto que, la decisión de la referida Sala Constitucional al entrar a revisar los fallos de los tribunales de aplicación del control difuso de la constitucionalidad, no tienen un impacto total y general como ha ocurrido; en razón, que constitucionalmente, estos solo se producen cuando la Sala en cuestión, ejerza debidamente el control concentrado de constitucionalidad, prescrito en el último párrafo del artículo 334 ibidem.

Indudablemente, que el control difuso depende de la voluntad y compromiso del juez, para no aplicar la ley, cuando advierta a tiempo un vicio de inconstitucionalidad al internarse a resolver un caso concreto y no para todos. Este es el quid que defiende su existencia y este radio de acción o de movimiento no se puede rebasar, a riesgo de maltratar la Constitución, por más categoría suprema de que esté revestido un tribunal, ya que no se trata de jerarquía o autoridad, sino del respeto de la supremacía de la Constitución. Después de todo en la especie, como hemos apreciado, se echa de menos un uso religioso y controlado de este mecanismo de protección de constitucionalidad con el subsiguiente peligro a la garantía de paz ciudadana.

Precisando el aspecto que interesa, como alerta la Sala Constitucional en su sentencia Nº 362 / 2018 al revisar la No. 510 del 28 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil, que esta incurrió en un desatino al declarar frente a todos la inconstitucionalidad sucesiva de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad del 323 eiusdem, y en desuso el artículo 210 *ibidem*. A esta acción equivocada, se agrega el que la Sala Constitucional, sin que hubiera seguido el procedimiento correspondiente de acción popular de nulidad, aun así, confirmó la inaplicación de los citados artículos, y por si no fuera suficiente reescribió los enunciados preceptuados en sus textos con el único objetivo de otorgarles efectos generales a la mencionada sentencia de la referida Sala de Casación Civil. A propósito de esto, si la citada Sala de Casación Civil captó su inconstitucionalidad y explicó su por qué, se insiste, esa decisión solo interesaba para zanjar la cuestión en estudio; mas no, se repite, hacerla extensiva de cara a todos.

Con referencia a lo anterior, siendo el control difuso una cuestión ajena a otros casos y a otros jueces o magistrados; no es propio de su

naturaleza, otorgarle los efectos generales de una acción de nulidad en una revisión de sentencia de aplicación de dicho control difuso. Ni más ni menos, esto significa consentir y tolerar un grado prelación a este control, que solo tiene, como se ha dicho, una reducida importancia y nunca trocarlo en un juicio universal, total y general. Con absoluta certeza y seguridad se puede decir que ello cambió radicalmente la índole o condición natural y propio del control difuso de la constitucionalidad al transformarlo en una especie de fase previa del control concentrado, en desprecio al carácter principal y no subsidiario de este. E, incluso posteriormente complementado con "una decisión reglamentaria" en la cual se establece de manera general unas nuevas reglas de la casación de instancia.

La Sala Constitucional, a nuestro entender desbordó y colmó, y por mucho, las fronteras de su ordinaria su competencia y dictó una decisión incongruente porque si conoció como autoridad máxima de la revisión de la sentencia Nº 510/2017, sus poderes estaban restringidos a esclarecer si el fallo de la Sala de Casación Civil estuvo acertado o no, por modo que, si confirmaba o le daba carta de naturaleza a lo resuelto, forzosamente debía afectar o beneficiar no más que a las partes y a nadie más. Ejemplificando mejor lo expuesto: si el control difuso aplicado por la Sala de Casación Civil era inoperante para llegar a las conclusiones a que llego dicha Sala; y, por tanto, la Sala Constitucional debió y no lo hizo, determinar si aquella actúo acabadamente en cuanto a las reglas del control difuso de constitucionalidad de los citados artículos.

Significativamente resulta contradictorio los modos de actuación de la aplicación "a la limón" del control del control difuso por las respectivas Salas, al extremo que, en una revisión de dicho control, se creó un nuevo proceso de casación civil, que suprimió el reenvío y el recurso de nulidad. Simple y llanamente, la Sentencia No. 510 del 28 de julio de 2017, representó un puente entre el control difuso y el control concentrado en un mismo procedimiento para fijar unas nuevas regulaciones al proceso en casación, completadas posteriormente en otra decisión de otro caso concreto, que no guardaba conexión alguna con ese tópico. Todo ello representa una yuxtaposición de procedimientos, intercambiando los efectos entre uno y el otro; injerto vicioso que transmuta el objetivo que cada uno de ellos persigue. Esto es, a través de un control

difuso es imposible expandir sus efectos más allá de lo que la figura especialmente consiente en derecho. No obstante, la Sala Constitucional confirmó esa desaplicación, pero sin reparar que la manifiesta violación de los severos límites de la legitimidad jurisdiccional por parte de la Sala de Casación Civil, de anular los artículos del Código de Procedimiento Civil, que, como ley nacional, solo podían ser derogados por la reforma legal de dicho Código, según el artículo 202, constitucional, agravada la situación porque posteriormente produjo una decisión reglamentaria por la que construyó, en su decir, una nueva casación.

Ello es un precedente dañino y hasta peligroso. Según esto, en Venezuela, las leyes procesales podrán ser derogadas por esta curiosa táctica cuando redunda en sabido que las leyes únicamente se derogan por otras leyes, sea expresa o tácitamente, tal cual lo prescribe el artículo 218, de la Constitución. O, por el conveniente ejercicio de las acciones populares de nulidad, conforme los artículos 333, y 336, numeral 1, *ibidem*. Por lo que verdaderamente, tales precedentes de las sentencias comentadas, son manifestaciones de un grave grado de inseguridad jurídica, en lugar de su certeza, como lo deben ser los métodos de control de constitucionalidad y sus efectos. De modo, que, de hoy en adelante, no será necesario derogar leyes procesales por el Poder legislativo, sino que para ello bastará que cualquier juez haga desaplicación de una regla procesal, y, que la Sala Constitucional, por ser algo más allá de mera forma, luego la anule, o reescriba para modificar todo un vigente Sistema de Justicia; y finalmente, admitir que la Sala de Casación Civil posteriormente reglamente lo decidido por la Sala Constitucional. La Sala de Casación Civil y la Sala Constitucional por muy alta que sea su jerarquía y prestigio, están desprovistas, mediante el procedimiento del control difuso, del poder para anular leyes que atañen al proceso a seguir en casación, y que regulen las formas esenciales de ese procedimiento y los modos de actuación de un Tribunal Supremo, a través de una mixtificación del modelo de control difuso de constitucionalidad, como una fase previa del control concentrado de la constitucionalidad. Y mucho menos para redactar nuevos artículos con arreglo a lo decidido, en casos particulares, al punto de suprimir y declarar en desuso otros al paso de ordenar la desaplicación de los citados artículos. Todo ello mediante sentencias de aplicación del control difuso,

primeramente, y, luego, por sentencias de nulidad dictadas en una segunda fase de revisión de dicho control difuso, y posteriormente, por sentencias reglamentarias de las anteriores sentencias.

Creemos, que el centro de nuestra preocupación, es advertir lo negativo del trastrocamiento para el Estado democrático de derecho en materias que interesan al Sistema de Justicia de la sociedad, y que por ello importa regular debidamente el control difuso, así como la revisión de su aplicación mediante una ley de jurisdicción constitucional que evite la desvirtuación del modelo del control de la constitucionalidad, contemplado en los artículos 334, y 336, de la Constitución. Ese esfuerzo baldío de las Salas muestra un cuadro desolador; porque esa desvirtuación atenta contra la potestad indeclinable de la Asamblea Nacional de legislar en las materias de competencia nacional, entre éstas las de leyes procesales que integran la reserva legal, y contra la participación ciudadana en el proceso de formación de leyes del Sistema de Justicia. En resumen, bajo ninguna interpretación puede otro poder atribuirse la capacidad de interferir en sus funciones y atribuciones del Poder Legislativo; y ni siquiera sustituirla, so pena de caer en usurpación de funciones, en orden a que, en lo que concierne a nuestra opinión, el Poder Judicial no puede dictar leyes, pues esto es un monopolio de la Asamblea Nacional. Opuestamente, el enervamiento del control difuso y de la revisión de su aplicación, responde a un típico caso de mutación constitucional, en su subtipo de "falseamiento constitucional", al que hicimos referencia con anterioridad.

VII. EL DESCONOCIMIENTO DEL CARÁCTER IMPERATIVO Y NO FORMAL O NEUTRAL DE LAS LEYES PROCESALES

Las sentencias objeto de estos comentarios, no respetan el carácter imperativo, y no formal o no neutral, de las leyes procesales como garantía del debido proceso[26]. De suerte que tales sentencias, hacen

[26] Respecto del carácter imperativo y la n neutralidad de las leyes procesales puede verse Román J. **Duque Corredor,** *Proceso, Tutela Judicial y Estado Social de Derecho*, Fondo Editorial José Gabriel Sarmiento Núñez, RETEJURIS Madrid-Caracas, junio 2019, PP. 25-30.

inseguros y muy problemático sus exactos alcances, como normas imperativas; por lo que bien, en ese sentido, cabe recordar a un maestro clásico venezolano:

> "El presente Código se intitula de Procedimiento por ser esta denominación una propia y adecuada a su ámbito, dentro de lo convencional, toda vez que está integrado por las tramitaciones contenciosas y por las de carácter voluntarias…, entes no contrapuestos antagónicamente en frente al organismo Jurisdiccional (Tribunal), sino que como conceptos diferenciales en cuanto a la sede en que se deben desenvolver sus cuestiones fundamentales, más propiamente como dimensiones fijadas por la Ley acerca de la administración judicial; procesos y asuntos no contenciosos. Resulta Ley en Derecho Común, rigiendo, por lo tanto, en la aplicación de las leyes de excepción en cuanto éstas no lo derogan de manera relevante y sin que se pueda prescindir de su observancia en lo referentes a las disposiciones generales aplicables al caso (…)"[27].

Véase que el Código, como ley de derecho necesario, expone los imperativos de conducta y los modos de actuación a cumplir dentro del proceso por todos los sujetos procesales y de ahí que, sea el que fije los modelos a seguir según y conforme a la dinámica que determina el conjunto de fuerzas y las actividades esenciales para que los procesos civiles progresen en el tiempo y el espacio, con la obligada asignación a las partes de cómo deben moverse activamente para tener y sacar ventajas en pro de sus derechos, intereses y bienes jurídicos y administrar el tiempo útil para realizar eficientemente los actos y actuaciones procesales a fin de lograr la función y propósito para el cual fueron establecidos por el legislador, bajo el peligro de que caduquen esos derechos por negligencia en su actuar.

Sea lo que sea, el Código igualmente nos alerta que en todo proceso rige el principio de la legalidad que pone a disposición de los que intervienen como sujetos en un pleito, una serie de medios que preestablecidos en la ley estructuran la secuencia y desarrollo de los trámites y

[27] Cf. **Armando Hernández-Breton,** *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tercera Edición, aumentada y corregida, Editorial La Torre. Caracas, 1969, p.1, nota 2.

fórmulas judiciales que actúan como modelos de máxima seguridad por los que el Estado protegerá, por medio de esos estrictos mecanismos procesales, al ciudadano en el goce del indeclinable derecho de que su persona, bienes e intereses jurídicos no le serán violentados; disposiciones que no deben relajarse, salvo que siga otra ley nueva que las derogue. La Sala de Casación Civil, en el caso en estudio, derogó la ley, con lo que invadió funciones que no le corresponden. Pues bien, a la Sala Constitucional no le importó dentro del principio de la separación de funciones y del principio de legalidad, de que exista otra rama del poder público encargado especialmente de esos menesteres y no otro.

VIII. COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN SEGÚN LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

En razón del principio constitucional de la seguridad jurídica en relación con el valor que revisten las debidas formas procesales, resulta ilustrativo destacar la obvia relevancia de la certeza en la aplicación de esas reglas, que las definen; que si bien son formales, sin embargo, tienen un similar imperativo a las del derecho sustantivo, por ser instrumentos fiables del debido proceso y de la correcta aplicación de la ley, para lo cual son útiles algunos comentarios sobre este tema, en virtud de que reivindican un conjunto de exigencias destinadas a resguardar el orden, la convicción y la eficiencia que resulta de su esmerada sumisión para conseguir su más elevada meta: la de cuidar el ejercicio del derecho a la defensa y a la valiosa tramitación del proceso y la justicia. Ello es determinante puesto que dicho principio de la seguridad jurídica radica en la creencia del ciudadano de que su persona, su familia, sus pertenencias y derechos estarán protegidos por las diferentes leyes y que las autoridades del Estado, en el supuesto en que tenga que intervenir en un procedimiento legal, le socorra la confianza y esperanza de que habrá de ser diligenciando según lo previamente establecido en el ordenamiento jurídico positivo legal.

En este orden de ideas, entrando al tópico que interesantemente atrae, sin duda la Sala de Casación Civil, en la sentencia No. 125

de 30.07.2020, aplicó al pie de la letra las nuevas regulaciones que han de cumplir los recurrentes en sede de casación civil para tener derecho a que al menos se examine su formalización. Por ejemplo, en ese particular asunto, se delato una denuncia de que el dispositivo del fallo vino a ser el resultado directo de la comisión por el juez sentenciador de una suposición que desdijo la verdad objetiva del expediente; ante este escenario que trae consigo la posibilidad de que la Sala de Casación Civil entre a tomar conocimiento de la cuestión de hecho, la ley ha consolidado un medio técnico para incursionar en el examen crítico sobre el contenido de documentos y actas procesales, para controlar, por excepción, la legalidad de una argumentación esgrimida por el juez a la hora de solucionar la controversia, pero que a la postre descuella en errónea, inexacta o falsa. Justamente, esto fue lo que se abordó en esa sentencia que se cita; más, la Sala desechó de plano la denuncia por considerar que si lo relativo al tema de la interpretación de los contratos debe ser estrictamente formalizada como un asunto que preocupa a la casación sobre los hechos, y lo exteriorizó así:

> "Por lo cual, y en atención a todo lo precedentemente expuesto, la presente denuncia es desechada por falta de técnica grave en su formulación, al confundir el formalizante dos (2) supuestos distintos de casación por infracción de ley en su subtipo de casación sobre los hechos, como si fueran el mismo, confundiendo el señalamiento de un hecho positivo y concreto como premisa de la suposición falsa, con las conclusiones del juez en el análisis de las cláusulas del contrato, argumentación errónea que no puede corregir ni asumir la Sala, pues de hacerlo crearía un claro desequilibrio procesal a las partes en juicio al no mantenerlas en igualdad de condiciones ante la ley, sin preferencia ni desigualdades, como lo preceptúa el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara".

Ahí, en ese trozo de esta sentencia de la Sala de Casación Civil, de inmediato se sabe que la razón suficiente para dejar fuera de combate la delación por suposición falsa ideológica, en el decir de la Sala, descansó en que el recurrente denunció, como si fueran lo mismo, dos supuestos distintos de suposición falsa. Premisa que funcionó como una causa

excluyente y determinante por la que la Sala de Casación Civil adquirió la convicción de que la formalización cometió una falta grave de técnica, motivo más que suficiente para desestimarla de raíz. Sin entrar a profundizar el tema de la llamada técnica de casación por quebrantamiento de las formalidades que gobiernan el recurso como obligado presupuesto procesal a cumplir irrestrictamente por los recurrentes, en la sentencia en cuestión se da por sentado el antecedente de que solo en el caso de llenar a cabalidad esos rigurosos requisitos de orden formal, le nacerá al recurrente el derecho a que la Sala de Casación Civil como mínimo lea su formalización y pase a trabajar y calibrar el buen mérito de las delaciones consignadas en el escrito de formalización del recurso de casación.

Antes de cualquier otra consideración en cuanto a lo que interesa para este trabajo, conviene decir que sobre este punto no prevalece hasta ahora una doctrina sólida y seria sobre esa malhadada técnica como se ha calificado ese rigor formalista, por cierto, muy desaprobada por la doctrina y jurisprudencia, tan abundante que excusa su cita. Aunque la Sala de Casación Civil en muchos de sus fallos defiende el rigor formal que ha de caracterizar el recurso de casación, no pisa terreno sólido comoquiera que se mueve al respecto con criterios discrecionales y deja el tema en tierra de nadie. En algunas sentencias deja la tesis expuesta de que la llamada técnica de casación no existe y equivale a una rémora procesal y prevalece la teoría de echar por tierra o desterrar del mundo procesal a cuantas formalidades inútiles se pretenda darles un valor normativo con capacidad de hacer sitio al perecimiento del recurso de casación. Ha calificado esa conducta como un anacronismo. En otras sentencias, va en contracorriente a esa tesis, y actúa con grande severidad en el cumplimiento de las mencionadas formalidades o fórmulas y las aplica sin contemplaciones, como en el caso citado de la sentencia No. 125/2020, para justificar el por qué no examina la infracción denunciada, quizás en detrimento de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Pero, como en Casación las ecuaciones fracasan, esa sentencia luce como un caso clínico del por qué, en lo que concierne a la suposición falsa, si resulta útil estudiar y trabajar la formalidad que milita en favor de la pulcritud y exquisita manera de presentar esta clase

de denuncia, traída al proceso civil venezolano con el Código de Procedimiento Civil de 1916, artefacto técnico que hace las veces de llave maestra para abrir la oportunidad para que la casación por la vía de la excepción y sin traicionar su oficio de contralora de la ley, actúe con las precauciones debidas a fin de penetrar en el estudio de las actas del expediente con el exclusivo propósito de averiguar cómo la instancia se ocupó de establecer y apreciar los hechos.

Por lo que es válido centrar la atención en que la suposición falsa guarda estricta conexión con el error de hecho del juez que dispara una equivocada apreciación y calificación de los hechos en general, pero si el error es respecto del contenido de un documento o acta procesal, la ley le concede un particular y estricto tratamiento. En ese trance, al recurrente se le advierte que ha de proceder conforme a las condiciones exigidas para que casación acceda a este tipo de cuestionamientos invocados en la formalización. Ello porque la casación no procede a inspeccionar puntos de orden fáctico, a no ser que se maneje propiamente la denuncia de la casación sobre los hechos con una explicación que represente con fundamento la falsedad por la vía de la excepción, y, sin olvidar que el error debe afectar es a las equivocaciones del juez en la constatación de los hechos del litigio al examinar las pruebas para fijar los hechos.

La suposición falsa está en la base misma en sede de casación de un medio de impugnación único, denominado casación sobre los hechos, aunque autores de alto prestigio critiquen esta denominación, porque ellos piensan que la casación no está en capacidad de establecer hechos en ningún caso, sino solamente declarar la infracción de una norma específica para valorar el mérito de la prueba, que propiamente no es casación sobre hechos. En seguimiento a este propósito, innegablemente que la casación tiene por norte de ordinario ejercer y para ello ha de examinar las cuestiones de derecho o infracciones de ley revisando los considerandos empleados por el juez de alzada para examinar si la motivación elegida para apuntalar lo dispositivo del fallo deviene correctamente en esa parte de la sentencia, donde la casación no tiene trabas para captar el error de derecho cometido por la instancia, siendo este el caso en el que la Sala de Casación Civil es libre y desembarazada

para ejercer activamente, ésa, su competencia natural. Pero, no tiene la misma competencia para sobre la cuestión de hecho, por lo que, por ser excepción, es necesario que los recurrentes acomoden su denuncia a los requisitos de la denuncia de la casación sobre los hechos, puesto, que por definición la Sala de Casación Civil no es más que un tribunal de derecho.

Después de todo lo expuesto, el caso resuelto por la sentencia No. 125/2020 es útil y valioso a los fines de este ensayo. En efecto, en el caso de la especie, el recurrente denunció como motivo de su recurso de casación la comisión de una suposición falsa ideológica. Y conforme a la doctrina pacífica de la casación civil, el interesado en la suerte de esta infracción tiene el compromiso de acatar una elaborada técnica, si no la obedece, sin más remedio su denuncia quedará desechada al grado que casación civil ni siquiera la va a leer. Formalidades estas, en lo que concierne a la cuestión de hecho, clasificadas como esenciales para el debido proceso; ya que de otro modo resulta ineficaz la prohibición a la casación de inmiscuirse o interferir en realidades procesales, cuyo destino está en manos de los jueces del mérito, en respeto a sus impenetrables y soberanos poderes de apreciación de los hechos, como jueces naturales. Demás está decir que el legislador venezolano dosifica al detalle las vías y medios para que casación amplíe su jurisdicción con el objeto de ingresar a trabajar la cuestión de hecho y abrir la puerta para valorar la decisión de los jueces del mérito en cuanto al establecimiento y apreciación del hecho o de las pruebas, como en los casos en que los dispositivos de los fallos judiciales sean la consecuencia de una suposición falsa. Solamente en la ocurrencia de estos excepcionales supuestos, la casación adquiere el fuero de revisar actas e instrumentos para certificar cómo los jueces de la instancia constaron los hechos y de cómo los apreciaron. Así es que en lo que atañe a la suposición falsa, el Código de Procedimiento Civil en el elocuente lenguaje de la jurisprudencia distingue taxativamente sólo tres (3) subhipótesis de este motivo de casación sobre los hechos previstas en el artículo 322, encabezamiento, del Código de Procedimiento Civil; entre éstas aparece aquella en que el juez haya atribuido a “instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene”.

En este apretado caso, el rasgo común que compone un caso clásico de suposición falsa, consiste en que el juez inventa, se imagina y pone en circulación una mentira procesal que se aprehende sin ningún esfuerzo intelectual, al grado que bastará la confrontación de lo declarado en el instrumento o acta que corra al expediente con lo resuelto al punto por el juez; de esa pronta revista a lo ahí afirmado, la casación encuentra algo no afirmado en esas piezas del expediente, es decir, palabras o expresiones que no dicen, en cuyo caso, sin duda que se está ante un expresivo y revelador trastrocamiento de la verdad. En tal estado de cosas, la Sala casará el fallo sin adelantar apreciación alguna sobre la nobleza jurídica de esos instrumento o actas, y ordenará dejar de lado para la controversia ese hecho positivo que no tiene respaldo probatorio que resulta falso. Más, por la vía de la jurisprudencia, el alto Tribunal difundió a partir de 1939, una nueva interpretación de esta subhipótesis de falso supuesto. En ese tiempo dejó asentada la siguiente doctrina:

> "(…) equivale a atribuir la existencia en un instrumento de menciones que no contiene, el hecho de desnaturalizar la mención que, si contenga, al punto de hacerle producir efectos distintos de los en ella previstos, o al punto de que produzca los efectos que hubiere producido otra mención que el instrumento no contiene"[28] .

Esta notable y perspicaz doctrina se siguió en otros fallos[29]. Doctrina que ha recibido acogida hasta ahora sin que se haya intentado modificar su interpretación, tanto que constituye jurisprudencia pacífica y por el transcurso del tiempo, diuturna[30]. Si algún cambio ha habido, no está referido a la naturaleza y sentido propio de ese tipo de suposición falsa, sino que se ha construido por jurisprudencia una serie de requisitos a modo de cláusula de cierre de preceptivo cumplimiento por los recurrentes, a riesgo de quedar expuestos a que la formalización de su recurso les sea desestimada de pleno. Todo ello como fruto de la

---

[28] Memoria de la Corte. 1940, p. 400.

[29] 28.10.1959, 18.08.1964 y 216 /1964 recogidos por el **Dr. José Román Duque Sánchez**. *Recopilación de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Vol. I, II y III. Ediciones Magon. Caracas. 1971.

[30] SCC Nº 54/2019, Nº 219/2019, Nº 223/2019, Nº 328/2019 y Nº 391/2019

reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, nacida en torno a la nueva redacción y naturaleza de los motivos de casación sobre los hechos, denominación o calificación, que incluso ha sido criticada por algunos autores, como ya antes se expresó[31].

Por lo demás, sale un dato incontestable de esta experiencia jurídica, puesto que, a pesar de la tesis constitucional de la informalidad procesal, la Sala de Casación Civil elaboró un modo de ser exigido a los recurrentes a la hora de entrar a redactar una infracción por suposición falsa, al grado que ha desestimado por falta de técnica adecuada, toda aquella infracción que no se amolde a esa técnica[32]. Es decir, que no es verdad la tesis de la informalidad absoluta del recurso de casación a la que se han referido tanto la Sala Constitucional como la Sala de Casación Civil.

Es tan cierto, que la Sala de Casación Civil exige como una formalidad valorativa que quien alegue falso supuesto debe fijar con precisión en cuál de los casos contenidos en el artículo 322, encabezamiento, del Código de Procedimiento Civil, ubica su denuncia por exigirlo la técnica de la formalización del recurso de casación. Casos estos, que son: 1) Atribuir a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, 2) Dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos; y 3) Dar por demostrado un hecho o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo. La suposición falsa pura y simple debe referirse a un hecho concreto[33]; que se trate de un error material[34] por lo que de ningún modo se trata de una falta de motivación en el establecimiento de un hecho[35], ni puede confundirse con una defectuosa valoración probatoria[36]; ni tampoco con vicios en el establecimiento o apreciación de los hechos[37]. Todo porque la suposición falsa

---

31 Cf. José Andrés Fuenmayor. "Recurso de Casación en el nuevo Código de Procedimiento Civil", en *XIV Jornadas "J.M. Domínguez Escobar. Homenaje a la memoria del Dr. Luis Loreto"*, p.114. Y**, Ramón Escobar León,** *Reflexiones sobre el razonamiento jurídico. El sistema de casación venezolana (La Casación Civil vs. La Casación Social)*. Ed. Legis 2012.

32 (cf. SCC, entre muchas, n. 282/2015, n.300/2019 n.278/2019, 302/2019).

33 SCC Nº 588 de 30.11.2018.

34 GF Nº 28, 2 et. P.141.

35 SCC Nº 662 de 13.12.2018.

36 SCC Nº 225 de 30.04.2002, Nº 195 de 12.05.2011 y 780 de 29.11.2017.

37 SCC Nº 546 de 12.12.2019.

debe referirse a un hecho concreto, que redunda en falso al grado que hoy por hoy, constituye un motivo autónomo de casación[38].

Lo que lo caracteriza la suposición falsa es una falta de exactitud de orden material, para lo que será bastante con el ejercicio de una simple inspección visual que conduzca a ponerlo de manifiesto, sin que sea necesario hacer un trabajo del entendimiento o de deducción o de enjuiciamiento. En concreto, las deducciones o inferencias que los jueces hagan por vía de interpretación de un concepto implicado en el texto de cualquier documento o instrumento o acta del expediente no configuran falso supuesto. Esta es la regla. En cambio, la suposición falsa ideológica está referida a un error intelectual del juez en la interpretación del contrato o en el contenido de algún documento u otro medio de prueba que importe por relevante a la controversia, de cuyo examen el juez haya sacado una falsa conclusión que justamente es lo que persigue con ahínco este tipo de suposición falsa porque, es un punto sin discusión de que en principio la interpretación de los contratos y el trabajo probatorio es un asunto reservado a la perspicacia, sensatez y a los enjuiciamientos utilizados por la instancia sin que casación habilitada para intervenir y censurar esos criterios, en lo que los jueces son soberanos.

Se ha dicho desde hace mucho tiempo que esa soberanía de los jueces de la instancia no llega al extremo de interpretar a su gusto los contratos y dar a estos una denominación distinta de la que la ley les atribuye y si bien ese error de calificación o interpretación de un contrato cae bajo la censura de casación, ello de por sí no constituye falso supuesto, sino un error de derecho revisable mediante el texto legal infringido que contenga la definición del contrato, siempre que hubiere sido erróneamente interpretado, falsamente aplicado o dejado de aplicar; pero, si equivale a suposición falsa la desnaturalización que se haga del sentido claro y expreso de las convenciones y prescindir de los preceptos legales a que ellas deben someterse.[39] Entre una y la otra situación existe un tenue línea de distinción que tocará al recurrente explicar. Bien se comprenderá que ese parecer se basa exclusivamente en que la ley se encarga de definir los contratos para lo cual es harto el concepto

[38] SCC Nº 537 de 08.08.2005.

[39] Memoria 1919, p.VIII y G.F Nº 87, 2 et., p 504 y G.F n.º 37, 2 et., p. 71.

vertido en la norma y comparar ese supuesto o enunciado de hecho con la realidad del expediente; por eso para cuestionar el punto de la calificación correcta de los contratos, es suficiente invocar la infracción del artículo que lo describe; aunque, a veces, casación indica que tal refutación solo se acepta a través de la suposición falsa[40]; por supuesto, ello es una especial e insuperable inconsecuencia de casación con su jurisprudencia secular y la doctrina consolidada.

Dadas la condición que antecede, corresponderá invocar suposición falsa cada vez que el juez adultera una mención o termino que corre al contrato o documento, tan grave para que la estipulación del contrato quede desnaturalizada y produzca un efecto no previsto en ella. Y aquí surge la clave para descubrir la suposición falsa semántica, que consiste en descifrar si hubo interpretación o desnaturalización de la voluntad contractual; en esta dirección el punto de inflexión de la denuncia, ha de centrarse en expresar cuál fue la mención que hubiere sido corrompida o falseada al dársele a un vocablo puesto en el instrumento, acto o de alguna prueba, una acepción que no tiene[41]. Ni modo, una vez establecido ese hecho creado en la imaginación del juez, adrede o por descuido y por tanto inventado, indicar que ese error de hecho al enjuiciar los hechos, condujo a un error de derecho[42]; es decir, denunciada la mentira procesal, invocar las normas jurídicas falsamente aplicadas[43]; todo lo cual desembocará en una distorsión material del real contenido de los documentos, actas o actuaciones sobrantes en autos y, en lugar de decidir en punto a lo estipulado en el contrato o lo escrito en los documentos e instrumentos, el juez coloca en su lugar un hecho distinto, que es falso. Decisivamente, se sigue atacando un hecho concreto derivado de una transfiguración de la palabra, mención o expresión inserta al documento o acta del expediente, mas no se trata de verificar si hubo *obrepción* o *subrepción* de la palabra sino de precisar el justo alcance de estas dentro de un contexto documental.[44]

---

40 SCC Nº 634 de 29.10.2015.
41 G.F Nº 90, 2 et., p. 329.
42 SCC Nº 271 de 30.05.2018.
43 SCC 818 de 21.11.2006.
44 SCC n 01.11.1989, Caso: Zambrano.

Confirmado este aspecto que alimenta los comentarios anteriores, la piedra de toque para medir la intensidad y la realidad de la existencia de la suposición falsa ideológica consiste en rebatir un razonamiento final del juez que a la postre resulta inexacto, falso o incorrecto con relación al contenido semántico del contrato o documento. De cualquier manera que para hacer la oportuna y debida delación de esas especiales circunstancias, es inconveniente recurrir conforme este motivo contra las conclusiones del juez que, por regla general, están fuera del concepto rígido de suposición falsa, y de ahí que casación en tales supuestos deseche una suposición falsa orientada a combatir por falsas las dichas conclusiones, resultado del error intelectual en que incurrió el juez, a cuyo fin, el formalizante deberá refutar la bondad del mismo por medio de las pertinentes delaciones por violación directa de la ley y no por suposición falsa. En efecto, retomando el hilo de la suposición falsa ideológica, el blanco de la infracción reside en una equivocación mental del juez, resultado particular de un falseamiento del sentido de las palabras, menciones o expresiones contenidos en alguna o algunas de la estipulaciones contractuales o medios de prueba, siempre que el recurrente no plantee ni pretenda acusar o denunciar una desinteligencia que envuelva una divergencia del criterio con relación a los enjuiciamientos del juez. Esto es un asunto distinto a la suposición falsa intelectual.

En relación con ello, en síntesis, a lo antes dicho, el recurrente tiene la carga de aislar cuál fue la mención desnaturalizada y cuál el errático sentido o alcance que el juez dio a la misma mención en contrario a lo verdaderamente pactado. Exige, la jurisprudencia de casación, además, el que se delaten las normas falsamente aplicadas a esos hechos inventados por el juez y aquellas que debió aplicar. Esto último merece una anotación. Una que otra vez, la Sala declara la existencia de una suposición falsa ideológica, pero, a contrapelo no repara en que el recurrente ni por asomo delató cuál o cuáles fueron las normas jurídicas que el juez de alzada aplicó falsamente, cuyo quebrantamiento, según lo antes expuesto, lleva al abandono de la infracción[45]. O bien, saca de propósito la delación, aunque sí nombró como infringidas las normas

[45] SCC Nº 455 de 06.07.2017.

falsamente aplicadas, mas no hizo lo mismo con delatar las normas jurídicas que se debió aplicar y no aplicó el juez de la recurrida[46].

Y puede suceder que existan situaciones en que ni siquiera hay norma con que enlazar la delación como no aplicada, pero la jurisprudencia urge al recurrente además de denunciar la norma falsamente aplicada y las que debió aplicar el juez y no aplicó. El Dr. **Pedro Alid Zoppi** comenta el punto y escribe:

> "Es más: cuando el juzgador aplica indebidamente una norma jurídica (falsamente como dice el Código) es posible que no exista "otra" norma inaplicada, porque la indebida aplicación no significa necesariamente que existe una "norma contraria"[47].

Quiere decir que, la casación es muy inconstante y voluble. Aplica un requisito en un caso y desestima la delación instantáneamente y en otras la pasa por alto sin precisar el por qué esa omisión no resulta grave para la suerte de la formalización. Esto entraña que ese presupuesto formal deberá exigirse, siempre que sea posible conectar la falsa aplicación en los casos de suposición falsa con la correlativa denuncia de falta de aplicación. Es, por tanto, necesario que la Sala lo precise; aún más, será muy dogmático un fallo y proclive a la injusticia que en todo momento se exija el cumplimiento de estos requisitos formales, puesto que a veces no habrá norma con que conectar la infracción, tanto que en ese supuesto se le pide una carga procesal que la ley no pone en cabeza del recurrente.

Y hay todavía más. La exigencia obligada de precisar por el recurrente las normas que debió aplicar el juez y no aplicó, resalta como un requisito relativo y no absoluto que conduzca a la desestimación de la denuncia porque el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil preceptúa:

> "(…) estableciendo además cuales son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean éstas las indicadas por las

---

46 SCC Nº 818 de 21.11.2016, entre muchas.

47 **Pedro Alid Zoppi**. *Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil*. Vadell. Hermanos. Editores. Valencia. Venezuela. 1989, p.180 y 181.

partes en los escritos de formalización o de contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso"[48].

Lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil da crédito de que el requisito en cuestión no califica como obligatorio con la capacidad de sacar de juego la denuncia porque, en definitiva, será a la Sala de Casación a quien estará dirigido el mandato de la ley y no a la parte, la que podrá hasta equivocarse en la indicación de la norma jurídica y con todo y eso, su formalización no debe sufrir mengua.

Ha de insistirse con energía que, si se denuncia la conclusión del juez de falsa o inexacta, como suposición falsa ideológica, por no resultar compatible el texto de la mención que se interpreta; que la labor consistirá en averiguar cuál es la voluntad o intención de las partes, lo cual es una interpelación sana del derecho. Pero, no ocurre lo mismo, al distorsionarse los hechos, por la desnaturalización de las menciones o textos de las actas procesales, porque desde luego lo que existe es una tergiversación mental de los hechos. En tal hipótesis, el alto Tribunal está en la urgencia de hacer un análisis de dicha conclusión a que se arriba, para luego valorar el contenido de los documentos que obran en el expediente.

La común noción de falso supuesto por desnaturalización es la que acaece al deformar el espíritu, entendimiento o acepción, normal e inequívoco de un texto o expresión literal, lo que requiere del concurso de rigurosos requisitos por cuanto se trata de puntualizar y grabar profundamente el cabal y legítimo significado de palabras dentro de un contexto documental específico para saber si hubo una sustitución del concepto o vocablo claramente revelado por otro falsamente supuesto. No es pues, un enjuiciamiento o conclusión interpretativa falsa, sino el trastrocamiento letal o etimológico de las palabras escritas de los documentos o de las actas procesales. Esa tarea exige de continuo, poner de manifiesto qué las palabras utilizadas por el juez, no se corresponden con el contenido textual del documento o instrumento, para lo cual será indispensable invocar el porqué de la incompatibilidad ideológica, a fin

[48] Cf. artículo 320, tercer aparte, del Código de Procedimiento Civil.

de destacar las menciones alteradas dentro de un contexto específico[49]; y ello se traduce en un vicio de naturaleza equivalente al que suele producir el falso supuesto en sentido estricto de aseverar un hecho sin prueba alguna o que resulta inexacto por contradecir la prueba existente en los autos, que la jurisprudencia ha venido admitiendo como tal[50]. Desde luego, se trata de una delación muy trabajosa.

Está claro, pues, que este tipo de suposición falsa rebasa la simple confrontación porque su complejidad exige un análisis concienzudo del por qué se ha producido un transfiguración de las menciones, palabras o expresiones colocadas en un documento, instrumento o acta del expediente, que bien vistas aparecen como muy alejadas del texto de donde sigue la declaración cierta, por la que el juez le cambia o demuda la trascendencia o el valor literal de algo que se dice que consta en lo declarado por cualquier instrumento. Preciso es de aclarar que no hay confundir la tergiversación que el juez haga de los planteamientos hechos por las partes con su demanda y la contestación a esta o de la reconvención y su respuesta por el reconvenido, con ese cambio de enfoque de lo alegado, puesto que ello no constituye una suposición falsa, sino una incongruencia por alteración de la causa de pedir o de los términos como fue planteado el conflicto judicial. Doctrina está muy vieja, pero hoy todavía vigente[51].

Pues bien, la Sala de Casación Civil, según las nuevas regulaciones del proceso en casación, ahora incorporó un cuarto caso de denuncia de suposición falsa por obra de juicios falsos o conclusiones falsas, que no es la de una suposición falsa positiva, o la afirmación falsa de un hecho, sino de un juicio falso. Si bien, al tener en cuenta la doctrina todavía vigente de la referida Sala, el motivo primitivo de casación del falso supuesto por el que se impugnan hechos puros falsos, engloba en tal suposición falsa semántica o ideológica la tergiversación sobre el contenido de un documento de donde el juez deriva conclusiones erróneas o inexactas; lo cual si equivale a la hipótesis primera de suposición falsa[52].

---

49 SCC Nº 295 de 01.11.1984.

50 SCC Nº 312 de 14.11.1984 en GF Nº 126., 3 et., Vol. 3, p. 1547 y de 12.07.1984, citada ahí.

51 G.F Nº 112, Vol. II, 3 et., p. 1.642, SCC Nº 586 de 30.11.2016.

52 SCC no 119 de 22.03.2013 y Nº 44 de 22.02. 2017.

Pero en la sentencia No. 125/2020, nada le sirvió de impedimento a la Sala de Casación Civil para poner un cuarto caso de suposición falsa, que cual se ha encargado de precisar en su más variada doctrina sobre el punto, es un error de juzgamiento cometido por el juez al interpretar los hechos que resultaron demostrados en el proceso[53]. Supuesto este que es una cuestión de derecho y que, por tanto, no cabe agruparlo junto a los tradicionales casos de cuestiones de hecho previstos en el artículo 322, mencionado. Y para cuya delación exige la técnica formal de la debida denuncia de la suposición falsa y no la de las infracciones de ley. Cuando en realidad, ni en la jurisprudencia, ni en el nuevo tipo de casación de instancia, definido por la Sala Constitucional, está previsto expresamente un cuarto caso de suposición falsa, en fuerza de que no se modificó el encabezamiento del artículo 322, ya citado. Al fin y al cabo, no se contempla ese nuevo tipo de suposición falsa, que es obra de la interpretación de dicha Sala en unas sentencias. En concreto, en ninguna regla procesal, formal o jurisprudencial, existe la denuncia de suposición falsa de tergiversación por conclusión o juicio falso, para que se desestime por mala formalización el recurso de casación por ubicar su denuncia en un inexistente cuarto supuesto de falso supuesto.

Vale la pena recordar, que el principal argumento de la Sala de Casación Civil para no admitir en su jurisprudencia consolidada la desnaturalización del contenido del contrato como una delación por suposición falsa semántica, se pone de manifiesto en la propias sentencias de dicha Sala sobre la nueva casación, al decir que ello no es tergiversación de menciones o palabras, sino de un error de percepción o de derecho en la interpretación del contrato; lo cual, incluso, define como una desviación ideológica de lo pactado como lo es interpretar un contrato de compraventa como un contrato preliminar. En efecto, destaca la Sala en su sentencia No. 125/2020, que el recurrente afirma:

> "Es evidente que tanto la (…) actora reconvenida como la demandada (…) contestes que el contrato celebrado (…) era un verdadero contrato de compra venta, siendo de observar que dicho hecho fue

[53] SCC Nº 187 de 26.05.2010, Nº 544 de 07.08.2017, Nº 636 de 12.12.2018 y Nº 447 de 04.11.2019.

desvirtuado completamente por el juez a-quem, pues su labor era indagar la voluntad e intención de las partes contratantes al establecer determinadas obligaciones y derechos, al incurrir en suposición falsa producto de la valoración errónea o desnaturalizada del citado contrato, ya que le otorga efectos distintos a los previstos en él, como consecuencia de un error de percepción producto de un criterio jurisprudencial aplicado de forma retroactiva".

Y luego, dice la Sala en la citada sentencia que reitera que:

"El hecho positivo y concreto que el juez de la recurrida haya dado por cierto valiéndose de una suposición falsa lo constituye la calificación dada por este al documento fundamental de la demanda como un contrato preliminar de compra venta y no como un contrato de venta pura y simple".

Y remató su decisión, cuando afirmo:

"(…) incurrió el juez de la recurrida (…) dentro del primer caso de suposición falsa contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, o sea, atribuirle a un acta o instrumento del expediente menciones que no contiene, por cuanto el juez en su sentencia le otorgó al documento fundamental de la demanda menciones que no contiene calificándolo de contrato preliminar de compra venta, incurriendo así en el vicio denunciado".

Desde un enfoque estrictamente formal exigido por la casación civil, no es, extraño ni está fuera de lugar, que se desestime una delación de suposición falsa y rechazarla sin más trámites; si en estos casos de conclusión falsa respecto de la interpretación o calificación de un contrato, se invoca la suposición falsa ideológica porque tal hipótesis no encuadra en la primera subhipótesis del artículo 322 *ibidem*. A simple vista se observa que en una delación en esta hipótesis de suposición falsa no se cumple con la técnica para confeccionar esa difícil e industriosa delación, puesto que hasta en la sentencia mencionada se citaron los artículos falsamente aplicados y cuáles debió la alzada aplicar y no aplicó, que es cuestión de derecho y no de hecho. Esto significó que la Sala debió estudiar el mérito mismo de la delación de

derecho para averiguar si hubo o no la aducida adulteración ideológica en cuanto al contenido del contrato a objeto de precisar si en verdad hubo venta u opción de compra; mas no escudarse en un rígido rigor formalista de que al denunciar como suposición falsa el recurrente el error de calificación del contrato, fue ubicada por el recurrente en dos supuestos distintos de suposición falsa, puesto que el recurrente mencionó como tal suposición falsa la indicada en la primera hipótesis del artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, de atribuir a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o de desnaturalizar las que contienen; cuando en realidad se trataba de una calificación falsa de un contrato.

Al percatarse la Sala de la distinción entre la suposición falsa pura y simple de atribuir a instrumentos o documentos insertos al expediente menciones que no contiene y la tergiversación del contenido del contrato, que no equivalen a una sola hipótesis, entonces, como resultado de ese nuevo proceso de casación, por ober dicta, fabricó un cuarto caso de suposición falsa que no se refiere a la falsedad de un hecho, sino a un error de derecho o de enjuiciamiento. Además, que no le está permitido, como se ha expresado antes, valerse de nueva regla procesal que fue la de que se valió la Sala para desestimar la delación en el caso particular del recurso de casación que examinaba, cuando en el primer aparte del artículo 322, citado, que no fue modificado no se contempla un cuarto caso de suposición falsa.

No de balde, la Sala de Casación Civil en sus sentencias Nos. 254/2018 y 125/2020, quebrantó sus autoprecedentes, habida cuenta que se apartó de su propia jurisprudencia reguladora del recurso de casación, en torno a lo que constituye una tergiversación ideológica o de juzgamiento falso, porque fue de su inteligencia de que éste tipo de falsedad no se contextualiza dentro del caso estatuido en la primera hipótesis de suposición falsa, sino en un cuarto caso; ello no obstante que en su jurisprudencia la incluye en la primera subhipótesis. Al respecto se advierte que la doctrina contenida en las sentencias que repetidamente hemos hecho mención, de ninguna manera se declara desaplicado el encabezamiento del artículo 322, *ibidem*, que señaladamente dispone cuáles son los casos de casación sobre los hechos y entre estos, la suposición falsa en sus diversas especies.

En los marcos de las observaciones anteriores, notoriamente se echa de ver que la Casación Civil quebranta una forma esencial del recurso de casación, porque cada una de esas subhipótesis de suposición falsa, reclaman distintas regímenes de singular acatamiento, así como especiales y disciplinados sistemas de actuación, elevados como fórmulas esenciales de procedimiento; además que al juez de casación le está jurídicamente vedado enmendar o reformar esas estrictas regulaciones por estar fuera de su ámbito de actuación y menos la de imponer una técnica similar de su denuncia de suposición falsa a los errores de conclusiones o de juzgamiento por falsa aplicación de la ley, que de no seguirse escrupulosamente determinará la desestimación de la formalización del recurso de casación. En otras palabras, la Sala de Casación Civil, usurpó las atribuciones de la reserva legal, al punto de urdir textualmente un nuevo caso de suposición falsa de tergiversación ideológica, lo que está fuera de sus poderes asignados por la Constitución y que enmarcan su actividad y los distinguen de las otros conferidos a los demás integrantes del poder público; y que cada uno de ellos deben moverse con seguridad dentro de esas ceñidas fronteras límites sin que sea lícito asaltar a la de los demás.

De manera semejante no es exacto tampoco, el criterio manejado por la Sala de Casación Civil sobre el silencio de pruebas tildado por la jurisprudencia como falso supuesto negativo, pero no obstante este equívoco, con todo no cabe en aquella figura de suposición falsa, ya que la nota característica de éste motivo de casación de silencio de prueba, es la afirmación de un hecho positivo que resulta ser falso al no tener respaldo probatorio, por tratarse de una mentira procesal que el juez se imagina o inventa. Esto suscita un desafío al buen entendimiento porque lo que la Sala tradicionalmente decía es que la suposición falsa negativa, constituía o equivalía a un silencio de pruebas, o una falta de motivación, porque ocurre cuando el juez afirma un hecho, pero no explica de cuál medio probatorio lo extrae. O, también, decir que no está probado un hecho relevante alegado y probado por la parte. En este caso, no hay otra cosa que invocar el silencio de prueba del medio que fue omitido por el juez que justamente tiene por misión demostrar la existencia en el expediente de un hecho trascendente para resolver lo controvertido.

Y consecuente con este pensamiento, en su jurisprudencia lo cierto es que en Venezuela no hay cupo para la suposición falsa negativa[54], porque si la suposición falsa es un motivo autónomo de casación diferente a los que tienen que ver con la infracción a normas jurídicas relacionadas con el establecimiento o apreciación de los hechos o de las pruebas; resulta difícil armonizar el silencio de pruebas como un quinto caso de suposición falsa, en atención a que el silencio de pruebas comporta una infracción a norma jurídica expresa para el establecimiento de los hechos[55], que cabe invocar mediante otro cargo o motivo de casación distinto a la suposición falsa. Esto es un descuido de falta de precisión de la Sala de Casación Civil al encarar las llamadas nuevas regulaciones del proceso en Casación, que acrecienta la inseguridad jurídica de la nueva casación.

En efecto, no resulta vano recordar el problema de la técnica de casación de la misma jurisprudencia que la Sala mencionada reclama para obtener el éxito deseado y anular el fallo por padecer de falso supuesto. En efecto, según sus repetidas sentencias, la suposición falsa vale como un supuesto autónomo, a tal grado que la infracción en cuestión atiende al fondo del problema que pone de relieve un error de hecho evidenciado al utilizar normas que no van al caso, en orden a que se articulan con hechos que resultaron falsos, que no existen y sin embargo el juez los usó. Desde luego, hizo suyo una indebida relación de lo verdaderamente discutido con el derecho que aplicó. Pero, la Sala ha desestimado denuncias de este cuño porque el recurrente no invoca como infringida la regla de valoración que se considera violada. Entonces, ¿es un motivo autónomo o no? Pues, al asumir esa categoría no importa para la suerte de la denuncia alegar la infracción de una norma jurídica de esa calidad[56]. Este modo de proceder siembra el desconcierto porque en un caso no importa su alegación, mientras que en otros sí. También se ha llegado el caso en que, incumplida esa técnica, en opinión de la Sala de Casación Civil, de obligatorio cumplimiento; más, así y todo, conoció del asunto en "aras de ofrecer una respuesta efectiva que satisfaga el

[54] SCC Nº 11 de 23.01.2012.
[55] SCC 05.04.2001, Exp. 99-889 y Nº 537 de 26.07.2006, entre muchas.
[56] SCC Nº 269 de 24.04.1998 y Nº 537 de 08.08.2005.

derecho de petición[57]", pronunciamiento que se insurrecciona contra sus propias decisiones.

El planteamiento concreto respecto de esta nueva regulación, siguiendo al académico y profesor **Ramon Escovar León**, es que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la manera de revisar la forma cómo ha sido interpretado un contrato por parte del juez del fondo por medio de la denuncia de suposición falsa, como está prevista en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, que no regula los errores en el juzgamiento de los hechos; impide el acceso a la justicia puesto que para su denuncia se exige al justiciable que supere obstáculos de orden «técnico» de la denuncia de forma estricta de la suposición falsa, que es una excepción a la regla de la casación de derecho. Este error en la interpretación de los contratos, es el falso supuesto por desviación ideológica o desnaturalización que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil equipara al primer caso de suposición falsa, prevista en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil. Interpretación esta, según el académico citado, es verdad que abrió una brecha en materia de interpretación de los contratos, "*pues permite el control de la interpretación formulada por el juez de la instancia*". Sin embargo, la situación para combatir la interpretación contractual realizada por el juez de la instancia quedo restringida a los casos de suposición falsa – rectius: falso supuesto – por desnaturalización de las cláusulas contractuales y a los casos de atribución de menciones, que por la Sentencia 23-07-03, (Caso Venezolana de Inversiones y Proyectos (Veinpro C.A.) vs. La Asociación Civil Pro-Vivienda Doctor Jorge Darío Patiño Gil), "*se trata de una especie de formulario o recetario que hay que seguir paso a paso para evitar que la denuncia sea desechada por falta de técnica*". Muy cierto , según el mismo autor, la Sala de Casación Civil, en su sentencia N.º 187/2010, al modificar su tesis tradicional dio un importante giro al admitir la necesidad de combatir conclusiones como casos de falso supuesto ideológico, producto de invenciones del sentenciador, que produce por vía de consecuencia un error de derecho, concretamente por falsa aplicación de «*la norma aplicada al caso concreto, pero*

[57] SCC Nº 90 de 13.02.2014.

que no hay manera de atacar un falso supuesto de esta naturaleza si el formalizante se amolda a ese rigor técnico[58].

Desde otra vertiente, la filosofía que guía a la Sala de Casación Civil para justificar la desaplicación de las mencionadas normas jurídicas y declarar en desuso otra tuvo por norte que:

> *(...) la casación múltiple contraría palmariamente el postulado de celeridad establecido en la Constitución al igual que en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...),* viéndose burlada la cúspide cimera de la Justicia Civil y por ende el Ciudadano o Ciudadana que impetra una Tutela Judicial Efectiva, cuando, aún más, podríamos agregar que, obtenida la cosa juzgada, se abre una nueva etapa del proceso: La (…) etapa de ejecución de la sentencia, sobre la cual penden en determinadas situaciones, la posibilidad de ejercer un nuevo recurso de casación, lo que hace del recurso de casación y del proceso una especie de laboratorio dialéctico colocado lejos de la Justicia"

Nadie puede negar que esta situación reina en Venezuela, pero ello no aminora el que la Sala de Casación Civil, por vía de contragolpe, se transfigure en un legislador positivo y entre en el lugar del Poder Legislativo para cambiar las leyes de procedimientos judiciales, materia reservada a la Asamblea Nacional, a través de reglas procesales establecidas mediante el control difuso y de su posterior reglamentación en futuras sentencias.

Finalmente, en la sentencia Nº 811/2017, la Sala de Casación Civil, eliminó la réplica y la contrarréplica, vencidos el lapso para la impugnación del recurso de casación, haya habido o no impugnación; y estableció que discrecionalmente, dada la complejidad y trascendencia del caso particular, puede llamar a las partes a audiencia en donde expondrán sus alegatos y defensas oralmente, de manera pública y contradictoria, limitando sus exposiciones a los argumentos de la formalización e impugnación, sin poder traer hechos nuevos, pudiendo además, ser interrogados sobre aspectos fácticos o jurídicos, por los magistrados de

[58] Ramón **Escovar León,** "La interpretación de los contratos y la casación venezolana", *Revista de Legislación y Jurisprudencia,* No 13, 2020, PP 116-120. Disponible en: RVLJ-13-105-134.pdf

la citada Sala, sin consecuencias adjetivas adversas en el supuesto de inasistencia de alguna o de ambas partes; y, en este último caso, la inasistencia absoluta de ambas partes, se declarará desierto el acto; y, si solo comparece una de las partes, la audiencia se desarrollará con la exposición del asistente. Luego, concluida la audiencia oral o declarada desierta, comenzará a correr el lapso de ley para dictar la sentencia correspondiente. En esta audiencia, según el profesor Luis Aquiles Mejía, se podrían admitir breves escritos dirigidos a los magistrados. Esta previsión de la audiencia no obligatoria, evita los retardos en que ha incurrido la casación social, al llamar a audiencia, aun en aquellos casos en que resultan superfluas nuevas alegaciones[59]

IX. REFLEXIONES FINALES

Nuestra preocupación no es propiamente el modelo de la casación de instancia, establecida por vía judicial, salvo las inseguridades imprecisiones señaladas, que nos parece de grande utilidad para la justicia y el Derecho de la cual fluye; sino es el medio utilizado, que no resulta apropiado ni consecuente con las líneas de pensar de la Constitución. Está bien, que la Sala de Casación Civil a modo de incidente pueda hacer control difuso de constitucionalidad, pero no obstante ello nunca en condición óptima para cambiar los procedimientos y los modos de actuación que la ley. Y tampoco la Sala Constitucional a través de la revisión del control difuso en juicio sumario de nulidad por inconstitucionalidad, máxime en los casos de nulidad de, leyes que son acciones populares. En ese predicamento, es preocupante que la Sala de Casación Civil se ha empeñado en su jurisprudencia en diseñar por adelantado medios de garantía para la pureza de los procesos civiles, y en obligar a través de esos excesos a las partes, los jueces y magistrados, sin las seguridades del caso dado que son esas reglas jurisprudenciales y no legales. Lo cierto es que nada justifica, ni la buena intención, avasallar a la ley sobre todo las de procedimiento porque constituyen modelos

[59] **Luis Aquiles Mejía Arnal,** "Recientes. **modificaciones jurisprudenciales de la Casación Civil venezolana",** *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* No.-10-lII-125-139.pdf (rvlj.com.ve), P. 286.

de cómo se enjuician las relaciones entre los ciudadanos. Nada puede sustituir la ley para sustituir los procedimientos porque ellos persiguen como finalidad garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Y si bien la Constitución nos exige de continúo, idear procedimientos rápidos, breves y seguros en pro de la justicia, y que de la cual el proceso es un instrumento necesario y útil, al punto que destierra toda idea de crudo formalismo, como avisa el artículo 257 constitucional; sin embargo, según este mismo artículo, no es a los jueces a los que corresponde mejorarlo, puesto que son las leyes las que les fijan su competencia y sus procedimientos. De ahí que la vía de la Sala de Casación Civil para remediar un anacrónico proceso, es con arreglo a la Constitución y no a través de sus fallos por el que se ha de cambiar ese estado de cosas. Es la ley y solo la ley la que ordena lo honesto y prohíbe lo contrario y la que manda a conservar el orden y el sosiego; puesto que "necia sería la sabiduría que pretende aparecer más sabia que la ley", como lo advierte, Cicerón [60]. Esperamos que más tarde que nunca esas ideas de la Sala de Casación Civil, sean reconocidas y mejoradas por el legislador, superando la incertidumbre de sus reglas procesales jurisprudenciales y precisando lo relativo a la casación sobre las conclusiones por parte de los jueces sobre la interpretación y la calificación de los contratos, como cuestión de derecho y no como cuestión de hecho.

RESUMEN

El presente trabajo consiste principalmente en el estudio de las sentencias Nos. 510/2017 y 322/2018, de la Sala de Casación Civil y de la Sala Constitucional, por las que, mediante el control difuso constitucional, aplicado por la primera de las Salas nombradas, y su revisión, por la segunda de ellas, se creó la que las mismas sentencias llaman "nueva casación". Al igual que el estudio de dichas sentencias a la luz

[60] cf. Bertrand Argenté en J. M. Mans. *Los Principios Generales del Derecho*. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1979, p. 281, número 22.

de las reglas fundamentales para la procedente aplicación del control difuso, y del respeto a la separación de las funciones de los poderes públicos y de la reserva legal, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado. Igualmente, se hace énfasis en la inseguridad jurídica derivada de reglas procesales establecidas en la jurisprudencia y no en la ley. Finalmente, se hacen comentarios sobre la incorporación al derecho procesal venezolano, por la vía, del control difuso y de *ober dictum*, de una cuarta hipótesis de superposición falsa no contemplada en el artículo 322, del Código de Procedimiento Civil, que incluso no fue modificado por ninguna de las sentencias referidas.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.*

DR. PEDRO R. RONDÓN HAAZ.**

* Ponencia, mediante conferencia, presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Jorge Rosell Senhenn, con sede en Valle de la Pascua, Guárico, Venezuela

** Abogado egresado de la Universidad de Carabobo y Doctor en Derecho (UC), magistrado emérito de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, profesor titular (UC) jubilado de Derecho Mercantil, jefe de cátedra y del departamento de Derecho Mercantil (UC), miembro colaborador por el Estado Carabobo, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL).

Páginas: 1637-1649 ISSN: 0798-1457

Muchísimas gracias Dr. Camero. Muy agradecido, no solamente por la invitación para intervenir como ahora ocurre, sino también por la distinción muy honrosa, sobre todo en cuanto a la presentación esta mañana, de la reseña biográfica de Jorge Rosell Senhenn; por cierto, mi condiscípulo en toda mi vida de escolaridad universitaria. Después, durante mi ejercicio hemos compartido fructíferas experiencias y hemos creído cumplir con ciertas y variadas responsabilidades cívicas.

Ahora corresponde hablar de la interpretación constitucional; es lo que se asignó y acepté y, para comenzar, yo siempre suelo invocar, para mí y para los que me escuchan, la iluminación del Espíritu Santo. Así lo hago otra vez.

Cuando uno busca material de lectura para el estudio de la interpretación constitucional, es frecuente hallar en monografías y en trabajos de textos la vinculación de este asunto con el del control de la constitucionalidad y, realmente, todos los que estamos participando acá sabemos que, cuando ello se hace forzosamente hay que hacer la interpretación pertinente. Más aún, dicha interpretación es indispensable, como lo es la de las demás normas jurídicas; ello es totalmente inevitable dentro y fuera de la dinámica jurisdiccional. No puede haber desarrollo de la jurisdiccionalidad, sin exégesis de dispositivos de distintas jerarquías.

De hecho, en lo que respecta al control de constitucionalidad que, como hemos dicho, cuando se ejecuta o se ejerce, también se hace hermenéutica constitucional y tal figura aparece concretada o dispuesta en la misma constitución. Tal control se encuentra en el art. 334 de la CRBV y recuérdese que además tiene dos especies: el concentrado y el difuso.

El concentrado lo ubicamos en dicho artículo 334 y en el artículo 336, ambos de la CRBV, en el art. 32 de la LOTSJ y, el difuso, en el encabezamiento del art. 334, primera parte, en el art. 20 del CPC y en los artículos 33 y 34 de la LOTSJ.

El tema que se trata va un poco más allá del control constitucional, porque se dice, es verdad, que hay interpretación constitucional en los controles de constitucionalidad, pero fuera de allí, un poco más allá, se verá que hay otras circunstancias o necesidades de explanación de esas normas o reglas integradoras de la Carta Magna y, por eso, podríamos decir que en el tema de la glosa constitucional se encuentran dos aspectos:

1) La interpretación como medio de acceso a la justicia, provocada a instancia de parte interesada. Pero, ¿medio de acceso a qué? De acceso a la inteligencia, a la exégesis, al conocimiento, a la penetración en las intimidades de la norma constitucional; pero a petición de parte interesada.
2) Se halla también otra hipótesis de hermenéutica, pero ahora sin requerimiento de parte interesada. Vale decir que encontramos dos modos o maneras de llegarle a la interpretación constitucional, en lo que tiene que ver con la inteligencia, comprensión, análisis, alcances de los preceptos y reglas de la constitución.

Se hará referencia al primer aspecto, que es la interpretación constitucional a instancia de parte interesada.

Con muchísima frecuencia autores muy reputados hablan de un recurso de interpretación constitucional en Venezuela, o para afirmarlo o para negarlo; pero se habla polémicamente de un recurso de interpretación constitucional. Entonces, ¿dónde está la causa de la discusión o enfrentamiento entre la afirmación y la negación de la existencia del recurso de interpretación constitucional?, ¿cuál es el "*punctum divisioni"*? El que no hay en la constitución ni en la ley un dispositivo que escriturariamente recoja esa posibilidad interpretativa de normas constitucionales, cosa que no sucede con la exégesis de normas legales, porque tanto en la constitución y en otras normas de distinto rango, como ocurría en la antigua Ley de la Corte Suprema de Justicia y como se lee

ahora en la LOTSJ. Allí se encuentran dispositivos que preceptúan el recurso (antes) y (ahora) la demanda de interpretación de reglas legales.

Esta es la situación que ha generado que se discuta o que se confronte en Venezuela si hay o no ese medio de interpretación judicial de normas constitucionales a petición de parte.

En la realidad nacional se ha afirmado una y otra cosa, y en septiembre del año 2000, en el caso Servio Tulio León, la Sala Constitucional interpretó y dispuso que existe el recurso de interpretación de normas constitucionales. Se dio una serie de argumentos que no se mencionan, porque no es pertinente en esta exposición. Quien lo desee puede buscar esa sentencia del 22 de septiembre de 2000, caso Servio Tulio León, marcada con el número 1077.

¿Qué se puede decir de esta afirmación de la Sala Constitucional?

La primera observación que cabe es el empleo de la palabra recurso. En opinión de este expositor se discrepa con que a este instrumento se le califique de "recurso". La ciencia del Derecho Procesal es clara en cuanto a lo que se entiende por recurso. Se dice que un recurso es un medio establecido en la ley para la obtención de la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial, ya sea de parte de un mismo o de otro juez de superior jerarquía. En consecuencia, cuando se habla de recurso se está en presencia de un instrumento impugnativo, de una herramienta de impugnación que presupone una decisión que se cuestiona, la cual es rechazada en busca de su modificación, de su invalidación, de un nuevo pronunciamiento, sustitutivo de aquella contra la cual se recurre.

En el caso que se plantea, la Sala Constitucional, dispuso en su fallo, que hay un recurso de interpretación, cuando en verdad no hay una decisión que se intente impugnar, que se cuestione; lo que se propone es la necesidad de que se explique, se explane, se aclare, se defina la inteligencia y lo que se debe entender por una determinada norma. Aquí no se trata de atacar, impugnar un determinado juzgamiento; esto no es. Consiste en una petición de interpretación que se aspira culmine en una mera declaración, con un veredicto mero-declarativo.

De tal manera que el recurso no es más que una impugnación incoada por alguien que está legitimado para ello, la que se propone contra un pronunciamiento o contra un acto jurisdiccional con la finalidad

de provocar la sustitución de ese acto decisorio que se ataca por un nuevo veredicto.

¿Por qué la discrepancia con que esto sea llamado recurso de interpretación constitucional?

Ya se ha explicado: porque en la opinión de quien expone, en la interpretación no se impugna ni cuestiona absolutamente nada. La interpretación constitucional a instancia de parte es una concreción del derecho de acceso a la justicia, también conocido como derecho de acción o, mejor, derecho a la acción y esta concreción se consuma o se materializa mediante la incoación de una demanda, en el caso al que se hace referencia con una pretensión de exégesis judicial respecto a una regla constitucional. Por tanto, se concluye que mejor que llamarlo recurso de interpretación, debe nominarse, como ahora si lo hace la LOTSJ, demanda de interpretación constitucional.

Ya se informó que en la LOTSJ de 2010 aparece, como una verdad dogmática e indiscutida, dentro de las competencias de la Sala Constitucional, el conocimiento y juzgamiento de las demandas de interpretación de normas constitucionales. Entonces, ¿qué ha hecho el legislador en la LOTSJ de 2010? Ha ejecutado algo que planteó el Dr. Edgar Núñez Alcántara en su conferencia de la mañana de hoy. El legislador desarrolló legislativamente la norma constitucional que recogió y reconoció el derecho de acción, el acceso a la justicia y, ¿cómo lo hizo y cómo lo desarrolló? Estableció en la ley respectiva (LOTSJ) una competencia que atribuye capacidad cognoscitiva y decisoria de una demanda que lo que busca es que se explique un precepto de jerarquía constitucional; por lo que no parece pertinente ni correcto, con mucho respeto hacia los discrepantes, que se continúe hablando de recurso de interpretación, sino que se debe sustituir por "demanda" y que entonces se hable de y se escriba DEMANDA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, ahora todo ello "*secundum legem"*, en total conformidad con la legalidad.

Téngase presente que, en relación con lo anterior, el distinguidísimo profesor Allan Brewer-Carías, en su trabajo que publicó sobre la Potestad de Interpretación de Normas Constitucionales, indistintamente lo mienta recurso, en una parte y, en otra, lo nombra acción. No

obstante, es preferible la denominación y calificación de "demanda" al instituto interpretativo de referencia, con el mayor y debido respeto.

¿Cuál es el objeto de dicha demanda? El propósito de ella es la pretensión de explicación de norma constitucional; pero, téngase en cuenta que, cuando se habla acá de la interpretación, no se trata de que se interprete, se escudriñe y se descifre lo que quiera decir un determinado artículo de la Carta Magna. Esto puede ser, pero no exclusivamente pues también la interpretación constitucional va más allá, no solamente al articulado de la CRBV, sino que también alcanza a la hermenéutica de todas aquellas normas y principios conformantes del bloque constitucional. Se quiere decir que también, convenios y tratados internacionales, sobre todo los que se refieren a derechos humanos, normas generales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y, aún más, todos aquellos aspectos, principios que se puedan derivar de la interpretación de las normas que contiene la CRBV, con inclusión del preámbulo, son susceptibles de pretensión interpretativa.

De modo que esto de la interpretación constitucional hay que entenderlo en sentido extenso, ampliado, no solamente restringirse al contenido literal de un artículo de la CRBV, sino como se ha explicado recientemente e, incluso, con aplicación de criterios de progresividad. El texto a explanar hay que llevarlo un paso más allá del contenido de su letra, atendiendo a muchos factores como, por ejemplo, lo teleológico y lo histórico progresivo.

Pero, adicional y necesariamente, el demandante de explicación deberá alegar, no solamente el aspecto que exige exégesis, sino que tiene la carga de exponer en su demanda una situación de hecho particular que se conecte con la necesidad de glosa constitucional que requiere. No basta, entonces, con la precisión del precepto constitucional cuya inteligencia se reclama; se debe cumplir con la carga de alegación fáctica ya explicada.

Esta demanda tiene un proceso, un trámite, que está dispuesto expresamente en el artículo 125 de la LOTSJ, regla que debe concordarse con el artículo 128 "*eiusdem*", dispositivo que remite al artículo 125.17 del mismo texto legal.

Es, pues, el artículo 128 el que dispone que las demandas de interpretación constitucional tienen un procedimiento que debe vincularse con los artículos 25 y 98 de la LOTSJ. Además, procede debidamente la aplicación concordada y complementaria del CPC, que pone en abultada evidencia el inefable dislate y la protuberante injuria a la Constitución y al debido proceso que consumó la Sala Constitucional cuando, con el argumento de que, como se trataba de causas de trámite ante el Tribunal Supremo de Justicia, concernientes a asuntos de mero derecho, las sentenció inmediatamente después de la presentación y admisión de la demanda y sin ningún otro trámite. En efecto, el artículo 389, ordinal 1°, del CPC dispone la supresión del lapso probatorio solo y únicamente cuando, de la demanda y la contestación, aparezca que la causa versa sobre un punto de mero derecho; pero no suprime la totalidad del restante decurso procesal como lo hizo groseramente la Sala mentada, en un peor que pésimo ejemplo jurisdiccional.

Lo que es una realidad normativa, primeramente, establece un proceso para el trámite de la solicitud de interpretación a instancia de parte interesada. Califica como demanda, como se ha expuesto que es, a la petición de interpretación constitucional y, podrán leer algo que se encuentra en muchos de esos trabajos doctrinarios a los cuales se hace referencia, y es que afirman que se trata de un procedimiento sin contradictorio; pero acá sí hay un trámite, sí hay un contradictorio, porque se llama a los interesados, mediante carteles, a participar en el tránsito procesal, en el decurso del proceso concerniente a la demanda a la que se hace referencia. Por ahora se dejará hasta acá, en relación con la hermenéutica constitucional a petición de parte.

En otro orden de ideas, la interpretación constitucional sin instancia de parte, es decir, la que se haga de oficio, de la que ya se informó se localiza en el artículo 334 de la CRBV, sobre todo en el art. 336 *eiusdem* y, muy enfáticamente en el art. 25, cardinales del 1 al 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la LOTSJ. En estos dispositivos se encuentran situaciones en las cuales se abre la ocasión para que la Sala Constitucional haga exégesis de preceptos constitucionales, aun cuando no haya sido expresamente demandada por algún interesado.

Por tanto, estás hipótesis de glosa sin instancia de parte admiten dos modalidades o posibilidades, que son: El control concentrado y el control difuso, ambos de constitucionalidad.

¿Qué límites tiene la Sala Constitucional cuando se dedica a la explanación de la Carta Magna? Esto es muy importante, porque el irrespeto a estas contenciones ha dado pie para una cantidad indeterminada de abusos y atropellos que se han consumado en agravio a nuestra Carta Magna y han motivado que círculos como este, que se ha destinado para rendir merecidísimo homenaje a Jorge Rosell Senhenn, en conjunto con instituciones como la ACIENPOL, universidades y personalidades, los hayan delatado como deplorablemente cometidos por la Sala Constitucional. Esto se ha materializado a través del irrespeto a los límites que sirven de freno a los alcances de la hermenéutica constitucional y, por eso, deben dedicarse unos minutos al análisis somero de dichos límites.

Lo primero que restringe al intérprete de la constitución es que no está autorizado para sustituir al constituyente y, por lo tanto, no puede entrar en contradicción, no solamente en lo que respecta con el articulado de la Constitución, sino también con lo que tiene que ver con los principios que son deducibles de esas reglas conformantes de la Norma Fundamental. Hay que decir que existen constituciones viejas y jóvenes, y la explicación de una y otra va a tener orientaciones diversas.

Muchas veces las viejas lo que reclaman es una adaptación del texto vetusto a una realidad novedosa. Con frecuencia son interpretaciones aplicativas de una adaptación de la letra añeja a una nueva hipótesis. Generalmente son interpretaciones histórico-progresivas a las que se echa mano para adecuar aquella norma de aquel entonces a una nueva circunstancia, a una realidad de ahora.

En cambio, las constituciones como la nuestra de 1999, que es moderna, lo que nos plantea es que, por su actualidad, su interpretación esté dirigida fundamentalmente a la precisión de conceptos jurídicos indeterminados, como, por ejemplo, ¿qué se entiende por orden público, por programas sociales, por Estado Social de Derecho y de Justicia, etc.? Son expresiones que se dicen, pero muchas veces a cabalidad no se sabe de qué se tratan, ni qué son. Otro límite que debe observar el exégeta de la constitución es que no puede transformarse en legislador;

por lo tanto, no puede crear ni reformar leyes, él no es legislador: él es juez, es sentenciador, mas no legislador; él puede anular normas, pero le está vedado dictarlas y modificarlas. Cuando hace anulación de normas estamos en presencia del legislador negativo, lo cual le está permitido; en cambio le está vedada su mutación en legislador positivo, por lo que no puede reformar ni generar normas. Cuando se hace creación o modificación de normas estamos ante el legislador positivo; en cambio, cuando se hace anulación de normas tropezamos con el legislador negativo.

El exégeta de la Carta Magna tampoco puede ir más allá de los límites de la separación de poderes, no puede transgredir los límites de dicha división porque incurrirá en una usurpación, lo que generará la sanción de la nulidad que preceptúa el artículo 135 constitucional.

Adicionalmente, el glosador está impedido de injuriar el bloque constitucional, porque este forma parte de la normativa suprema y lo que le compete interpretarlo en conformidad y armonía con todo el sistema de constitucionalidad.

También, agregadamente, debe guardarse respeto a los valores superiores recogidos en el preámbulo de la Constitución. Esto es muy importante porque, incluso, hay en él principios fundamentales que marcan orientación a cualquier actividad interpretativa, a pesar de lo cual muchos desprecian la lectura de ese introito constitucional.

Algo muy relevante y, que ha sido muy transgredido es que, en el marco de una explicación, el intérprete no puede concluir desaplicando artículos o normas de rango legal. La interpretación es para otra cosa. No hay que confundirla con control de constitucionalidad. Ya se dijo que cuando hay control de constitucionalidad se interpreta la constitución, pero también se afirmó que hay explanación constitucional sin control.

¿Qué efectos causa o genera la interpretación constitucional?

Cuando se trata de una interpretación por causa de demanda interpuesta por parte interesada, la que se haga, efectivamente tiene efectos vinculantes generales, pero además genera alcances "*erga omnes*". Sépase también, en lo que respecta a los efectos temporales, que ellos se proyectan y aplican profuturo, es decir, no pueden aplicarse retroactivamente.

Si se trata del control concentrado también produce efectos personales *erga omnes* y alcances temporales profuturo, por lo que queda excluida su eficacia retroactiva.

En el caso del control difuso la interpretación que se haga solo surte efectos en el caso particular en el que se pronuncie. Recuérdese que en esta especie contratadora el sentenciador que decide un caso, conoce un juicio y mediante ese conocimiento concluye o interpreta que una norma que se invoca como aplicable al caso que decide es inconstitucional. Esa glosa que hace el juez solo alcanza al caso concreto, no genera efecto "*erga omnes"* ni vinculante.

Sin embargo, esa consecuencia del control difuso tiene una excepción. Ocurre cuando el mismo sea ejercido por la Sala Constitucional. El artículo 34 de la LOTSJ expresamente dispone la posibilidad de que la Sala Constitucional haga control difuso y, entonces, como se ha dicho, hará interpretación constitucional y, por expresa aplicación del artículo 335 de la CRBV, causará efectos vinculantes y "*erga omnes"*.

Cabría plantear, como epílogo de esta charla, el tema del cambio de criterios vinculantes de parte de la Sala Constitucional.

Al respecto se recuerda el caso del diputado Wilmer Azuaje. Contra este parlamentario fue requerido antejuicio de mérito ante la Sala Plena del TSJ, porque supuestamente fue sorprendido en flagrancia en la agresión a una dama policía o funcionaria de la entonces PTJ en Barinas. Se planteó su antejuicio de mérito y ante la situación dicha se argumentó que en los casos de flagrancia en que estuvieran incursos los congresantes no se requería un antejuicio de mérito.

¿Qué ocurrió con esa proposición? Ella contradecía un criterio anterior que fue el que se aplicó en el caso del general guardia nacional Carlos Martínez, que fue llevado a antejuicio de mérito y se trató y debatió el tema en relación con la flagrancia y se decidió que debía sometérsele a antejuicio de mérito.

A pesar de lo anterior, en el asunto de William Azuaje, la Sala Plena decidió que no había lugar al antejuicio de mérito y cambió de criterio. Al respecto se puede hacer la siguiente observación: Se ha tratado de un juzgamiento de la Sala Plena, mas no de la Sala Constitucional, pero no se olvide que en la Sala Plena del caso Martínez y en la del caso Azuaje estuvieron presentes los Magistrados de la Sala Constitucional,

incluso, en el del diputado, el ponente fue un magistrado de la Sala Constitucional.

Debe tenerse en cuenta con sentido crítico y adverso que los cambios de criterio rigen profuturo y nunca retroactivamente, ni para el asunto presente, sino, en este caso, cuando el nuevo criterio favorece al interesado. Nada de eso ocurrió. Dicho diputado fue sometido a juicio inmediato sin el trámite ni el antejuicio. Adicional y finalmente cabe otra cosa que parece particularmente relevante plantear: la determinación concluyente de que los efectos vinculantes de las explanaciones que haga la Sala Constitucional, solo tienen lugar cuando ella haga hermenéutica constitucional en el sentido lato que hemos explicado, cuando se han interpretado normas, reglas, principios, ya sean de la Constitución o del resto del bloque constitucional; por lo tanto, si la Sala Constitucional, en la ocasión de hacer tal especie de exégesis, también explica un texto no constitucional, tal aspecto interpretativo concerniente a reglas que no conforman el mentado bloque no es vinculante. Este alcance únicamente está referido a la hermenéutica de nuestra Norma Suprema y en esto se hace referencia a un caso que interesa a todos. Hubo un fallo en la Sala Constitucional en materia de concubinato y el veredicto, entre otras cosas, dispuso que no puede haber convenios entre eventuales concubinos, esto es, una especie de capitulaciones que no se pueden llamar matrimoniales porque no hay matrimonio. Serían unas capitulaciones concubinales y al respecto la Sala Constitucional falló que los concubinos no pueden pactar el régimen económico que norme su relación.

He discrepado, primero porque, como se dijo anteriormente, se interpretaron normas del Código Civil y no reglas constitucionales y, en segunda lugar, la capitulación es un negocio jurídico, una convención y le son aplicables las reglas de la libertad de contratos que imponen tres límites conocidos por todos, que son el orden público, las buenas costumbres y el buen orden de las familias. En tanto esos límites no se vulneren, los eventuales o futuros concubinos por venir tienen la libertad para regular el régimen económico que regimentará las relaciones de esa naturaleza en su vida concubinaria. Los jueces en ejercicio de su autonomía, que le reconocen los artículos 3 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial y 254 de la CRBV, pueden, sin temor reverencial alguno, separarse y desvincularse, mediante debidas razones iuscientíficas, de esas opiniones judiciales, aunque provenientes de la Sala Constitucional.

Con esto doy por concluida mi intervención. Agradezco la atención que me han prestado y espero haber sido útil en algo.

Valle de la Pascua, Guárico, 15 de octubre 2020, 04:30 p.m.[1]

[1] Esta versión de la exposición ha sido posible por la generosa provisión de la grabación de parte de la antes discípula y ahora colega, abogada Rayda Riera de Núñez, actual conformante del Escritorio Jurídico Núñez y Alcántara S. C.- El trabajo de transcripción fue ejecutado eficientemente por la Lcda. Danyela García Plasencia y el abogado y barítono Anthony Corro Guzmán, en la actualidad integrante del Escritorio Jurídico Rondón Haaz y Asociados. Para ellos mi infinita gratitud.

CONSIDERACIONES SOBRE LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL QUE SUSPENDIERON LA APLICACIÓN DE LAS LEYES ESTADALES Y MUNICIPALES SOBRE IMPUESTOS Y ORDENARON A ALCALDES ADECUAR SUS ORDENANZAS SOBRE TRIBUTOS MUNICIPALES AL "ACUERDO NACIONAL DE ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL".

DR. RAFAEL BADELL MADRID.*

SUMARIO

1. Introducción: De las sentencias números 78 y 118 de la Sala Constitucional. 2. De la inconstitucionalidad de la sentencia número 78. 2.1 Violación del principio de separación de poderes por la usurpación de las potestades de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias (artículos 136, 156.13 y 187.1 de la Constitución) y por usurpar potestades del Presidente de la República al fundamentar su sentencia en los decretos de emergencia económica y de alarma (artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción). 2.2 Violación del principio de separación de poderes por la violación de la autonomía estadal y municipal al desconocer las potestades tributarias de los estados y municipios (artículos 164, 168 y 180 de la Constitución) y violar la reserva legal estadal y municipal, (artículos 162.1 y 175 de la Constitución). 2.3 Violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución). 3. Inconstitucionalidad de la sentencia número 118. 3.1 Violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución). 3.2 Violación del principio de separación de poderes y violación del principio de reserva legal tributaria (artículos 136 y 317 de la Constitución). 4. Conclusiones.

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titula-r de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

1. INTRODUCCIÓN: DE LAS SENTENCIAS NÚMEROS 78 Y 118 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En fecha 7 de julio de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia número 78, por medio de la cual acordó medida cautelar en la tramitación de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra la Ordenanza Municipal número 001-19[1], "Reforma de la Ordenanza de Creación de las Unidades de Valores Fiscales en el municipio Chacao del estado Miranda" y la Ordenanza número 008-09[2], "Reforma de la Ordenanza sobre Convivencia Ciudadana del municipio Chacao", dictadas por el Concejo Municipal del municipio Chacao del estado Miranda.

La medida cautelar consistió en:

- Suspender por el lapso de noventa (90) días la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los Concejos Municipales y Consejos Legislativos de los estados que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado por los Alcaldes o Gobernadores con la misma finalidad.
- Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para que, junto con los Gobernadores, los Alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, conforme una mesa técnica a fin de coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.

[1] Publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria número 8.824 del 11 de abril de 2019.
[2] Publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria número 8.847 del 19 de junio de 2019.

- Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción la presentación de un informe detallado de las actuaciones desplegadas en ejecución de la sentencia.

La Sala Constitucional determinó que si bien los estados y los municipios tienen la competencia constitucional de crear, fiscalizar y recaudar sus propios tributos, éstos deben hacerlo de conformidad "*con los principios y valores que informan al sistema tributario en general, señalados en el citado artículo 316 del Texto Fundamental para garantizar que las entidades político-territoriales no excedan los límites constitucionalmente establecidos*".

Asimismo, la Sala Constitucional señaló que según lo dispuesto en el artículo 156.13, la Constitución "*le confiere un mandato al legislador para que defina los tipos impositivos y alícuotas de los tributos que deben imponer las entidades político- territoriales, con la finalidad de coordinar y armonizar el ejercicio de las distintas potestades tributarias, para garantizar la adecuada proporción, concordancia y correspondencia de los diferentes rubros impositivos, con el objeto de evitar los excesos de la carga tributaria y los efectos que estos producen tanto en los sujetos de la obligación tributaria, como en la economía nacional*".

Además, la Sala Constitucional indicó que la coordinación y armonización del ejercicio de las potestades tributarias de los estados y municipios establecida en la Constitución, "*permitiría homogeneizar tantos los tipos impositivos como los procedimientos tributarios, a fin de que los contribuyentes que realizan su actividad económica en diferentes entidades político-territoriales, tengan un mínimo de certeza sobre los procedimientos tributarios y cargas fiscales que genera su actividad productiva, con lo cual se estarían creando condiciones que tiendan a promover y mantener el desarrollo económico y social del país*".

La Sala Constitucional señaló que los estados y municipios deben ejercer sus potestades tributarias respecto de las materias rentísticas objeto de la armonización del sistema fiscal. Por último, la Sala Constitucional estableció que, "*visto que hasta la fecha el Poder Legislativo Nacional no ha dictado la legislación a que se refiere el cardinal 13 del*

artículo 156 de la Constitución, esta Sala Constitucional juzga que resulta imprescindible, dado la actual situación de estado de excepción, tanto de Emergencia Económica, como de Alarma, que se proceda de manera urgente a concretar el mandato constitucional referido a la coordinación y armonización tributaria".

Posteriormente, en fecha 18 de agosto de 2020, la Sala Constitucional mediante sentencia número 118 ordenó a "todos y cada uno" de los Alcaldes que suscribieron el "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal" "*adecuar sus ordenanzas municipales relativas a los tipos impositivos y las alícuotas de los tributos inherentes a las Actividades Económicas, de Industria y Comercio e Índole Similar y los atinentes a Inmuebles Urbanos y Peri Urbanos*", a los parámetros establecidos en el referido acuerdo.

La Sala Constitucional señaló que los Alcaldes suscriptores del "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal", realizado en "*acatamiento a las mesas de trabajo ordenadas por esta Sala mediante decisión N° 0078 del 07 de julio de 2020*", habían logrado "*establecer parámetros dentro de los cuales se ejercerá la potestad tributaria en sus municipios, a los fines de la armonización de los tipos impositivos y la alícuotas de los tributos relativos a las Actividades Económicas, de Industria y Comercio e Índole Similar y los inherentes a Inmuebles Urbanos y Peri Urbanos*".

La Sala Constitucional, "*visto el acuerdo alcanzado en la mesa técnica conformada por los 308 Alcaldes del el Consejo Bolivariano de Alcaldes y Alcaldesas a través de su Comisión de Economía Productiva y Tributos -según anexos insertos en el presente expediente*", y "*a fin de garantizar la vigencia efectiva del Texto Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335*", resolvió lo siguiente:

1. Ordenar a todos y cada uno de los Alcaldes suscriptores del "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal" consignado ante la Sala Constitucional el 17 de agosto de 2020, proceder en el lapso de 30 días continuos siguientes a la notificación de esta decisión, adecuar sus ordenanzas municipales relativas a los tipos impositivos y las alícuotas de los tributos inherentes a las Actividades Económicas, de Industria y Comercio e Índole Similar y los atinentes a Inmuebles Urbanos y Peri

Urbanos, a los parámetros establecidos en el acuerdo en referencia.

2. Una vez hecha la adecuación correspondiente, ordenó a los Alcaldes remitir al Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas la o las ordenanzas modificadas a los fines de verificar su adecuación a los parámetros de los acuerdos alcanzados, para que éste último una vez verificado lo conducente remita a la Sala Constitucional su opinión.

Además, la Sala Constitucional ordenó notificar y remitir copia certificada de la decisión así como del escrito y anexos consignados ante dicha Sala el 17 de agosto de 2020, entre los cuales se encuentra el documento denominado "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal", a los Alcaldes no suscriptores de dicho acuerdo, a los fines de que estos últimos dentro del lapso de 15 días continuos siguientes a la notificación de la decisión procedan a manifestar ante la Sala Constitucional su adhesión al acuerdo en cuestión.

Por último, la Sala Constitucional dispuso que una vez recibida la opinión del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas sobre las ordenanzas modificadas, procedería a emitir pronunciamiento sobre la solicitud de levantamiento de la medida cautelar de "suspensión de la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los Concejos Municipales y Consejos Legislativos de los estados que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los Alcaldes o Gobernadores", decretada mediante sentencia cautelar número 78 del 07 de julio de 2020.

2. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA NÚMERO 78 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La sentencia número 78 es inconstitucional por cuanto:

i. Violó el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 de la Constitución, al usurpar las potestades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potes-

tades tributarias, establecida en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución y al fundamentar la sentencia en "*la actual situación de estado de excepción, tanto de Emergencia Económica como de Alarma*", usurpa atribuciones del Presidente de la República, establecidas en los artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción.

ii. Violó el principio de separación de poderes desde el punto de vista territorial al desconocer la autonomía estadal y municipal establecida en los artículos 164 y 168 de la Constitución, y al negar las potestades tributarias de los municipios y de los estados, en detrimento de la distribución territorial del Poder Público y del Estado federal venezolano, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 136 y 4 de la Constitución, respectivamente y al violar la reserva legal estadal y municipal, establecida en los artículos 162.1 y 175 de la Constitución.

iii. Violó el debido proceso contemplado en el artículo 49 de la Constitución por incurrir en el vicio de *extra petita,* al decidir sobre un asunto que no le fue solicitado por las partes; viola el carácter de instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad de las medidas cautelares; viola el derecho a la defensa de los sujetos sobre los cuales recae los efectos de la medida cautelar.

2.1. Violación del principio de separación de poderes desde el punto de vista funcional por la usurpación de las potestades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias (artículos 136, 156.13 y 187.1 de la Constitución) y por usurpar potestades exclusivas del Presidente de la República al fundamentar su sentencia en los decretos de emergencia económica y de alarma (artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción)

La Sala Constitucional, a través de la sentencia cautelar, usurpó las potestades propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional establecidas en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución, al

otorgarle competencia al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para coordinar los parámetros dentro de los cuales los estados y municipios ejercerán su potestad tributaria, y "*en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos*", en violación del principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 136 de la Constitución.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 156.13 de la Constitución, es de la competencia del Poder Público Nacional:

> *"La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.".*

De otra parte, dispone el artículo 187.1 de la Constitución, que corresponde a la Asamblea Nacional:

> *"Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional."*

De acuerdo a las normas transcritas, la Asamblea nacional es el único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano, mediante elecciones libres, universales, directas y secretas, para legislar en las materias de la competencia del Poder Nacional, entre las cuales se encuentra la legislación sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias.

En efecto, la regulación en materia de coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias forma parte de la "reserva legal del Poder Nacional", lo que significa que sólo mediante ley formal, acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, según el artículo 202 de la Constitución, y mediante el cumplimiento del procedimiento de elaboración de las leyes especialmente establecido en la Constitución, puede legislarse sobre esta materia.

Con esta decisión insiste una vez más la Sala Constitucional en usurpar las funciones de la Asamblea Nacional. Reitera la Sala Constitucional su actuación contraria al bloque de la constitucionalidad y de la convencionalidad. Ya lo ha hecho en reiteradas ocasiones y ha quedado muy claro que su real intención es la de falsear y desfigurar el régimen constitucional y democrático establecido en la Constitución. Recientemente lo hizo a través de las decisiones números 68, 69, 70, 71, 72 y 77, dictadas durante los meses de junio y julio de 2020. En aquellos casos, y ahora lo ratificamos, señalamos que sólo el parlamento tiene la legitimidad y dignidad democrática para dictar leyes[3].

La garantía de la reserva legal consiste, precisamente, en que determinadas materias, listadas por la Constitución, no pueden ser reguladas por ningún otro órgano distinto al parlamento, ni por ningún otro procedimiento diferente al contemplado en la propia Constitución en la Sección Cuarta: De la formación de las Leyes, Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Título V de la Organización del Poder Público Nacional, en los artículos 202 al 218.

Ese procedimiento comienza con la iniciativa de ley, regulada en el artículo 204; la discusión de los proyectos de ley, respecto del contenido de los artículos, procedencia y conveniencia, a través de dos discusiones de conformidad con los artículos 207 al 211; el estudio e informe de la Comisión parlamentaria directamente relacionada con la materia objeto de la ley, según los artículos 208 y 209; las consultas de carácter público realizadas a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, así como las consultas a los estados, en las materias relativas a los mismos, conforme al artículo 211; la aprobación y sanción de la ley por la mayoría de votos en la plenaria de la Asamblea Nacional, según lo previsto en el artículo 209 y la posterior promulgación por el Presidente de la República, de conformidad con el artículo 214.

---

[3] Véase Rafael Badell Madrid, "Algunas consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral" y "Consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular". Ambos artículos en proceso de publicación en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 160, correspondiente al período enero-junio 2020, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. Disponibles en: http://badellgrau.com

El cumplimiento de este procedimiento permite el más amplio consenso y la participación de todos los pensamientos políticos, incluidas las minorías, y de los grupos de interés, perfeccionándose de esta forma el principio de representatividad, publicidad y transparencia. Este procedimiento constitucional -garantía procedimental- es lo único que asegura la legitimidad y dignidad democrática que se predica de la ley y es eso, precisamente, en lo que consiste, insistimos, la garantía de la reserva legal.

En efecto, como ha señalado Ramón Guillermo Aveledo, citando a Palacios Torres, es lo cierto que "el procedimiento no es un simple ritual vacío"[4], cuyo cumplimiento es una imposición caprichosa del constituyente, de modo que "La formalidad del procedimiento, cada paso, cada discusión, cada consulta y el hecho de que ellos se cumplan abiertamente con la posibilidad del escrutinio ciudadano que es su derecho, protegen el proceso democrático porque resguarda las garantías que la ciudadanía merece."[5].

La garantía de la reserva legal supone que será inconstitucional y, en consecuencia, nula de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, sin necesidad de analizar su contenido, cualquier regulación dictada por un órgano distinto al legislativo nacional y sin cumplir el procedimiento constitucional. Por ello, la validez formal de cualquier materia reservada al legislador nacional está condicionada a su regulación por medio de una ley sancionada por el Poder Legislativo Nacional, en cumplimiento del procedimiento predeterminado en la Constitución.

El principio de reserva legal al Poder Nacional para regular el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional y para la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias supone el rechazo a la deslegalización o a la degradación del rango de ley. Las normas sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias y la definición de los principios, parámetros y

---

4 Alonso Palacios Torres, *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

5 Véase Ramón Guillermo Aveledo, *Criterios de técnica legislativa*, Instituto de Estudios Parlamentarios, Universidad Católica Andrés Bello, Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2020. p. 43.

limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales, son materias de especial trascendencia nacional y deben, por tanto, ser sometidas a las discusiones parlamentarias, así como a la consulta popular que exige la Constitución.

Sin embargo, en violación de la Constitución, la Sala Constitucional ha pretendido que a través de una "mesa técnica" presidida por el Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción, junto con los Gobernadores, los Alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, se dicte la regulación relativa a la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, que de conformidad con los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución le corresponde sólo a la Asamblea Nacional.

De otra parte, cuando la sentencia se fundamenta en "*la actual situación de estado de excepción, tanto de Emergencia Económica como de Alarma*", usurpa atribuciones exclusivas del Presidente de la República, que es el único que puede, teniendo en cuenta razones de política, de conveniencia y de oportunidad, dictar los actos -decretos-leyes- que fueren permitidos y necesarios, a consecuencia de la declaratoria de emergencia y alarma.

En efecto, de conformidad con los artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, el Presidente de la República es el único facultado para "*Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos*.".

La Sala Constitucional sólo está facultada por la Constitución para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estados de excepción, según lo disponen los artículos 336.6 y 339 de la Constitución; pero no puede asumir funciones de gobierno o legislación que de forma excepcional corresponde ejercer al Presidente de la República. De forma que nunca podría la Sala Constitucional usurpar estas funciones propias del Presidente de la República al dar instrucciones a funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, estadal y municipal, fundamentándose en el decreto de alarma o emergencia económica.

La Sala Constitucional, al pretender realizar una función de naturaleza estrictamente política, que corresponde exclusivamente al Presidente de la República, demuestra que está ejerciendo funciones de gobierno -gobierno judicial- en exceso de los límites constitucionales y convencionales que regulan sus competencias como órgano del Poder Judicial.

Por su fundamentación y por su contenido, la decisión de la Sala Constitucional no es una sentencia, cautelar o definitiva, por el contrario, constituye una medida o actuación de dirección política totalmente ajena a sus funciones y, en consecuencia es nula de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución. A la Sala Constitucional, como órgano del poder judicial le corresponde conocer "*de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias*" (artículo 253 de la Constitución).

Luego, además, la Sala Constitucional pretende encontrar fundamento y justificación en dicho estado de excepción, tanto de emergencia económica, como de alarma, para violar el principio de la reserva legal. Sin embargo, de ninguna forma la declaratoria de los decretos de estados de excepción -ni aun cuando hayan sido constitucionalmente dictados atendiendo a los requisitos y procedimiento constitucional para ello, que no es el caso- le otorgan a la Sala Constitucional competencias para violar ese principio y usurpar las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional, por el contrario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 339 de la Constitución y el 3 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción la declaratoria del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público, por lo que esas potestades propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, establecidas en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución, no han quedado en forma alguna interrumpidas ni limitadas por la declaratoria de Emergencia Económica y de Alarma.

La Sala Constitucional ha destruido totalmente el sentido de la función judicial como una de las ramas del poder público, ha demolido al parlamento, ha usurpado la función legislativa, y, ahora, en este caso, ha llegado también a la usurpación de la función de gobierno y administración que corresponde a la rama ejecutiva; se comporta como un

órgano de jerarquía superior de la rama ejecutiva, e irrespetando la autonomía de los entes territoriales, dando instrucciones a Vicepresidente, ministros, Alcaldes y Gobernadores para instarlos además a violar la Constitución al obviar el límite de la reserva legal.

2.2 Violación del principio de separación de poderes desde el punto de vista territorial por la violación de la autonomía estadal y municipal al desconocer las potestades tributarias de los estados y municipios (artículos 164, 168 y 180 de la Constitución) y violar la reserva legal estadal y municipal (artículos 162.1 y 175 de la Constitución)

Sabemos que la Constitución en el artículo 136, además de organizar el Estado conforme al principio de separación de poderes desde un punto de vista funcional, distinguiendo entre los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, también distribuye dichos poderes conforme al principio de distribución territorial del Poder Público, el cual reconoce la existencia de tres órdenes fundamentales: la República, los estados y los municipios.

Como señala Brewer-Carías, el principio de la distribución territorial del Poder Público constituye una garantía de libertad y un mecanismo para la prevención del abuso de poder, que ha estado presente en toda nuestra historia republicana[6]. En efecto, explica Brewer-Carías que el Poder Público está distribuido territorialmente en tres niveles de gobierno que respectivamente ejercen, conforme a la forma federal del Estado, el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal[7]. De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en la Constitución, y se rige por los

---

[6] Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Historia Constitucional de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas , 2013. pp. 580 y ss. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/03/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-I-9789803652296-txt.pdf

[7] Allan Brewer-Carías, "Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente, y su actuación inconstitucional al usurpar tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos", Disponible en: http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/170.-doc.-Brewer.-L%C3%ADmites-a-la- ANC-2017.pdf

principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Conviene tener en cuenta que esta forma de Estado Federal, como principio de organización democrática de Venezuela, tal y como lo señala el artículo 4 de la Constitución, contiene particularidades que no se corresponden, en la realidad, a la clásica concepción del Estado Federal, pero que sin embargo, conserva sus valores fundamentales. Así pues, el texto constitucional de 1999 organiza el Estado venezolano con forma federal mediante un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estadal y Municipal, "atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos"[8].

Obsérvese además que el artículo 6 de la Constitución establece que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen "es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables".

De otra parte, de conformidad con el artículo 16 de la Constitución, el Estado de Venezuela está compuesto por entidades políticas territoriales típicas del Estado federal y descentralizado como lo son los estados y municipios (junto al Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales).

Las competencias de estos entes político territoriales se encuentran dispuestas a lo largo de toda la Constitución. Así pues, las competencias del Poder Público Nacional están reguladas en los artículos 156 al 158; mientras que las competencias del Poder Público estadal se encuentran establecidas en los artículos 159 al 167, y las competencias del poder público municipal en los artículos 168 al 184.

En términos generales, estas entidades político territoriales gozan de una autonomía territorial que comprende:

i. Autonomía normativa (como la capacidad de dictar sus propias normas, dictar las leyes que regularán la comunidad en el ámbito territorial determinado);

---

8 Allan Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Colección Trópicos, Editorial Alfa. Caracas, 2008.

ii. Autonomía tributaria (capacidad de crear impuestos y tener ingresos propios dentro del ámbito de las competencias propias de la vida local);
iii. Autonomía política (capacidad de elegir a sus propias autoridades, sin interferencia alguna de los poderes nacionales), y
iv. Autonomía administrativa (como la libre gestión de los asuntos propios de la entidad)[9].

Ahora bien, a través de la sentencia número 78 de la Sala Constitucional mediante la cual decidió suspender la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los Concejos Municipales y Consejos Legislativos que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los Alcaldes o Gobernadores, se violó el principio de separación de poderes desde el punto de vista territorial dispuesto en los artículos 136 y 4, respectivamente, al violar la autonomía y la potestad tributaria de los estados y municipios, establecida en los artículos 164, 168 y 180 de la Constitución.

De conformidad con el artículo 159 de la Constitución, los estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, y tienen como competencia, según lo dispuesto en el artículo 164 *eiusdem*: *4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estadales".*

De otra parte, conforme al artículo 168 de la Constitución, "*Los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley*". Esta autonomía municipal comprende de conformidad con el mismo artículo 168: "*La creación, recaudación e inversión de sus ingresos."*

[9] Allan Brewer-Carías, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Colección Monografías Administrativas número 1, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1978.

Los ingresos de los municipios, tal como lo dispone el artículo 179.2 de la Constitución, entre otros, comprenden:

> *"2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.*
> *3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estadales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos."*

Además, el artículo 180 de la Constitución establece que la "*potestad tributaria que corresponde a los municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades*".

De los artículos citados se desprende que los estados y municipios tienen personalidad jurídica propia, y, tienen la potestad para gestionar las materias de su competencia, lo que incluye la potestad tributaria autónoma, conforme a la cual, pueden crear, recaudar e invertir sus propios ingresos. La autonomía tributaria comprende la posibilidad de dictar y aplicar normas creadoras de tributos en los ramos tributarios asignados por la Constitución y dentro de los límites que derivan de la propia Constitución y es un rasgo característico de la forma federal del Estado venezolano.[10]

Ahora bien, a través de la sentencia número 78, la Sala Constitucional ha violado tanto la autonomía normativa como la autonomía tributaria de los estados y los municipios, vulnerando de esta forma el

[10] Sobre este punto véase videoconferencia "Sentencia del TSJ sobre la suspensión de los impuestos municipales", por Luis Fraga Pittaluga, a través de Universitas Fundación. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=NmsnUbGy_bQ

Estado Federal venezolano. En efecto, la Sala Constitucional decidió impedir, durante 90 días el ejercicio de las potestades tributarias de los estados y municipios, a saber crear, modificar, extinguir y recaudar tributos, afectando el sistema republicano, la descentralización y las autonomías estadales y municipales previstas en la Constitución[11].

Si bien la Sala Constitucional admitió que el hecho de que no exista una legislación nacional en materia de armonización tributaria estadal y municipal -de conformidad con el artículo 156.13 de la Constitución- no impide que los estados y los municipios ejerzan su poder tributario, es lo cierto que contrariamente, a través de la sentencia restringió la potestad tributaria de tales entidades.

Además, la sentencia número 78 violó la reserva legal estadal y municipal en tanto que la mesa técnica ordenada convocar por la Sala Constitucional estará conformada por los Gobernadores, los Alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, y no por los representantes de los Consejos Legislativos Estadales y los Concejos Municipales, quienes son los constitucionalmente facultados para legislar sobre las materias de la competencia estadal y municipal, entre las cuales se incluye, como señalamos previamente, la potestad tributaria, de conformidad con los artículos 162.1 y 175 de la Constitución.

En efecto, dispone el artículo 162.1 de la Constitución:

> *"El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del estado y a los municipios. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes:*
>
> *1. Legislar sobre las materias de la competencia estadal (...)"*

Por su parte, el artículo 175 constitucional establece:

> *"La función legislativa del municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma*

[11] Comunicado del Bloque Constitucional de Venezuela y de su Capítulo España, en rechazo al inconstitucional pronunciamiento de suprimir la capacidad de prestar los servicios públicos a los estados y municipios al cercenar sus capacidades tributarias, contenido en la denominada sentencia SCN°78-2020 del 7 de julio de 2020. Caracas-Madrid, 11 de julio de 2020.

establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley."

La sentencia número 78 afecta las funciones administrativas de los Gobernadores y Alcaldes, referidas al ejercicio del gobierno y administración de los estados y de los municipios, de conformidad con los artículos 160 y 174, respectivamente, y les otorga funciones ajenas a la naturaleza de esas competencias, al ordenarles conformar una mesa técnica a fin de coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán una potestad tributaria de la que carecen, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.

1.3. Violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución)

La Sala Constitucional, además y una vez más, violó el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, así como la garantía a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 *eiusdem*.

En efecto, a través de la sentencia se decidió un asunto que no fue planteado en el proceso, incurriendo en el vicio de *extra petita*. En este caso, la parte actora había solicitado -el 08 de julio de 2019- la nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con acción de amparo cautelar, de la Ordenanza Municipal número 001-19 y la Ordenanza número 008-09, dictadas por el Concejo Municipal del municipio Chacao del estado Bolivariano de Miranda. Posteriormente, en fecha 08 de agosto de 2019, mediante sentencia número 0250, la Sala Constitucional acordó el amparo cautelar solicitado y, en consecuencia, suspendió los efectos jurídicos de las ordenanzas impugnadas, con motivo de que "*en dichas ordenanzas se establece la creación de unidades de valor fiscal tributaria y sancionatoria anclada en un mercado cambiario distinto al regulado por el Banco Central de Venezuela y no contemplada en el Título VI, Capítulo II ni en el Título IV, Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*".

Luego, casi un año después de esta decisión cautelar, la Sala Constitucional, de oficio, decidió suspender cautelarmente la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los Concejos Municipales y Consejos Legislativos de los estados que establezcan algún tipo de

tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los Alcaldes o Gobernadores. De forma que la Sala Constitucional decidió un asunto que nunca le fue planteado por las partes, y referido a unas leyes estadales y municipales indeterminadas, distintas a la que se encontraba en examen de constitucionalidad.

El vicio de *extra petita* ocurre cuando el juez decide algo diferente a lo pedido por las partes (*ne eat iudex extra petita partium*); falta a su deber de atenerse a lo alegado y probado en autos, y a la prohibición de suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados establecida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y decide en el fallo una cosa distinta a la demandada, esto es, una cosa que no fue comprendida en el pedimento de las partes (véase sentencia número 0141 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de marzo de 2002).

La Sala Constitucional se pronunció sobre una pretensión procesal completamente extraña al proceso, incurriendo en el vicio de incongruencia absoluta y faltando a su vez a los requisitos mínimos de la sentencia dispuestos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil según el cual "*Toda sentencia debe contener: (...) 5º Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia*.(…)".

Sorprende, también, que la Sala Constitucional no hizo mención alguna sobre la relación que guarda esta última decisión cautelar con el proceso principal, incurriendo entonces en el vicio de inmotivación. En efecto, la Sala Constitucional se limitó a invocar lo dispuesto en los artículos 316 y 156.13 de la Constitución para concluir que "*visto que hasta la fecha el Poder Legislativo Nacional no ha dictado la legislación a que se refiere el cardinal 13 del artículo 156 de la Constitución, esta Sala Constitucional juzga que resulta imprescindible, dado la actual situación de estado de excepción, tanto de Emergencia Económica, como de Alarma, que se proceda de manera urgente a concretar el mandato constitucional referido a la coordinación y armonización tributaria*". Como se observa con claridad no existe ninguna relación de causalidad entre el pretendido fundamento de la decisión y la sentencia.

Reiteramos, entonces, que la Sala Constitucional procedió a dictar una serie de medidas cautelares que no guardaban ninguna relación con el juicio principal, justificando su proceder únicamente en el "*fin de garantizar la vigencia efectiva del Texto Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 eiusdem, así como en ejercicio del poder cautelar general que le confiere el artículo 130 de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*".

Es cierto que la Sala Constitucional cuenta con los "*más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva*" de conformidad con el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, esos poderes -como todos los poderes del juez constitucional- se encuentran sometidos al bloque de la constitucionalidad y de la convencionalidad. Por ello, no puede la Sala Constitucional en el ejercicio de la potestad cautelar violar el debido proceso a que se refiere el artículo 49 constitucional, a través del vicio de *extra petita*, como ha ocurrido en el presente caso.

De otra parte, como hemos señalado, las medidas cautelares dictadas por la Sala Constitucional consistieron en:

1) Suspender, por el lapso de noventa (90) días la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los Concejos Municipales y Consejos Legislativos de los estados que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los Alcaldes o Gobernadores.
2) Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para que, junto con los Gobernadores, los Alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, conforme una mesa técnica a fin de coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.
3) Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción la presentación de un informe detallado de las actuaciones desplegadas en ejecución de la sentencia.

Esas medidas cautelares no se corresponden con las características que se predican de ellas, estas son: instrumentalidad, provisionalidad, revocabilidad, accesoriedad, idoneidad, homogeneidad, necesidad y urgencia.

La instrumentalidad de las medidas cautelares significa que ellas no constituyen un fin en sí mismas, ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, antes y por el contrario, son un medio dispuesto para asegurar la eficacia de la que va a ser la providencia definitiva. Esta característica de las medidas cautelares fue muy bien explicada por Calamandrei, quien señala que la instrumentalidad *"Es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; las cuales no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva…"*[12].

Sin embargo, de nuevo sorprende la actuación de la Sala Constitucional, la sentencia cautelar número 78 no tiene carácter instrumental, por cuanto no está relacionada con ninguna pretensión de ningún proceso. La sentencia número 78 no está dirigida a garantizar la ejecución de una decisión definitiva, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el accionante en contra de la Ordenanza Municipal número 001-19 y la Ordenanza número 008-09, dictadas por el Concejo Municipal del municipio Chacao del estado Bolivariano de Miranda; por el contrario, decide de forma autónoma, principal y definitiva sobre un asunto que nunca tuvo relación alguna con la causa petendi del demandante. Ella constituye un fin en sí misma.

De otra parte, las medidas cautelares son en esencia provisionales, lo que supone que los efectos de las medidas cautelares terminan cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen virtualidad mientras dura el proceso. Esta provisionalidad permite que, aun cuando no haya finalizado el proceso principal, si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de la medida cautelar, ésta puede ser modificada o revocada por razones sobrevenidas. En cualquier caso, en virtud de la provisionalidad, la providencia cautelar suple

[12] Calamandrei citado en Luis A. Ortíz Álvarez, *La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999. pp. 274-275.

temporalmente -provisionalmente- el efecto ante la ausencia de la providencia definitiva, lo que significa que está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

No obstante, la sentencia "cautelar" número 78 se convierte en una sentencia con efectos definitivos, que pretende sujetar a los estados y a los municipios a los parámetros y regulaciones de coordinación y armonización "*dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular*", dictados por una mesa técnica conformada por el Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción. Reiteramos que no hay nada de provisional en la regulación, que con carácter definitivo y permanente se pretende dictar, en violación a la atribución establecida en el artículo 156.13 constitucional.

Pero además de lo anterior, las medidas cautelares son accesorias, esto es, dependen de un proceso principal, por lo que no pueden ser dictadas de forma autónoma. Es decir, la accesoriedad de las medidas cautelares supone que éstas carecen de autonomía e independencia y están condicionadas por el objeto del proceso a que se refiere. En contraste con esta característica de accesoriedad, las medidas establecidas a través de la sentencia número 78 deciden sobre un asunto que no tiene ninguna relación con el fondo del proceso principal; se trata de decisiones autónomas e independientes del objeto del juicio.

En esencia la sentencia número 78, que no es una medida cautelar, es violatoria del debido proceso por cuanto no fue dictada dentro de en un juicio contradictorio, ni con base en una articulación probatoria que permitiera a los sujetos sobre los cuales recaen los efectos de la decisión "cautelar" ejercer su derecho a la defensa de conformidad con el artículo 49 de la Constitución. Ni los Gobernadores ni los Alcaldes, ni los Consejos Legislativos ni los Concejos Municipales, fueron llamados a formar parte del proceso, ni ejercieron su derecho a la defensa antes de que se tomara una decisión sobre el ejercicio de sus potestades tributarias. Se afectó la autonomía tributaria de los estados y municipios sin sustanciar un proceso judicial destinado a ello y, en consecuencia, en violación de las garantías procesales fundamentales que consagra el artículo 49 de la Constitución.

3. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA NÚMERO 118

La sentencia número 118, como continuación de la sentencia número 78, es también inconstitucional. Se trata, de nuevo, de una pretendida sentencia interlocutoria dictada en el marco de un proceso que en nada se vincula con la materia objeto de las medidas dictadas por la Sala Constitucional y que fue dictada con el único objeto de dictar instrucciones -directa e inmediatamente- a los órganos de la administración sin que ningún proceso judicial lo justifique.

En efecto, a través de la sentencia número 118 la Sala Constitucional abandona la función jurisdiccional para ejercer, nuevamente, funciones administrativas. Dicta órdenes de contenido administrativo, que no resuelven una controversia judicial.

De esta forma la Sala Constitucional falsea el Estado de derecho y desvirtúa el proceso judicial, como instrumento fundamental para la realización de la justicia, a través de pretendidas sentencias interlocutorias cuyo único propósito es el de usurpar la función de gobierno y la función normativa de los órganos legislativos nacional, estadal y municipal.

Esa sentencia número 118 es inconstitucional por cuanto:

i. Violó el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución.
ii. Violó el principio de separación de poderes consagrado en el 136 de la Constitución, y el principio de reserva legal tributaria dispuesto en el artículo 317 *eiusdem*.

3.1. Violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución)

Al igual que la sentencia número 78, la sentencia 118 de la Sala Constitucional, como sentencia interlocutoria, es completamente ajena al proceso dentro del cual fue dictada, por lo que incurre en el vicio de *extra petita*, en violación del debido proceso contemplado en el artículo 49 de la Constitución.

Ciertamente, la sentencia 118 incurre en el mismo vicio de *extra petita* que la sentencia número 78 por cuanto resuelve y dicta medidas sobre asuntos que en nada están vinculados con la causa petendi del proceso principal. Reiteramos que el proceso principal fue instado con el objeto de la solicitar la nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con acción de amparo cautelar, de la Ordenanza Municipal número 001-19 y la Ordenanza número 008-09, dictadas por el Concejo Municipal del municipio Chacao del estado Bolivariano de Miranda, sobre lo cual la Sala Constitucional había decidido cautelarmente mediante sentencia número 0250 de fecha 08 de agosto de 2019, acordar el amparo cautelar solicitado y, en consecuencia, suspender los efectos jurídicos de las ordenanzas impugnadas, con motivo de que "*en dichas ordenanzas se establece la creación de unidades de valor fiscal tributaria y sancionatoria anclada en un mercado cambiario distinto al regulado por el Banco Central de Venezuela y no contemplada en el Título VI, Capítulo II ni en el Título IV, Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*".

Sin embargo, casi un año después, la Sala Constitucional sin justificación procesal alguna procedió a dictar una serie de medidas cautelares tanto en la sentencia número 78 como en la sentencia número 118 que no guardan ninguna relación con el juicio principal, incurriendo en el vicio de *extra petita* que ocurre cuando el juez decide algo diferente a lo pedido por las partes (*ne eat iudex extra petita partium*); falta a su deber de atenerse a lo alegado y probado en autos, y a la prohibición de suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados establecida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y decide en el fallo una cosa distinta a la demandada, esto es, una cosa que no fue comprendida en el pedimento de las partes (véase sentencia número 0141 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de marzo de 2002).

En efecto, mediante sentencia número 78 del 07 de julio de 2020 la Sala Constitucional ordenó la suspensión de la aplicación de todas las leyes estadales y municipales sobre impuestos y además ordenó la conformación de una mesa técnica presidida por el Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y

Producción y conformada por todos los Alcaldes y Gobernadores con el objeto de establecer los parámetros de coordinación y armonización "coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos".

Luego, mediante sentencia número 118 del 18 de agosto de 2020, la Sala Constitucional, una vez recibido documento denominado "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal", consignado un día antes de la publicación de la sentencia por el Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción Nacional, "cumpliendo lo ordenado" por la Sala Constitucional dictada en la prenombrada sentencia 78, decidió ordenar a todos los Alcaldes que habían suscrito dicho acuerdo modificar sus ordenanzas municipales relativas a los tributos conforme al referido acuerdo, y además ordenó a los Alcaldes que no firmaron el acuerdo, suscribirlo en un lapso de 15 días a partir de la notificación de esta decisión 118.

De esta forma, la sentencia número 118 continúa incurriendo en la desviación de la utilización de las decisiones interlocutorias para decidir asuntos que deben ser resueltos naturalmente a través de una sentencia definitiva, pervirtiendo el carácter de instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares. Reiteramos que una decisión que ordena la modificación de una ordenanza municipal, que es una norma jurídica con efectos generales, abstractos y permanentes, no puede considerarse provisional, por el contrario, se trata de una decisión que comprende un fin en sí misma y que tiene efectos definitivos e inmutables en el tiempo.

Ciertamente, una vez modificadas las ordenanzas municipales sobre tributos, los tipos impositivos y las alícuotas de los tributos inherentes a las Actividades Económicas, de Industria y Comercio e Índole Similar y los atinentes a Inmuebles Urbanos y Peri Urbanos, allí dispuestos serán de aplicación obligatoria y general para todos los ciudadanos, sin que haya mediado en ningún momento una sentencia definitiva que lo ordenara.

Tengamos presente que la sentencia es "*el acto procesal del juez por medio del cual adopta una resolución judicial en relación con los*

hechos controvertidos en el proceso". Estos hechos litigiosos, que son los que constituyen el *thema decidendum*, pueden comprender los hechos del fondo o aspectos incidentales, con lo cual, la resolución judicial que se dicta sería la sentencia de fondo o sentencias interlocutorias[13].

Ahora bien, la sentencia interlocutoria número 118, cuyos efectos son ahora definitivos, está desprovista de todo contenido judicial por cuanto no guarda ninguna relación con los hechos controvertidos en el proceso, que como hemos señalado, están referidos únicamente a las Ordenanzas Municipales números 001-19 y 008-09, dictadas por el Concejo Municipal del municipio Chacao del estado Bolivariano de Miranda.

La sentencia no esté relacionada con los hechos litigiosos que conforman el *thema decidendum* y está desprovista de todo orden lógico respecto de cómo se inició el proceso principal, por lo tanto no puede ser considerada sentencia, ni definitiva ni interlocutoria. La Sala Constitucional violó el sentido y alcance de la sentencia como acto procesal y lo transformó en una decisión de contenido administrativo sin relación con el proceso principal.

3.2. Violación del principio de separación de poderes y principio de reserva legal tributaria (artículos 136 y 317 de la Constitución)

Una vez más la Sala Constitucional incurre en un error conceptual grave que pone de manifiesto una evidente violación al principio de separación de poderes, cuando ordena a los Alcaldes modificar las ordenanzas, siendo que la ordenanza es la ley local y es un acto que únicamente puede producir el órgano legislativo, esto es, el Concejo Municipal.

No pueden los Alcaldes realizar la función que corresponde a los órganos legislativos municipales, como es la modificación de las ordenanzas relativas a los tributos, es demasiado básico el concepto para que la Sala Constitucional lo ignore, por lo cual tal afrenta a los

[13] Álvaro Badell Madrid, *La sentencia civil. Tendencias jurisprudenciales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Torino, Caracas, 2019. P. 34.

postulados primarios de la separación de poderes como principio cardinal del Estado de derecho en que incurre la sentencia, que no es sentencia, es claramente una desviación de poder y otra evidencia que suma al total irrespeto al orden constitucional vigente por el órgano encargado de hacerlo valer.

De conformidad con el artículo 175 de la Constitución, los representantes de los Concejos Municipales, son los constitucionalmente facultados para legislar sobre las materias de la competencia municipal, entre las cuales se incluye la potestad tributaria.

En efecto, el artículo 175 constitucional establece:

> *"La función legislativa del municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley."*

Asimismo, el artículo 92 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal dispone que la función legislativa del municipio corresponde al Concejo Municipal integrado por los concejales o concejalas electos o electas en la forma determinada en la Constitución y en la ley respectiva.

Ahora bien, esta potestad legislativa la ejercen los Concejos Municipales a través de las ordenanzas, que son definidas por el artículo 54.1 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal como los "*actos que sanciona el Concejo Municipal para establecer normas con carácter de ley municipal, de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local"*.

Estas ordenanzas, para ser válidas requieren de un proceso especial de discusión y formación descrito en el prenombrado artículo 54.1 que incluye "p*or lo menos dos discusiones y en días diferentes, deberán ser promulgadas por el Alcalde o Alcaldesa y ser Publicadas en la Gaceta Municipal o Distrital, según el caso, y prever, de conformidad con la ley o si lo ameritare la naturaleza de su objeto, la vacatio legis a partir de su publicación. Durante el proceso de discusión y aprobación de las ordenanzas, el Concejo Municipal consultará al Alcalde o Alcaldesa,*

a los otros órganos del municipio, a los ciudadanos y ciudadanas, a la sociedad organizada de su jurisdicción, y atenderá las opiniones por ellos emitidas."

La Sala Constitucional pretende a través de la sentencia número 118 prescindir y violar los principios y normas legales antes mencionados y ordenarle a los Alcaldes que modifiquen directamente las ordenanzas sobre tributos, desconociendo las facultades legislativas de los Concejos Municipales y faltando especialmente, también, al principio de legalidad tributaria establecido en el artículo 317 de la Constitución.

En efecto, de conformidad con el artículo 317 Constitucional: "*No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente*", lo que implica que solo la Ley como acto emanado de los órganos legislativos del Estado se podrán crear tributos. Esta reserva legal en materia tributaria garantiza la protección del derecho de propiedad en tanto que exige que ninguna exacción pueda hacerse válidamente si no cuenta para ello con la previa cobertura normativa de rango legal.

Para que un tributo pueda ser considerado exigible debe haber sido establecido por el cuerpo de representantes de la población a la cual se vaya a imponer, esto es, debe ser establecido por medio de la ley por el único órgano legitimado por la voluntad popular para disponer deberes contributivos a los ciudadanos. De allí el principio generalmente conocido como "*no taxaction without representation*", es decir, que sin representación -en este caso, parlamentaria-, no hay tributo.

En efecto, el principio de reserva legal de los tributos implica que únicamente los tributos serán válidos (y en teoría éticos) cuando éstos hayan sido aprobados a través de una ley formal y materialmente sancionada por el Poder Legislativo

Esto supone que la validez formal de los tributos está condicionada a su aprobación por medio de una ley formal y materialmente sancionada por el Poder Legislativo, por intermedio del procedimiento predeterminado en la Constitución o la Ley (garantía procedimental), que permite el más amplio consenso y la participación de las

minorías, perfeccionando el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia ***(lex certa)***[14].

En ese sentido, el ejercicio del poder tributario originario corresponde a los órganos legislativos de los entes político-territoriales en que se encuentra distribuido el Poder Público legislativo a nivel territorial"[15], nunca al poder ejecutivo, ni al poder judicial.

Pero además, el principio de separación de poderes se viola cuando la Sala Constitucional además ordena a los Alcaldes que no suscribieron el denominado "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal", "*procedan a manifestar ante esta Sala su adhesión al acuerdo en cuestión*", al intentar someter las decisiones de dichos órganos del poder público municipal.

De otra parte, la sentencia viola también el principio de separación de poderes al otorgar una facultad legislativa a los Alcaldes, no contemplada ni en la Constitución ni en la ley, como lo es la adecuar las ordenanzas municipales relativas a los tipos impositivos y las alícuotas de los tributos inherentes a las Actividades Económicas, de Industria y Comercio e Índole Similar y los atinentes a Inmuebles Urbanos y Peri Urbanos, a los parámetros establecidos en el acuerdo en referencia.

La sentencia número 118 afecta las funciones administrativas de los Alcaldes, que son las de ejercer el gobierno y administración de los municipios, de conformidad con los artículos 174 de la Constitución y 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y les otorga funciones ajenas a la naturaleza de esas competencias.

En efecto, dispone el artículo 174 de la Constitución que: "*El gobierno y administración del municipio corresponderán al Alcalde o*

---

[14] Humberto Romero-Muci, "(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social1", Contribución a la ponencia presentada en el II Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas "Desafíos de la democracia en el siglo XXI: Fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales", (Mesa de Ciencias Sociales y Económicas), patrocinado por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina, Buenos Aires D.F., Argentina, junio de 2018. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 157-2018, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/V18.1.%20Inmoralidad%20tributaria%20en%20Venezuela%20(ARG%20Encuentro%20Iberoamericano%20062018).pdf.

[15] Ibidem.

Alcaldesa, quien será también la primera autoridad civil", mientras que el artículo 75 de la Ley orgánica del Poder Público Municipal establece que "*la función ejecutiva, desarrollada por el Alcalde o Alcaldesa a quien corresponde el gobierno y la administración*".

Si bien es cierto que los Alcaldes tienen la competencia, de acuerdo con el artículo 88.12 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de "*12. Presentar a consideración del Concejo Municipal, proyectos de ordenanzas con sus respectivas exposiciones de motivos…*", es verdad que, como ya hemos señalado, los Concejos Municipales son los únicos competentes de discutir y sancionar ordenanzas conforme hemos señalado que dispone el artículo 54.1 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Sin embargo, la Sala Constitucional dispone que serán los Alcaldes quienes adecuarán sus ordenanzas municipales al "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal", y, por si no fuera poco, ordena que dichos proyectos sean remitidos no al Concejo Municipal para su discusión y sanción, sino al Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas "*a los fines de verificar su adecuación a los parámetros de los acuerdos alcanzados*".

En efecto, en ningún momento la Sala Constitucional ordena a los Concejos Municipales realizar las modificaciones pertinentes, sino a los Alcaldes, y aún si lo hiciera, dicha orden estaría violando igualmente la Constitución por cuanto el "Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal" al cual la Sala considera que deben amoldarse las ordenanzas municipales, no es una ley, no es un acto dictado por la Asamblea Nacional en ejercicio de las potestades que le confiere el artículo 187.1 constitucional, sino un acto dictado por un supuesto *Consejo Bolivariano de Alcaldes y Alcaldesas a través de su Comisión de Economía Productiva y Tributos,* que invade la reserva legal de la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estadales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial, establecida en el artículo 156.13 de la Constitución.

Al respecto téngase en cuenta también el artículo 161 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el cual establece que "*los municipios ejercerán su poder tributario de conformidad con los principios, parámetros y limitaciones que se prevean en esta Ley, sin perjuicio de otras normas de armonización que con esos fines, dicte la Asamblea Nacional*". Nótese que la norma hace referencia a las "*normas de armonización que con esos fines dicte la Asamblea Nacional*", no el Consejo Bolivariano de Alcaldes y Alcaldesas.

De esta forma, los Alcaldes de los municipios, ni de forma independiente ni conjuntamente a través de un pretendido Consejo, tienen la potestad de dictar la regulación relativa a la coordinación y armonización de tributos, puesto que esta es una facultad propia, exclusiva y excluyente del órgano legislativo nacional, es decir de la Asamblea Nacional, quien la ejerce a través de un procedimiento de creación de leyes estrictamente regulado en la Constitución para garantizar la legitimidad democrática de la ley.

4. CONCLUSIONES

En atención a las consideraciones anteriores, consideramos que las sentencias números 78 y 118 de la Sala Constitucional son inconstitucionales por cuanto: violaron el principio de separación de poderes desde el punto de vista funcional al usurpar las potestades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, al usurpar atribuciones del Presidente de la República cuando fundamenta la sentencia en "*la actual situación de estado de excepción, tanto de Emergencia Económica como de Alarma*"; violaron el principio de separación de poderes desde el punto de vista orgánico en tanto desconocieron la autonomía estadal y municipal al negar las potestades tributarias de los municipios y de los estados, en detrimento de la distribución territorial del Poder Público y del Estado Federal; además violaron el principio de reserva legal tributaria al ordenar a los Alcaldes la modificación de ordenanzas municipales cuales es una competencia propia y exclusiva del Poder Legislativo Municipal, es decir, de los Concejos Municipales, asimismo violaron la reserva legal estadal y municipal y violaron

el debido proceso por incurrir en *extra petita* al decidir sobre un asunto que no le fue solicitado por las partes y por violar el carácter de instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad de las medidas cautelares, y por violar el derecho a la defensa de los sujetos sobre los cuales recae los efectos de la medida cautelar.

5. BIBLIOGRAFÍA

AVELEDO, Ramón G., *Criterios de técnica legislativa*, Instituto de Estudios Parlamentarios, Universidad Católica Andrés Bello, Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2020. p. 43

BADELL MADRID, Álvaro, *La sentencia civil. Tendencias jurisprudenciales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Torino, Caracas, 2019.

BADELL MADRID, Rafael, "Algunas consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral" y "Consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular". Ambos artículos en proceso de publicación en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 160, correspondiente al período enero-junio 2020, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. Disponibles en: http://badellgrau.com

BLOQUE CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA Y DE SU CAPÍTULO ESPAÑA, Comunicado en rechazo al inconstitucional pronunciamiento de suprimir la capacidad de prestar los servicios públicos a los estados y municipios al cercenar sus capacidades tributarias, contenido en la denominada sentencia SCN°78-2020 del 7 de julio de 2020. Caracas-Madrid, 11 de julio de 2020.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Colección Monografías Administrativas número 1, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1978.

_____, *Historia Constitucional de Venezuela*, Colección Trópicos, Editorial Alfa. Caracas, 2008.

_____, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Historia Constitucional de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de

Derecho Público, Caracas , 2013. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/03/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-I-9789803652296-txt.pdf

_____, "Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente, y su actuación inconstitucional al usurpar tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos", Disponible en: http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/170.-doc.-Brewer.-L%C3%ADmites-a-la-ANC-2017.pdf

FRAGA PITTALUGA, Luis, "Sentencia del TSJ sobre la suspensión de los impuestos municipales", Universitas Fundación. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=NmsnUbGy_bQ

ORTÍZ ÁLVAREZ, Luis A., *La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

PALACIOS TORRES, Alonso, *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

ROMERO-MUCI, Humberto, "(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social1", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 157-2018, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/V18.1.%20Inmoralidad%20tributaria%20en%20Venezuela%20(ARG%20Encuentro%20Iberoamericano%20062018).pdf.

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE DE CASACIÓN FRANCESA.

ABOG. ANA IRENE VIDAL COLORADO.*

SUMARIO

Introducción. I. Las propuestas de la comisión de reflexión sobre la reforma de la casación francesa. 1. Propósitos y contenido de una motivación desarrollada. 1.1 Observaciones generales. 1.2. La lectura de referencia para juicios y opiniones. 1.3 Misiones y contenido de la motivación. 1.3.1 Finalidades de la motivación. 1.3.2 Explicación en la sentencia del método de interpretación de los textos seguido por la Corte. 1.3.3 La mención en la sentencia de las soluciones alternativas no retenidas. 1.3.4 La mención de los precedentes jurisprudenciales en la sentencia. 1.3.5 La mención de los estudios de impacto o incidencia en la sentencia. (a) La consagración por ley de los estudios de impacto o incidencia. (b) El estado y los términos de los estudios de impacto o incidencia. 1.3.6 Los detalles, en los motivos de la sentencia, relacionados con lo que queda por juzgar (en caso de casación parcial con referencia al juicio de fondo). 2. El ámbito de aplicación de la motivación en forma desarrollada. 3. El impacto de la motivación desarrollada en la técnica de deliberación. 4. La exclusión del principio de las motivaciones estándar. 5. La estructura modelo y el método de redacción de decisiones. 5.1 El estilo de las sentencias. 5.2 La estructura tipo de la sentencia en cuatro partes. 5.3 La estructuración de desarrollos en párrafos numerados. 6. Algunos ejemplos de sentencias y opiniones que contienen una motivación en forma desarrollada. 6.1 Cuando la sentencia efectúa una reversión de jurisprudencia. 6.2 Cuando la sentencia decide una cuestión de principio o cuando la solución que se plantea presenta un interés para el progreso del derecho. 6.3 Cuando la solución que adopta la sentencia presenta un interés para la jurisprudencia. 6.4. Cuando la sentencia responde a un recurso contra la violación de un derecho o de un principio fundamental. 6.5 Cuando la sentencia pronuncia un reenvío a título preliminar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o dice que no hay lugar para el reenvío. 6.5.1 La sentencia pronuncia un reenvío a título preliminar. 6.5.2. La sentencia rechaza el reenvío preliminar. 6.6 Cuando se plantea una solicitud de opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del protocolo N° 16. 6.7. Cuando la Corte decide sobre una solicitud de opinión prevista en el artículo l.44-1 del Código de Organización Judicial. II.- Reglas a seguir. 1. Directrices. 2. Estructura. 2.1 Estructuración-tipo de la sentencia en tres partes. 2.2 El examen de los motivos. 2.3 Los vistos. 2.4 Los encabezados (enunciado de un texto o de un principio de referencia). 2.5 Alcance y consecuencias de la casación. 2.6 Numeración de los párrafos. 3. Estilo 3.1 Estilo directo y abandono de la "frase única". 3.2 Encabezado y cualidades. 3.3 Estándares de redacción. 3.4 Formulas de coordinación y de enlace lógico. Conclusiones. Bibliografía.

---

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello UCAB Venezuela. Master en Derecho de la Construcción y del Urbanismo de la Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse. Abogada en la Corte de Apelaciones de Paris. Fundadora del despacho de abogados Moulins-Vidal Avocate, en Paris.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1685-1738 ISSN: 0798-1457

> La jurisprudencia es el retrato de una historia, una sedimentación realizada por los magistrados quienes logran determinar la fisionomía y el aspecto de la situación jurídica de las partes hasta el fondo de la solución.

INTRODUCCIÓN

Este estudio ha sido realizado a través del método sintético partiendo de la información contenida en tres documentos publicados por la Corte de Casación francesa: «El modo de redacción de las sentencias de casación cambia»[1], «Guía de las nuevas reglas relativas a la estructura y a la redacción de las sentencias (miércoles 5 de junio de 2019)»[2], y «Nota relativa la estructura de las sentencias y opiniones, y a su motivación en forma desarrollada»[3].

De estos trabajos he extraído toda nuestra información y los doy por citados, de manera reiterada, siendo que ésta síntesis proviene principalmente de dichos documentos, los cuales pueden ser consultados en versión original del texto en francés en las referencias que han sido indicadas en nota al pie de página y en la bibliografía.

Entrando en materia, es importante resaltar que la reforma de la redacción de las sentencias surge como un planteamiento colectivo, en

---

1 *Le mode de rédaction des arrêts de cassation change, dossier de presse https://www.courdecassation.fr/IMG///mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf*

2 *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et rédaction de arrêts de la Cour de Cassation (mercredi 5 juin 2019) https://www.courdecassation.fr/IMG///GUIDE%20NLLES%20REGLES%20STRUCT%20REDACT%20ARRETS%20V%20ANO%2026%20JUIN%202019.pdf*

3 *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée, Commission de mise en œuvre de la reforme de la cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf*

el año 2014 y que fue liderado por la Corte de Casación francesa, que de manera amplia y muy abierta, se refiere a la evolución de la motivación de sus decisiones en materia de casación.

La difusión en "*Open data*", literalmente "datos abiertos"[4], de todas las decisiones judiciales, prevista por la ley n° 2016-1321 para una república digital del 7 de octubre de 2016, también impulsó el cambio en el desarrollo de la motivación de las sentencias.

Cada año, casi 3.9 millones de decisiones judiciales son emitidas por tribunales franceses, lo que significa que el desafío es colosal[5]. Después de haber desarrollado sus métodos de trabajo gracias a la desmaterialización de sus procedimientos, la Corte de Casación emprendió una reflexión profunda sobre los nuevos desafíos que se le presentan: responder de manera cada vez más efectiva a su misión de unificación general de la ley, para continuar siendo una fuente viva de derecho.

En el mes de marzo de 2017, una comisión fue creada con el fin de proponer opciones precisas y razonadas, para desarrollar, en consecuencia, un proyecto de sistema jurisdiccional operativo[6]. Este trabajo fue dirigido y completado por la Corte de Casación a mediados del mes diciembre de 2018. Entre febrero y junio del 2019 fueron propuestas las soluciones concretas para servir como reglas de redacción.

La Corte de Casación consideró entonces que, para que las razones de la decisión fueran suficientemente comprensibles, era fundamental un cambio significativo en la forma de redactar sus decisiones. Así, el juicio de una frase única, cuyos párrafos son introducidos por un "considerando" ha sido abandonado, en favor más bien de un estilo directo desde el primero de octubre 2019.

Desde esa fecha, las decisiones de la Corte de Casación, sean las que sean, serán redactadas en estilo directo según una estructura y normas de presentación que son armonizadas.

---

4 *OPEN DATA : Datos abiertos, todos aquellos datos accesibles y reutilizables, sin exigencia de permisos específicos.*

5 *Para abundar sobre esta información puede consultar la entrevista de la primera presidenta de la Corte de Casación la magistrada Chantal Arens en «la Semaine Juridique, édition générale, N° 13, 30/03/2020» https://www.courdecassation.fr/IMG///JCP300320.pdf*

6 Comisión de reflexión sobre la reforma de la Corte de Casación instalada en octubre de 2014 que emitió un primer informe en marzo de 2017 bajo la presidencia del magistrado Jean-Paul JEAN presidente de Sala.

Con este fin, y tan pronto como fue instalada la Corte para el nuevo año judicial en 2020, la Sra. Chantal Arens, Magistrada y Primera Presidenta de la Corte de Casación francesa, estableció varios grupos de trabajo compuestos por magistrados de la sede, en relación con los magistrados de la fiscalía y los funcionarios de la secretarias de la Corte. Los abogados, pero también los académicos o magistrados de los tribunales de fondo han sido asociados con las reflexiones emprendidas. Sus recomendaciones permitirán responder plenamente a los principales desafíos de la justicia en el siglo XXI.

La optimización de sus métodos de trabajo llevará a la Corte a tratar de manera armoniosa y cada vez más eficiente los 25,000 recursos que se le presentan cada año y continuarán mejoras significativas en la motivación y la redacción de sentencias.

Esta reforma también dará un lugar esencial para la reflexión sobre el papel normativo de la Corte de Casación, su tratamiento de cuestiones prioritarias de constitucionalidad o incluso la articulación de textos internos y europeos en términos de control de proporcionalidad. Se exploran nuevas vías que conducen al fortalecimiento de los vínculos mantenidos tanto con los tribunales de apelación como con la Escuela Nacional de Magistrados. Finalmente, se modernizarán las herramientas para difundir el derecho (informe y estudios de la corte, sitio web, etc.) y se desplegarán gradualmente nuevos motivos, como reportes de las salas, con el objetivo constante de que la información jurídica y judicial sea accesible al mayor número de personas posible, tanto profesionales del derecho y litigantes, como particulares interesados.

Este estudio, ha sido dividido en dos partes:

La primera parte, I) contiene las Propuestas de la comisión de reflexión sobre la reforma de la Casación francesa, en donde han sido desarrollados, los propósitos y contenido de la motivación desarrollada (1), el campo de aplicación de la reforma (2), el impacto de la motivación desarrollada en la técnica de deliberación (3), las exclusiones del principio de las motivaciones estándar (4), la estructura modelo y el método de redacción de decisiones (5), y, ejemplos de sentencias y opiniones que contienen una motivación en forma desarrollada(6)[7].

[7] Véase: https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf

En la segunda parte II), se exponen las reglas a seguir para la redacción de las sentencias, con respecto a las directrices (1), estructura (2) y estilo (3).[8]

Al final, las conclusiones que esta labor de síntesis me permite exponer.

I. LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN DE REFLEXIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA CASACIÓN FRANCESA

El informe de la comisión de reflexión sobre la reforma de la Corte de Casación (abril de 2017) dedica 29 páginas (páginas 129 a 157)[9] a la cuestión de la motivación de las sentencias y formula las 10 propuestas que se reproducen a continuación:

> "1° Crear un grupo de trabajo de la Corte de Casación / Corte de Apelación responsable de elaborar un marco formal para las sentencias de la Corte de Apelación para facilitar su armonización y anonimato con el fin de abrir los datos "*open data*". Para que luego, realice este mismo trabajo con los tribunales de primera instancia. Asociar a la Escuela Nacional de la Magistratura a este trabajo.
> Esta propuesta está fuera del alcance de los trabajos de la Comisión porque les compete únicamente a los abogados y consejos jurídicos.
> 2° [Propuesta proveniente de los abogados de los Consejos y compartida con ellos]: Mejorar la redacción de los memoriales de casación redactados por los abogados a los Consejos para evitar el número excesivo de motivos y argumentos. Crear un grupo *ad-hoc* para este propósito, dirigido por un abogado de los Consejos.
> Se relaciona con el alcance del razonamiento enriquecido con las sentencias.
> 3° Adoptar el uso de una mayor motivación (en particular con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante, el "Tribunal HRE"] y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [en adelante , el "TJUE"] cuando lo impongan)

[8] Véase: https://www.courdecassation.fr/IMG///GUIDE%20NLLES%20REGLES%20STRUCT%20REDACT%20ARRETS%20V%20ANO%2026%20JUIN%202019.pdf

[9] Véase: https://www.courdecassation.fr/IMG/Rapport%20sur%20la%20réforme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf

para: reversiones de jurisprudencia, la respuesta a una cuestión de principio legal, cuando la respuesta a la evocación de la violación de un derecho o principio fundamental, cuando se ejerce un control de convencionalidad, cuando la sentencia es de interés para la unificación de la jurisprudencia y el desarrollo de la ley, así como para cuestiones preliminares.

Interesa la mención de los precedentes.

4° Para sentencias con mayor motivación, mencionar los precedentes cuando esto parezca necesario, en particular en caso de una revocación de la jurisprudencia o de un incumplimiento por parte del Tribunal o Corte de Apelación de la jurisprudencia establecida en Casación.

Es específico de las opiniones (estilo - integración de subtítulos - mención de precedentes).

5° Sobre las opiniones (y su tratamiento por las Salas; artículo 41 de la ley J21):

• Usar estilo directo;

• Integrar sistemáticamente el subtítulo MOTIVOS; o Citar los anteriores.

6° Para todas las sentencias, a menos que exista una inutilidad obvia[10], integrar subdivisiones más claras de acuerdo con el siguiente plan:

I. Hechos y procedimiento
II. Motivos del recurso de casación
III. Motivos de la sentencia
IV. Dispositivo.

Se relaciona con las subdivisiones de las sentencias (integración - plan).

7° Para todas las sentencias, a menos que haya inutilidad obvia, numerar los párrafos.

8° Propuesta alternativa: numerar los párrafos para sentencias con motivación enriquecida.

Propuestas 7 y 8 para numeración de párrafos.

[10] En particular: las sentencias de inadmisibilidad (que ya incluyen un título "sobre la admisibilidad del recurso"); las sentencias que declaran la pérdida de la apelación o un desistimiento; las sentencias de rechazo redactadas en forma abreviada (especialmente aquellas que incluyen solo la respuesta de la Corte a una apelación, sin una declaración de los hechos y la declaración); las sentencias de casación exclusivamente disciplinarias (artículos 4, 16 o 455 del CPC).

9° Para todas las sentencias eliminar los "Considerandos" ("*Attendus*").
10° Propuesta alternativa: para todas las sentencias mantener los "Considerandos" únicamente para la parte de "motivos".
Propuestas 9 y 10 relacionadas con la eliminación o mantenimiento de los «Considerandos»".

Su agrupación describe un plan de estudio que se superpone prácticamente con el plan que adoptó la comisión. Por consiguiente, a continuación, serán examinados : los propósitos y el contenido de una motivación en forma desarrollada (1), el campo de aplicación de la motivación en forma desarrollada (2), el impacto de la motivación en forma desarrollada sobre la técnica de deliberación (3), la exclusión en principio de las motivaciones estándar (4), la estructura estándar y el método de redacción de sentencias (5), antes de proponer algunos ejemplos de juicios y opiniones, incluido un razonamiento en forma desarrollada (6).

1. Propósitos y contenido de una motivación desarrollada

1.1. Observaciones generales

El Sr. Antoine GARAPON, magistrado, director del Instituto de Altos Estudios sobre Justicia (IHEJ), en el marco del trabajo sobre la motivación de decisiones, emitió su opinión, a los magistrados de la Sala penal, insistiendo sobre el hecho, de que "motivar cada vez más, no es sólo un problema importante, sino una cuestión de supervivencia".

Estos comentarios se hicieron eco de los mismos propósitos sostenidos ante la comisión por los presidentes de sección honoraria en el Consejo de Estado, los señores Bernard STIRN y Christian VIGOUROUX, teniendo en cuenta que el público objetivo de sus decisiones estaba compuesto principalmente por los justiciables y sus abogados.

El comité consideró que las observaciones constituían un punto de partida real para su trabajo y más precisamente para el proceso que los inspiró, ya que la reflexión del juez sobre la motivación de sus decisiones es común y transversal, a todas las jurisdicciones de cualquier orden.

1.2. La lectura de referencia para juicios y opiniones

El comité consideró que el lector de referencia de sentencias y opiniones de la Corte está conformado por:

- las partes en la controversia;
- los justiciables;
- las jurisdicciones judiciales, administrativas y financieras;
- la comunidad de profesionales del derecho, profesionales y docentes;
- las jurisdicciones europeas e internacionales, así como jurisdicciones extranjeras.

1.3. Misiones, y contenido de la motivación

1.3.1. Finalidades de la motivación

La comisión consideró que en todas sus modalidades, tradicional o desarrollada, la motivación de una decisión judicial, que cumple con el imperativo establecido en el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil ("La sentencia debe ser motivada") así como las prescripciones del artículo 485 del código de procedimiento penal ("Toda sentencia debe contener razones y un dispositivo. Las razones constituyen la base de la decisión"), cumple una función explicativa, demostrativa y justificante, de las cuales depende estrechamente de su "aceptación" por las partes en la controversia y, más allá, por los ciudadanos. Por lo tanto, no se puede reducir a una declaración lapidaria de argumentos de autoridad. En la motivación, por su calidad, su claridad, está en juego, la verdadera autoridad de la decisión debido a su fuerza persuasiva.

El requisito de motivación proviene entonces de un estado mental permanente. Equivale a colocarse deliberadamente desde el punto de vista del lector del juicio. Idealmente, este último debería ser capaz de seguir los desarrollos del juicio con evidencia. Con este fin, la exposición de razones debe reconstruir claramente el camino tomado por los jueces para llegar a su decisión, en otras palabras, garantizar la trazabilidad de su razonamiento y de los elementos en los que se basa.

Una "motivación en forma desarrollada", en particular, debe diseñarse para cumplir con un requisito de legibilidad, de inteligibilidad.

Esto condiciona, en parte, el lugar que ocupa o debiera ocupar la jurisprudencia de la Corte de casación dentro del marco de un diálogo interno e internacional con todos los jueces o magistrados de distintas jurisdicciones.

En la práctica, una sentencia de la Corte traducida a un idioma extranjero debe ser comprendida fácilmente. De lo contrario, la Corte de Casación se privaría de los motivos para influir en la opinión de jueces y juristas extranjeros, ya que es legítimo pretender ocupar un lugar preponderante en medio de un espíritu de competencia entre diversos sistemas legales (diálogo de jueces).

De todo esto, pueden deducirse varias consecuencias, a saber:

1° La sentencia debe sostenerse por sí misma.

Esta fórmula parecía, para la comisión, resumir, únicamente, el espíritu, los objetivos y las apuestas de una motivación renovada de los juicios. De ello se deduce que la función de información hasta ahora delegada a documentos periféricos a la sentencia (informe del asesor-relator; opinión del Abogado General) deberían, en el futuro, reducirse considerablemente.

Por ejemplo, si, en el marco de un caso de apertura para casación por falta de base legal, la Corte casa la sentencia que se le remite por motivos que parecieran que los jueces del fondo no han buscado, y si, se había adquirido una de las condiciones para la aplicación de un texto, que, por otra parte, estaba ausente "*expresso verbis*" pero que la jurisprudencia había establecido, es esencial que para este caso, la sentencia de casación recuerde y explique con propósito pedagógico, las condiciones en cuestión y ponga de manifiesto el origen de la jurisprudencia.

Además, de acuerdo con la fórmula utilizada por la comisión, debe expresarse todo lo que entra en el razonamiento de la Corte. El cambio de motivación practicado por la Corte de Casación no puede ser cosmético. De una manera que se podría decir ópticamente, la parte que toma la decisión, así como los motivos del juicio, debe poder determinarlos con facilidad y precisión. Corresponde a la Corte entonces, asumir las consecuencias de tal elección, que se organizan en torno a la idea de que,

al decir más, necesariamente nos revelamos. En consecuencia, todas las fuentes en que es basada la solución adoptada por la sentencia deben ser expuestas. Por lo tanto, en caso de una reversión de la jurisprudencia, que se sabe que socava las estrategias legales establecidas, es esencial que la Corte se explique sobre las razones del cambio realizado. Así es como se debe resaltar el cambio de circunstancias, de contexto legal o incluso el cambio de consecuencias económicas.

Por último, la declaración de razones es la forma más efectiva y disponible para que el juez de casación recuerde las razones por las que han dictado las soluciones que, con el tiempo, constituyen la doctrina de la Sala, incluidas las opciones para la publicación de sentencias que por demás han sido inestables en el tiempo y no han resultado muy homogéneas si se les compara entre una Sala y otra.

2° No obstante, la Corte debe tener cuidado con varios tipos de dificultades.

En primer lugar, el rigor del razonamiento legal seguido o la fuerza del silogismo, no debería pagar el precio de los enriquecimientos de la motivación.

En segundo lugar, los desarrollos enriquecidos de la sentencia deben reflejar fielmente los motivos deliberados y adoptados por el tribunal de apelación. Se debe tener en cuenta que la extensión de la motivación hace que este ejercicio sea más exigente y más delicado.

No debe excluirse que el uso de una motivación en forma desarrollada requiere una renovación de las técnicas de la deliberación, en particular la redacción de proyectos de sentencias.

En tercer lugar, debe evitarse la evocación de lo que llamamos "motivos de motivos". En otras palabras, el juez, particularmente el juez de casación, no puede ni debe justificar todo.

Según una afirmación común, no puede, ni debe aparecer en los motivos de la sentencia, consideración alguna, que no sea de naturaleza jurídica. Esta última afirmación pareciera cuestionable. El razonamiento legal silogístico asocia, de hecho, un estado de derecho con hechos de acuerdo con la llamada operación de calificación. La Corte de

Casación no sólo aborda el derecho, sino que también lo hace con esta singularidad, no obstante, la corte está obligada por las "constataciones de hecho" realizadas e interpretadas por los jueces de primera instancia que aparecen en la sentencia referida a su censura con las pruebas del procedimiento. Por lo tanto, si se considera la importancia de esto, esta observación empuja lejos los límites de lo que puede contener la motivación de una sentencia.

Finalmente, el enriquecimiento del razonamiento de las sentencias no debe conducir a debilitar la eficiencia de la Corte en su control de los flujos y las existencias actuales, sobre todo en el estado de derecho positivo que no conoce restricciones sobre el acceso del litigante al juez de casación. Cabe señalar el informe del comité de evaluación de la experiencia del Consejo de Estado, sobre la nueva redacción de las decisiones del tribunal administrativo, que establece este mismo imperativo.

Se tendrá en cuenta que en el futuro, en un plazo aún no especificado, la Corte espera poder tener su propio dispositivo para filtrar las apelaciones en asuntos civiles, para la reducción significativa del número de casos que resultarán de ello, para compensar las tareas más pesadas inducidas por el uso más sistemático de una motivación en forma desarrollada.

Del mismo modo, si el establecimiento de dicho mecanismo de filtrado no está, en su forma actual, previsto para los asuntos penales, se espera un resultado cercano del uso cada vez mayor del procedimiento de no admisión y, más en general, del tratamiento diferencial de los recursos en casación que facilite el establecimiento de un nuevo mecanismo de derivación.

No se puede proponer una definición general del concepto de motivación en forma desarrollada, que sería suficiente en sí misma. Se trata de un estudio de caso por especies. Sea como fuere, motivar en forma desarrollada no equivale a alargar el desarrollo del juicio en proporciones imponentes. La forma discursiva de las decisiones dictadas por los dos tribunales europeos está demasiado alejada de la cultura de la Corte de Casación francesa como para servir de modelo. En la mayoría de los casos, unos pocos párrafos adicionales serán suficientes para que una sentencia logre que su lectura sea más segura y más fácil de entender. Por el contrario, cada vez que la inteligencia de una decisión requiere

del examen de documentos periféricos (informe del asesor-relator; opinión del abogado general; nota explicativa; resumen; comunicado de prensa, etc.), su motivación debe ser revisada y complementada.

A la luz de todas estas consideraciones, la cuestión de los elementos que se pretende que contengan los motivos de una decisión judicial debe plantearse en los términos expuestos a continuación.

1.3.2. Explicación en la sentencia del método de interpretación de los textos seguido por la Corte

La comisión se preguntó si el razonamiento en forma desarrollada de la sentencia debería, de ser necesario, explicando el método de interpretación de la ley (*lato sensu*) adoptado.

Hasta la fecha, la Corte de Casación, a pesar de que no ha fallado en implementar las reglas de interpretación de la ley, rara vez explica, en sus sentencias, los criterios que utiliza, contrariamente, por ejemplo, a lo que practica el tribunal federal suizo, que los establece explícita y sistemáticamente.

Sobre este tema, se observará que en el vademécum sobre la redacción de decisiones de la justicia administrativa de noviembre de 2018, el Consejo de Estado toma posición sobre esta cuestión en los términos que se reproducen a continuación:

> "La aclaratoria del método de interpretación utilizado por el juez, especialmente cuando está interpretando un texto por primera vez, es útil para la inteligibilidad del razonamiento legal. Por otro lado, el relator no está obligado a explicar los motivos por los que prefería un método de interpretación sobre otro.
> En general, tanto la forma en que se presenta el estado de derecho aplicado, como la interpretación del juez de esta regla, contribuyen al enriquecimiento de las decisiones legales."

Los métodos de interpretación del juez administrativo.

La interpretación del estado de derecho puede resultar:

- De la misma letra del texto cuando está claro;

- De la economía general del texto cuando la regla del derecho aplicado, no encuentra sentido, sino con referencia al marco global dentro del cual ésta regla encaja;
- De la combinación de varios textos;
- De los informes parlamentarios cuando las disposiciones legislativas aplicadas no son claras, porque son ambiguas o no toman partido en el punto que se decide;
- De los requisitos resultantes de la jerarquía de normas legales que conducen a favorecer una interpretación del texto de acuerdo con las normas que son superiores a él;
- De la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando ya ha dado una interpretación de la norma que aplica el juez. Es aconsejable, en este caso, no dar la referencia de estos precedentes, sino retomar, cuando existan, los párrafos de principio de las decisiones publicadas o los archivos del Consejo de Estado sin modificarlos, excepto, por supuesto, cuando el relator proponga modificar la jurisprudencia. A modo de excepción, cuando el juez toma las consecuencias de una decisión del Consejo Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se le impone, puede referirse a ella en los motivos de su decisión" [11].

La comisión considera esencial que la Corte, siempre que fije una interpretación de la norma, indique en la sentencia el método de interpretación que ha utilizado. Así, por ejemplo, si, en su interpretación de la ley, se refirió a la intención del legislador, se deberá mencionar que se han consultado los informes parlamentarios.

1.3.3. La mención en la sentencia de las soluciones alternativas no retenidas

La comisión considera que en la exposición de motivos de la sentencia deben mencionarse las soluciones alternativas que se presenten a la formación de la sentencia y las razones por las cuales será rechazada, sólo en los casos en que las soluciones rechazadas representen una alternativa seria a la solución elegida, y que se hayan discutido como tales.

[11] Para abundar puede consultar : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/12/vade-mecum.pdf

1.3.4. La mención de los precedentes jurisprudenciales en la sentencia

En los últimos años, varias Salas de la Corte de Casación han hecho referencia a precedentes de jurisprudencia constituidos por sentencias del TJUE, del Tribunal EDH, así como de la Corte de Casación, en este último caso, principalmente en situación de reversión de jurisprudencia.

En el borrador del vademécum sobre la redacción de decisiones judiciales, mencionado anteriormente, el grupo de trabajo sobre la redacción de decisiones de tribunales administrativos prescribe, en esencia, mencionar las decisiones judiciales que son vinculantes para la jurisdicción (decisión del Consejo Constitucional que tiene el poder de cosa juzgada según el artículo 62 de la Constitución; sentencia del TJUE que interpreta el derecho de la Unión Europea) al incluirlos en los vistos de la sentencia o de la decisión, y en todos los casos en que este último extraiga las consecuencias.

Cuando los presidentes de las secciones honorarias en el Consejo de Estado Bernard STIRN y Christian VIGOUROUX, fueron escuchados por la comisión, subrayaron que actualmente, el Consejo de Estado se inclinaba a citar únicamente las decisiones que se imponen con la autoridad de cosa juzgada, ya sean decisiones penales (irrevocables), las del Consejo Constitucional, y las del TJUE, pero que, por otro lado, era reacio a citar su propia jurisprudencia por temor, en cierta forma, de auto-legitimarse.

El comité considera que, como mínimo, la citación de la jurisprudencia de los tribunales europeos (TJUE; Tribunal EDH), así como la del Consejo Constitucional, es necesaria en vista de la autoridad que se le atribuye por derecho.

Del mismo modo la comisión consideró, que su evocación debe ser inequívoca, tanto de la jurisprudencia de los tribunales extranjeros, así como de la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que la Corte tiene interés a destacar la citación de jurisprudencia en sus sentencias.

En cuanto a citar su propia jurisprudencia, en sentencias de la Corte de Casación, debe hacerse teniendo en cuenta las indicaciones siguientes:

Primero, es necesario citarla en todos los casos de revocación de la jurisprudencia. En efecto, es necesario garantizar la inteligibilidad de la sentencia y su alcance. La Corte lo ha practicado y lo practica cada vez más en estas situaciones (por ejemplo, en las siguientes sentencias: 1° Civ, 12 de junio 2018, recurso N° 17-16.793; Com. 27 de junio 2018, recurso N° 16-27561).

No obstante, se debe tener en cuenta que la identificación de una reversión en la jurisprudencia puede carecer de evidencia. Requiere una investigación cuidadosa y lo más exhaustiva posible de la jurisprudencia anterior de la Corte sobre la cuestión de derecho o de procedimiento en cuestión.

La citación de la Corte de sus propios precedentes también puede tener sentido cuando, mediante una sentencia, resuelve una situación sin precedentes. La inclusión de una sentencia en la continuidad de la jurisprudencia de la Corte puede ser de gran contribución a la inteligibilidad, a la clarificación de su coherencia, a la legibilidad de sus inflexiones. (por ejemplo, Sala mixta, 13 de abril de 2018, recurso N° 16-21.345). Esto asegura su trazabilidad, estableciendo los hitos de su evolución, en otras palabras, la genealogía de la decisión. Alentar este enfoque equivale a decir que los magistrados de la Corte son los mejores intérpretes de su propia jurisprudencia y que la elección que hacen, al hacerlo, se justifica legítimamente por la representación que hacen de la dirección seguida por su jurisprudencia que es asumida como tal.

La idea recibida de que la referencia de la Corte de Casación a su propia jurisprudencia transgrediría la prohibición establecida en el artículo 5 del Código Civil y marcaría un cambio hacia un sistema de "*stare decisis*" pareciera fácil de combatir.

Toda jurisprudencia es parte de una historia, una sedimentación, de la cual el tiempo es la dimensión natural. El recordatorio en una sentencia de las etapas que los desarrollos en cuestión podrían haber seguido, simplemente revela el hecho de que la Corte conoce las condiciones para la formación de su jurisprudencia, y que sabe cómo tomarlas en consideración.

Consistentemente, la jurisprudencia que probablemente se mencione en una sentencia debería, con excepciones, estar compuesta únicamente de sentencias publicadas. En la mayoría de los casos, las

sentencias difundidas constituyen decisiones específicas, identificables como tales.

A lo sumo, podríamos anular este criterio de elección en los casos poco frecuentes en los que no hay jurisprudencia publicada sobre una cuestión cuyo juicio debe decidirse. Esta es, de hecho, la práctica de las Salas de la Corte, en particular la primera Sala.

Esto es suficiente para decir, lo que está en juego, con la decisión de publicar una sentencia.

Cuanto más frecuentes sean las decisiones cuya redacción incluirá una motivación en forma desarrollada, más fácil será la trazabilidad de la jurisprudencia. Esta legibilidad mejorada, a su vez, ayudará a reforzar la coherencia de los desarrollos en la jurisprudencia. En otras palabras, al participar resueltamente en una renovación de la motivación de sus sentencias, la Corte es parte de un círculo virtuoso.

Los textos normativos no especifican quién tiene la opción de publicar la decisión o cuáles son los criterios. En los desarrollos que se dedican a esta cuestión, en materia civil, el trabajo titulado "Ley y práctica de casación en materia civil" (n ° 976 a 979, página 381), preparado colectivamente por magistrados de la Corte de casación, se especifica lo siguiente:

> "Es dentro del panel que pronuncia la sentencia, y al final de la deliberación, que normalmente se aprecia la conveniencia de una publicación en el Boletín de las sentencias de la Corte de Casación [...]. También es la formación que pronuncia la sentencia la que evalúa si hay motivos para mencionar la sentencia en el Boletín de información de la Corte de Casación, en el Informe Anual, o incluso para considerar ponerla en línea en el sitio Internet de la Corte de Casación.
>
> Normalmente es el deber del asesor que informó sobre la sentencia evaluar la conveniencia de una publicación o de tal u otro medio de difusión de la sentencia. Depende de él, en esta ocasión, señalar los precedentes que merecen ser comparados con la sentencia que se publicará.
>
> Obviamente, es el interés de la decisión lo que ordena la elección de darlo a conocer, independientemente de si el juicio es de casación o de rechazo. En cada caso, debe apreciarse el interés normativo

> que se le atribuye. Cualquier decisión que proporcione nueva información sobre el significado del estado de derecho debe ser puesta en conocimiento de los juristas. Además, debe hacerse para varias decisiones tomadas sucesivamente en la misma dirección, a fin de resaltar claramente la jurisprudencia así establecida.
> Por otro lado, no tiene sentido llevar a cabo publicaciones excesivamente repetitivas (publicación sistemática de decisiones conformes) que no aportan mucho para información de la comunidad jurídica. Sin embargo, se debe tener cuidado para recordar periódicamente el significado de la jurisprudencia establecida"[12].

La publicación de una sentencia es el motivo disponible para que el Tribunal indique qué alcance tiene la decisión en cuestión. Por lo tanto, es una extensión natural del juicio del cual es de alguna manera inseparable. Por lo tanto, es necesario que el tribunal que lo pronunció decida la elección y el método de publicación de una sentencia, inmediatamente después de la deliberación de la decisión.

Las prácticas seguidas en estos diferentes aspectos pueden variar de una Sala a otra.

La comisión considera que las reglas establecidas deberían ser practicadas de manera uniforme en el sentido del recurso sistemático a una deliberación colectiva de la formación del juicio.

En esta misma lógica, solo habría ventajas si las Salas recurren más sistemáticamente a la elección de publicar una decisión teniendo en cuenta la necesidad en la que se encontrarán para construir una base de datos de sentencias que marquen una jurisprudencia, que probablemente, como tal, será objeto de citación más adelante.

La elección de la sentencia que se citará está expuesta a dos tipos de dificultades:

- La inadecuación de la elección, en primer lugar. Para evitar este riesgo, se requerirán verificaciones en profundidad, anticipadas por la investigación realizada previamente por el relator informante en los desarrollos que él tendrá que hacer como

[12] Citación en nota https://www.courdecassation.fr/IMG/NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf.

responsable de la investigación de la jurisprudencia relevante para el caso;

- La existencia de juicios disidentes con respecto a la doctrina de la Sala, que la sentencia motivada desea destacar. La comisión recomienda que no se mencione en la sentencia.

Formalmente, en todos los casos en que los motivos de una sentencia citan la jurisprudencia de una jurisdicción, las referencias reproducidas deben cumplir con los estándares vigentes dentro de la jurisdicción en cuestión. El secretario debe tener plena autoridad para proceder, por iniciativa propia, a las correcciones que sean necesarias. Los estándares de registro serán actualizados con este propósito.

En cualquier caso, la jurisprudencia mencionada en la sentencia debe encontrar un lugar no será en los vistos, sino en sus razones y más precisamente en los principios que contiene.

1.3.5. La mención de los estudios de impacto o incidencia en la sentencia

(a) La consagración por ley de los estudios de impacto o incidencia

La práctica de los estudios de impacto, originalmente todos pretorianos, se encuentra en la ley n ° 2016-1547 del 18 de noviembre de 2016, llamada modernización de la justicia en el siglo XXI, un soporte que contiene las siguientes disposiciones:

> Artículo L. 431-3-1 del Código de Organización Judicial: "durante el examen de la apelación, la Corte de Casación puede invitar a cualquier persona cuya competencia o conocimiento pueda arrojar luz útil sobre la solución de un litigio para producir observaciones de carácter general sobre los puntos que ésta determine".
> Artículo L. 432-1 del mismo código: "el fiscal general [...] aclarará a la Corte sobre el alcance de la decisión que debe tomarse".

De estos textos y de su asimilación se infiere que la Corte puede, en cualesquiera de sus componentes (formación para juzgar o fiscalía general) solicitar estudios de impacto sin que ello se haya precisado suficientemente.

(b) El estado y los términos de los estudios de impacto o incidencia.

No corresponde a la comisión determinar bajo qué condiciones, y según cuáles criterios se debe decidir el uso de un estudio de impacto, ni debe fijar las formas para que se debe llevar a cabo.

En cambio, desde el momento en que la Corte de Casación recurre a un estudio de impacto bajo uno de los métodos establecidos en la práctica (información escrita solicitada por la fiscalía, por iniciativa propia o a solicitud de la Sala (audiencia de la Sala*; amicus curiae*), surgen preguntas tanto sobre el "estatus" que se dará a estas "consultas" como sobre las condiciones y formas bajo las cuales se informará su existencia y posiblemente mencionarán sus resultados.

Con respecto al "estado" que se le dará al estudio de incidencia, la comisión consideró que no constituye un documento de procedimiento, sino una pieza probatoria, y que debe ser tratada como tal. Por lo tanto, su contenido debe incluirse en los debates de conformidad con el principio de contradicción, y con las disposiciones del artículo preliminar y artículo 16 del Código de Procedimiento Civil[13]. En el caso de una respuesta por escrito a una consulta, debe agregarse al archivo de "gestión electrónica de documentos" (EDM) en una sección dedicada y creada para este propósito.

Con respecto a las condiciones bajo las cuales el estudio de impacto debe ser mencionado o hacer referencia, la comisión se preguntó sobre los siguientes puntos:

- Si esta mención o referencia debe ser sistemática o no;
- Si es suficiente que se mencione en la opinión del Fiscal General o en el informe del relator informante (si es necesario, en un informe complementario específico) o si debe incluirse en la sentencia en sí (en los vistos? en los motivos?);

[13] Art. 16 CPC : El juez debe, en toda circunstancia, hacer respetar y respetar el mismo, el principio de contradicción. Solo puede adoptar en su decisión , los motivos, explicaciones, y documentos invocados o producidos por las partes y que hayan sido debatidos contradictoriamente. No puede basar su decisión en motivos de derecho que éste haya alegado de oficio sin que previamente haya invitado a las partes a presentar sus respectivas observaciones.

- Si, en este último caso, es necesario operar por simple referencia a la existencia del estudio o por un resumen de su significado.

Después de discusiones en profundidad, la comisión consideró que la mención del estudio de impacto debe hacerse en la sentencia (y no sólo en los documentos que son periféricos, preparatorios) siempre reservándose la posibilidad para situaciones en las que los resultados de este estudio tengan una influencia efectiva, apreciable, si no decisiva, sobre la solución adoptada por la decisión.

Este será el caso, en particular, cuando la ley no imponga una solución inequívoca, el estudio del impacto marcará, de alguna manera, la diferencia.

La Corte de Casación deberá estar consciente de los efectos negativos de una decisión que, sin embargo, no puede evitar tomar y, que por lo tanto, requerirá la intervención del legislador para evitar la renovación de una situación paradójica en el futuro cercano. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la Sentencia por el caso "Perruche" (Asamblea Plenaria, 17 de noviembre de 2000, recurso n ° 99-13.701).

Cuando, de acuerdo con el criterio anterior, existe una necesidad mínima de mencionar el estudio de impacto en la sentencia, la comisión recomienda que, siendo una excepción a las prácticas seguidas por la Corte según las cuales la sentencia nunca menciona los documentos que reposan en el expediente, cualquiera que sea la contribución que hayan aportado a la solución tomada por la decisión, dicha mención toma la forma simplemente de un visto.

La comisión está consciente de que tal fórmula, que tiene las ventajas de la simplicidad y la neutralidad, puede parecer insatisfactoria, ya que no permitirá al lector de la sentencia determinar con precisión cómo y hasta qué punto, el estudio de impacto pudo haber contribuido a la decisión.

Las fórmulas alternativas examinadas por la comisión, ya sea el visado que contiene la indicación en sustancia del significado de la consulta o la evolución del desarrollo de los motivos de la sentencia, parecían tener demasiados inconvenientes para poder ser preconizados. Sin embargo, nada impediría que los tribunales interesados utilicen otras fórmulas más innovadoras, de su preferencia.

1.3.6. Los detalles, en los motivos de la sentencia, relacionados con lo que queda por juzgar (en caso de casación parcial con referencia al juicio de fondo).

Según el artículo 623 del Código de Procedimiento Civil, "la casación puede ser total o parcial. Es parcial cuando solo alcanza algunos de los motivos en los cuales está fundamentado el recurso, y que son separables de las demás".

El artículo 624 especifica en su primer párrafo que "el alcance de la casación está determinado por la parte dispositiva de la sentencia que lo pronuncia". Del párrafo 2 se desprende que, en caso de casación parcial, "la casación también se extiende a todas las disposiciones de la sentencia que se anulan con un vínculo necesario de indivisibilidad o dependencia".

Según el párrafo 1 del artículo 625, "en los puntos a los que llega, la casación coloca a las partes en el estado en que se encontraban antes de que se anulara la sentencia". Finalmente, según el artículo 638, "el caso es nuevamente juzgado de hecho y de derecho por la jurisdicción remitente, excluyendo a los motivos no afectados por la casación".

En el caso de la casación parcial que deja subsistir una parte de la decisión, es necesario que la sentencia de la Corte mencione precisamente lo que, en esta decisión, se anula[14].

La comisión observa la dificultad que los jueces de primera instancia enfrentan con demasiada frecuencia, quienes se quejan repetidamente, y no sin razón, de tener que interpretar el juicio de casación parcial con referencia para determinar lo que queda por ser juzgado.

En muchos casos, en efecto, la sentencia procede por afianzamiento y no determina explícitamente qué queda por juzgar. Esta identificación es particularmente compleja en términos de compensación por daños y perjuicios (la casación generalmente se relaciona con la totalidad de la suma otorgada y no con la condena pronunciada en reparación por tal o cual daño alegado).

[14] Para ilustración: Soc., 2 de marzo de 2016, n ° 14-16.414 a 420.

Los desarrollos en el método a los que puede haber dado lugar esta cuestión del alcance de las casaciones parciales confirman, de ser necesario, la complejidad del ejercicio de exégesis con respecto a lo que queda por juzgar al cual deben dedicarse las cortes de apelación[15].

Nos limitaremos a recordar aquí, que en caso de casación parcial:

- Cuando se produce la censura en un motivo, debe buscarse si ese motivo es "separable de los demás" o si existe entre las diferentes disposiciones de la decisión impugnada, un caso de "indivisibilidad o dependencia necesaria". Los motivos anulados son indivisibles de los motivos no anulados si están vinculados de tal manera que algunos no puedan dar lugar a ejecución o anulación sin que haya al mismo tiempo y, necesariamente, ejecución o anulación de los demás.
- En cambio, mientras no haya indivisibilidad o dependencia necesaria, los motivos no casados subsisten, incluso cuando la corte de apelación ha pronunciado una sola condena correspondiente a los motivos de demanda distintos. Por lo tanto, el juez remitente se apodera de la totalidad del litigio, con la excepción de los motivos de dispositivo no casados que adquirieron la autoridad de la cosa juzgada.

Si se mantiene la indivisibilidad, se recomienda que la sentencia de casación lo indique en un párrafo especial al menos si la cuestión ha suscitado debate o está causando dificultades; de lo contrario, la sentencia podría limitarse a plantearlo en un motivo que precede al dispositivo.

En ausencia de indivisibilidad, no habría razón para explicar, a menos que la pregunta haya sido planteada en el memorial. De hecho, las prácticas seguidas por la Corte de Casación en este asunto difieren de una Sala a otra.

[15] https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/ "Entender una sentencia del Tribunal de Casación dictada en materia civil", redactada por el presidente honorario de la Sala Jean-François WEBER, publicado en el sitio web de la Corte.

En materia penal, los desafíos son relativamente similares, incluso cuando ningún texto del código de procedimiento penal aparte de las disposiciones generales de los artículos 609 y siguientes de dicho código, regulan específicamente la casación parcial como en el código de procedimiento civil. La jurisprudencia también implementa el criterio de indivisibilidad de las disposiciones de la decisión casada.

Las disposiciones del artículo L. 411-3, párrafos 2 y 3, del código de la organización judicial, según lo modificado por la ley n ° 2016-1547 del 18 de noviembre de 2016, permiten a la Corte de Casación, en materia civil, la casación sin reenvío para decidir sobre el fondo cuando el interés de una buena administración de justicia así lo exige. En materia penal, se justifica poner fin al litigio cuando los hechos, tal como fueron señalados y apreciados soberanamente por los jueces de fondo, le permiten aplicar el estado de derecho apropiado. Esto permitirá que se reduzcan los casos de remisión al juez de fondo en caso de casación parcial.

El Consejo de Estado, por su parte, consciente de la realidad de esta dificultad, se ocupa, en la mayoría de los casos, en tal situación, de proporcionar en los motivos de la sentencia indicaciones muy específicas para la jurisdicción de reenvío.

La comisión considera que el objetivo de legibilidad de las sentencias requiere que se incluyan en los motivos las precisiones necesarias relacionadas con el alcance de la casación pronunciada cuando los detalles contenidos en el texto del dispositivo no son suficientes. De hecho, el alcance de la casación parcial es a menudo uno de los elementos de la deliberación. Para estimular y prepararse para este último debate, corresponde al asesor del relator abordar esta cuestión de la manera más explícita y precisa posible (utilizando una fórmula como: “en caso de casación, ...”), después de haber avisado a las partes y sus abogados para llevar este tema a los debates.

Esta recomendación debe ir acompañada de una solicitud hecha a los abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación para que éstos se vean obligados a especificar, según sea necesario, en sus memoriales, el motivo o los argumentos de juicio particulares o sentencia criticada por el recurso de casación.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN FORMA DESARROLLADA

La pregunta, examinada en las líneas que siguen, es la de determinar en qué casos, y según cuáles criterios, será necesario o, al menos, debe recomendarse el recurso a una motivación en forma desarrollada que satisfaga los requisitos, objeto de las explicaciones anteriores.

En general, la comisión recomienda que se aliente la elección de un razonamiento desarrollado para todas las decisiones que lo justifiquen y que, como mínimo, el recurso a dicho razonamiento sea obligatorio en los casos enumerados a continuación.

Se está plenamente consciente, del hecho de que cuanto más la Corte emita sentencias con un razonamiento en forma desarrollada, menos podrá justificar y convencer de la relevancia de las razones que, excepto en los casos en que la ley así lo establece (Artículo 1014 del Código de procedimiento civil 4 y el artículo 567-1-1 del código de procedimiento penal) y, aparte de decisiones simples, llevaría a excluir tal o cual decisión.

O para decirlo de otra manera, el compromiso de la Corte de motivar en forma desarrollada sus sentencias desencadenará automáticamente una dinámica irresistible que desde ahora debe asumir plenamente.

Por coherencia y para facilitar la identificación, la comisión considera que las sentencias en forma desarrollada deben ser objeto de una publicación sistemática, las sentencias que tienen una motivación tradicional, excepto en casos particulares, serán simplemente difundidas. En beneficio de estas observaciones, la comisión considera que la motivación en forma desarrollada es esencial en los casos que se detallan a continuación.

(1) Cuando la sentencia revoca la jurisprudencia.
(2) Cuando la sentencia resuelve una cuestión de principio o cuando la solución adoptada es de interés para el desarrollo de la ley.

Por supuesto, que la formación para juzgar podría decidir no dictar una motivación detallada para una sentencia que decida sobre una nueva solución legal en el caso de que considere que esta última (todavía) no es lo suficientemente segura como para fijar la doctrina de la Sala, en el futuro.

(3) Cuando la solución elegida es de interés para la unidad de la jurisprudencia.

(4) Cuando la sentencia responde a un motivo basado en la violación de un derecho o principio fundamental, en particular cuando se utiliza para un "control de proporcionalidad" (operado como parte de un control de convencionalidad). Se recordará que el trabajo realizado por la comisión con miras a proporcionar a los magistrados de la Corte de Casación, así como a las jurisdicciones de fondo, una guía metodológica para el control de la proporcionalidad operada en el marco de un control de convencionalidad, propone diferentes plantillas o modelos para este objeto[16].

(5) Cuando la sentencia ordena una referencia para una decisión preliminar a el TJUE o dice que no hay necesidad de hacerlo.

(6) Cuando se solicita una opinión consultiva a la Corte Europea de Derechos Humanos en aplicación del Protocolo adicional N° 16 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

(7) Cuando la Corte dictamina sobre una solicitud de opinión prevista en el artículo L. 441-1 del Código de la Organización Judicial[17].

Se observará que en asuntos civiles, la mayoría de las situaciones consideradas se superponen con los criterios para autorizar apelaciones adoptadas bajo la propuesta de un dispositivo de filtrado presentado el

[16] https://www.courdecassation.fr/IMG///GUIDE%20NLLES%20REGLES%20STRUCT%20REDACT%20ARRETS%20V%20ANO%2026%20JUIN%202019.pdf

[17] Artículo L. 441-1 del Código de la Organización Judicial : «Antes de pronunciarse sobre una nueva cuestión de derecho, que presenta una gran dificultad y que surge en numerosos litigios, los tribunales de la orden judicial pueden, mediante una decisión que no esté sujeta a apelación, solicitar la opinión del Tribunal de Casación».

15 de marzo de 2018 por el primer presidente al Ministro de Justicia, a saber :

- Si el caso plantea una cuestión de principio de interés para el desarrollo de la ley (situaciones N° 1 y N° 2 anteriores);
- Si el caso plantea una cuestión de interés para la unificación de la jurisprudencia (situaciones N° 1 y N° 3 anteriores);
- Si se trata de una infracción grave de un derecho fundamental (situaciones N° 4 y N° 6 y, en algunos casos, N° 5 anterior).

De ello se deduce que si, como lo desea la Corte, el dispositivo en cuestión fuera consagrado en la ley, todas las sentencias que la Corte debería emitir entrarían dentro del alcance de una exposición de razones en forma desarrollada.

Sin embargo, seguiría existiendo una singularidad en materia penal en ausencia de un procedimiento de selección, pero, como ya se ha indicado, el tratamiento diferencial de las apelaciones debe participar en la identificación de los expedientes relacionados con una mayor motivación.

3. EL IMPACTO DE LA MOTIVACIÓN DESARROLLADA EN LA TÉCNICA DE DELIBERACIÓN

El recurso a una motivación en forma desarrollada tendrá el efecto probable de una modificación, una adaptación, del método de trabajo de la Corte, en particular en la técnica de deliberación.

En efecto, la redacción de la sentencia va ganando en complejidad, como también en volumen, no puede excluirse que la deliberación sobre el o los proyectos de decisión deban prepararse mediante un trabajo de redacción extendido a varias personas de acuerdo con un modelo que probablemente se inspire del realizado por la “comisión de redacción” que actualmente existe en las jurisdicciones europeas.

El tiempo de trabajo de la capacitación en cuestión puede incrementarse y este impacto debe tenerse en cuenta en la organización de las Salas.

Si bien es cierto que en el Consejo de Estado, de acuerdo con los detalles proporcionados sobre este tema por los presidentes de la sección honoraria Bernard STIRN y Christian VIGOUROUX, durante su participación ante la comisión, la reforma de la motivación no cambió el modo de preparación de decisiones, esta observación no pareciera ser transpuesta a la Corte de Casación en la medida en que las técnicas utilizadas por los dos tribunales superiores son muy diferentes (modo de investigación y funciones específicas).

No es menos cierto que este efecto podría mitigarse en gran medida gracias al trabajo preparatorio para la redacción de los proyectos de sentencia, que sería realizado más en profundidad por el asesor-relator antes de la audiencia.

Sobre todo, como se indicó anteriormente (ver sección 1.3.1.), el recurso al razonamiento en la forma desarrollada de un juicio se limitará a la adición de unos pocos párrafos a lo que habría sido su redacción en forma tradicional y, limitado en estas proporciones, no debiera alterar las condiciones para la deliberación.

4. LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE LAS MOTIVACIONES ESTÁNDAR

Al reflexionar, la comisión descartó proponer un marco de motivaciones estándar de decisiones por las cuales la Corte lleva a cabo o dictamina sobre un control de proporcionalidad ejercido en el marco de un control de convencionalidad.

La comisión decidió hacerlo sobre la base de las siguientes consideraciones:

- Una razón de principio: sería un mensaje muy negativo dirigido a los magistrados de la Corte, quienes verían en él una forma de coerción inadecuada en su rol creativo, tal como se expresa en la redacción de la sentencia;
- Una razón para la eficiencia: la singularidad de las situaciones encontradas en cada caso haría que tal formalización sea inútil.

5. LA ESTRUCTURA MODELO Y EL MÉTODO DE REDACCIÓN DE DECISIONES

Los siguientes planteamientos se refieren a la estructura y la forma de las decisiones de la Corte. Las respuestas que la comisión se ha esforzado en proporcionar son válidas para todas las sentencias, ya sea que incluyan o no una declaración explicativa en forma desarrollada.

Se examinará sucesivamente el estilo de la redacción (¿por considerandos o en estilo directo?), la estructuración estándar de la sentencia en cuatro partes, finalmente, la división de las partes en párrafos y subpárrafos titulados y numerados.

La comisión desea enfatizar que una vez que se haya completado la fase necesaria de prueba de las recomendaciones establecidas en esta nota, todos seguirán las reglas que la Corte decidirá adoptar en esta área, sin embargo, sus sentencias están sujetas a la aplicación de las disposiciones del artículo 1014 del código de procedimiento civil.

5.1. El estilo de las sentencias

La comisión se declara mayormente a favor de adoptar una redacción directa de todas las partes de la sentencia, sin que haya razón para distinguir entre los motivos de la decisión y las otras divisiones que contiene la sentencia.

El abandono de la oración única, cuyos párrafos son introducidos por un considerando, pareciera favorecer la legibilidad e inteligibilidad de la sentencia. Por lo cual, la redacción de la decisión sigue siendo precisa, firme y recogida, el uso del estilo directo no puede hacer que pierda su autoridad.

Además, tal elección fortalecerá la unidad del estilo de redacción entre la Corte de Casación y los tribunales sustantivos cuyas sentencias, órdenes y sentencias ahora están, en su mayor parte, escritas en estilo directo[18]. También es consistente con las opciones tomadas e implementadas por el Consejo Constitucional (desde la decisión n° 2016-539 QPC del 10 de mayo de 2016) y por el Consejo de Estado (ver

[18] Se recuerda que, desde hace varios años, la escritura de estilo directo se ha enseñado a los aprendices de la carrera judicial como parte de su formación inicial en la metodología del juicio civil.

vademecum sobre la redacción de las decisiones del tribunal administrativo, ya citado). Finalmente, al simplificar la estructura gramatical de las decisiones de la Corte, se facilitará su traducción y buen entendimiento en un idioma extranjero (ver arriba, sección 1.3.1).

Una fórmula alternativa y flexible podría ser la introducción de la parte (III). "Fundamentos de la sentencia" con la frase "Considerando lo siguiente:", seguida inmediatamente por desarrollos escritos en estilo directo. Inspirado en las recomendaciones adoptadas para la redacción de las decisiones del tribunal administrativo, este método editorial evita la simple apariencia de una frase única que se resuelve en la parte dispositiva de la sentencia.

En cualquier caso, el uso del estilo directo requerirá el uso de fórmulas de coordinación y conexión lógica, elegidas juiciosamente para marcar y vincular las etapas del razonamiento. Harán una contribución esencial a la calidad demostrativa de la decisión. El establecimiento de propuestas léxicas apropiadas sobre las fórmulas consideradas podría confiarse a un comité de redacción responsable de integrar todos los cambios producidos por el trabajo de la comisión.

5.2. La estructura tipo de la sentencia en cuatro partes

La comisión recomienda que los juicios se estructuren en cuatro partes de acuerdo con el plan estándar y bajo los siguientes títulos:

I. Hechos y procedimiento
II. Motivos del recurso de casación
III. Motivos de la sentencia
IV. Dispositivo.

Dos puntos resultaron particularmente difíciles:

a) ¿Cómo presentar (en la parte II) los motivos de apelación, en primer lugar?

Antes de que la Corte adopte un sistema integral de manejo electrónico de documentos (*Gestion* Électronique *de Documents, GED*), las sentencias emitidas por las Salas civiles incluían un resumen de los motivos.

Posteriormente, esta ruta fue abandonada en favor de una reproducción completa de los motivos, que según el caso puede estar en el

cuerpo de la sentencia o anexada a la misma, facilitada por los medios informáticos de reproducción, ahora disponibles para el redactor.

Por su parte, la Sala penal reproduce, dentro de la sentencia, todos los motivos de casación, incluidos los motivos criticados de la decisión impugnada, lo que no contribuye a su legibilidad.

La comisión se preguntó si sería útil incluir, en parte (II.) de la sentencia, hacer un resumen, en sustancia, de los motivos de la apelación, mientras se anexa a la decisión, la reproducción en extenso de los motivos considerados. Asimismo, el resumen de los motivos de apelación debe aparecer en el informe del asesor-relator, en esencia, de modo que esté sujeto a contradicción.

Estas propuestas no obtuvieron suficiente consenso dentro de la comisión para que se establecieran como recomendaciones.

Sin embargo, parece que en el futuro deberían dar lugar a una reflexión más amplia y abierta.

(b) ¿Cómo adaptar el plan estándar considerado cuando la apelación involucra varios motivos, como suele suceder?

¿ Se deberían vincular las partes comunes y las dedicadas a la presentación de cada medio y su respuesta?

¿ O se debería, por el contrario, preferir disociar las dos secuencias del análisis (presentación de los motivos / crítica de los motivos) mientras se deja intacta la división de las partes (II) y (III)?

La comisión no considera estar en condiciones de hacer recomendaciones sobre este tema, y la elección parece hacerse caso por caso, dependiendo del número y la complejidad de los motivos (y ramas) articulados.

5.3. La estructuración de desarrollos en párrafos numerados

La comisión considera que estructurar la sentencia por párrafos, con la excepción de los casos en que tal presentación pareciera manifiestamente innecesaria, será lo que podrá contribuir con la claridad de la declaración y la calidad del argumento.

Puede ser un párrafo introductorio, cuando la complejidad del juicio así lo requiere, y en cualquier caso, párrafos intermedios, seguidos de un párrafo final.

Para que sea más fácil referirse a ellos, los párrafos se beneficiarán de ser resaltados por un título y seguir una numeración, como la práctica seguida por las dos jurisdicciones europeas.

6. ALGUNOS EJEMPLOS DE SENTENCIAS Y OPINIONES QUE CONTIENEN UNA MOTIVACIÓN EN FORMA DESARROLLADA

La Corte, desde hace varios años, se ha beneficiado en algunas de sus decisiones de una motivación enriquecida que, aun cuando no responden a todas las recomendaciones formuladas en las líneas anteriores, ha marcado un progreso significativo en el camino trazado por la Comisión.

De hecho, el trabajo llevado a cabo entre 2014 y 2016 por la comisión de reflexión sobre la reforma de la Corte de Casación (cf. supra, parte 1) ayudó a fomentar este enfoque, que podría haber variado en intensidad de una sala a otra, o de un juicio a otro.

Hasta la entrada en vigencia de la reforma en 2019, la jurisprudencia de la Corte proporcionó numerosas ilustraciones de las cuales se han elegido las siguientes[19], reclasificadas bajo títulos que se refieren a los principales casos de aplicación de la motivación en forma desarrollada.

6.1. Cuando la sentencia efectúa una reversión de jurisprudencia:

- Com., 22/03/2016, recurso N° 14-14.218
- 2 Civ., 19/05/2016, recurso N° 15-12.767
- Crim., 23/11/2016, recurso N° 15-82.333
- Com., 29/03/2017, recurso N° 15-24.241
- Com., 29/03/2017, recurso N° 15-17.569
- 1 Civ., 12/06/2018, recurso N° 17-16.793
- Soc., 7/02/2018, recurso N° 16-24.231
- Com., 27/06/2018, recurso N° 16-27.561
- Com., 17/01/2018, recurso N° 15-29.276

[19] Para consulta buscar en: https://www.legifrance.gouv.fr

6.2. Cuando la sentencia decide una cuestión de principio o cuando la solución que se plantea presenta un interés para el progreso del derecho

- 2 Civ., 14/01/2016, recurso N° 15-13.040
- Com., 3/05/2016, recurso N° 14-23.950
- 3 Civ., 7/07/2016, recurso N° 15-19.485
- 3 Civ., 7/07/2016, recurso N° 15-10.278
- Com., 20/09/2016, recurso N° 15-12.989
- 3 Civ., 20/10/2016, recurso N° 15-19.091
- Crim., 3/05/2017, recurso N° 16-86.155
- 3 Civ., 28/06/2018, recurso N° 17-18.756
- Com., 26/09/2018, recurso N° 16-12.126
- Crim., 7/11/2018, recurso N° 17-87.424
- Soc., 19/12/2018, recurso N° 18-40.520 (memoria)

6.3. Cuando la solución que adopta la sentencia presenta un interés para la jurisprudencia

- Soc., 8/06/2016, recurso N° 14-13.418
- 1 Civ. 14/12/2016, recurso N° 14-11.437
- Soc., 22/11/2017, recurso N° 13-19.855
- Crim., 5/09/2018, recurso, N° 17-84.402
- Crim., 13/11/2018, recurso N° 17-81.398

6.4. Cuando la sentencia responde a un recurso contra la violación de un derecho o de un principio fundamental

- Com., 12/01/2016, recurso N° 14-15,203
- Crim., 23/11/2016, recurso N° 15-83,649
- Com., 8/03/2018, recurso N° 15-18.126
- 1 Civ., 7/11/2018, recurso N° 17-25.938
- 2 Civ., 4/10/2018, recurso N° 17-19.677
- Crim., 24/10/2018, recurso N° 18-80,834

6.5. Cuando la sentencia pronuncia un reenvío a título preliminar al Tribunal Judicial de la Unión Europea o dice que no hay lugar para el reenvío

6.5.1. La sentencia pronuncia un reenvío a título preliminar

- Crim., 9/09/2014, recurso N° 13-85.927
- 1 Civ., 12/11/2015, recurso N° 14-18.118
- Crim., 23/11/2016, recurso N° 15-82.333
- 1 Civ., 12/07/2017, recurso N° 16-22.548
- 1 Civ., 4/10/2017, recurso N° 16-12.519
- 1 Civ., 11/10/2017, recurso N° 16-25.259
- Soc., 10/01/2018, recurso, N° 16-16.713
- Soc., 11/07/2018, recurso N° 16-27.825
- 1 Civ. , 11/07/2018, recurso N° 17-18.177
- Com.., 26/09/2018, recurso N° 16-28.281
- 3 Civ., 15/11/2018, recurso N° 17-26.156
- 1 Civ., 21/11/2018, recurso N° 18-11.421

6.5.2. La sentencia rechaza el reenvío preliminar

- Soc., 10/02/2016, recurso N° 14-26.909, 14-26.910, 14-26.912, 14-26.913, 14-26.914
- 1 Civ. , 15/06/2016, recurso N° 15-20.022
- Crim., 4/10/2016, recurso N° 16-82.309
- 1 Civ. , 14/12/2016; recurso N° 15-26.635
- 1 Civ., 25/01/2017, recurso N° 15-24.607
- 1 Civ., 8/03/2017, recurso N° 15-26.664
- Crim., 13/07/2017, recurso N° 16-84.246
- 1 Civ., 27/09/2017, recurso N° 17-15.160
- Com., 28/03/2018, recurso N° 16-26.210
- Crim., 2/05/2018, recurso N° 18-82.167
- 1 Civ., 11/07/2018, recurso N° 18-10,062
- 1 Civ., 21/11/2018, recurso N° 18-11.421

6.6. Cuando se plantea una solicitud de opinión consultiva al tribunal europeo de derechos humanos en aplicación al protocolo n° 16.

- As. Plenaria, 5/10/2018, recurso N° 10-19.053

6.7. Cuando la corte decide sobre una solicitud de opinión prevista en el artículo l.44-1 del código de organización judicial.

- 3 Civ.; opinión del 23/05/2017, N° 17-70.007
- 1 Civ., opinión del 7/03/2018, N° 17-70.039
- 3 Civ., opinión del 9/03/2018, N° 17-70,040
- 1 Civ. , opinión del 6/04/2018, N° 18-70,001
- Com, 18/04/2018, recurso N° 18-70.005
- 1 Civ., 4/12/2018, recursos N° 18-70.011 y 18-70.012
- Crim., 5/12/2018, recurso N° 18-96.002

III. REGLAS A SEGUIR

1. Directrices

En general, los cambios en la estructura y el estilo adoptados por la Corte de Casación no deberían conducir a cambios en el método de razonamiento.

En particular, los requisitos de la técnica de casación van a servir de marco de control para las diferentes opciones de segmentación de la decisión.

Se escogió privilegiar en lo posible la armonización de las reglas aplicables a las decisiones de las Salas civiles y de la Sala penal. Quedan algunas diferencias, inherentes a los detalles de los dos procedimientos, cada uno de los cuales se rige por un código de procedimiento distinto. Las decisiones tomadas por las formaciones formales (Sala mixta; asamblea plenaria) seguirán las reglas de redacción aplicables al asunto que le conciernen (civil / penal).

2. Estructura

2.1. Estructuración-tipo de la sentencia en tres partes

A las cuatro partes inicialmente previstas relativas de la estructura de las sentencias y opiniones y su exposición de motivos en forma desarrollada (- I. Hechos y procedimiento II. Motivos del recurso de casación III. Razones para el juicio IV. Dispositivo), debe preferirse un plan en tres partes agrupando así las partes II y III.

De hecho, no se puede, sin exponerse a un debilitamiento de la legibilidad del razonamiento seguido, aislar en la decisión la demanda, de la respuesta que se presenta allí.

La primera parte (hechos y procedimiento) debe ser única para toda la sentencia, independientemente del número de motivos examinados.

Los títulos de las partes no serán numerados. Las divisiones de la sentencia serán reflejadas mediante gráficos diferenciados de cada nivel de título. De modo que, generalmente, la sentencia no tenga más de tres partes.

El título distinguirá "Enunciado [ponencia] de motivo" de la "respuesta del Tribunal de Casación". Los títulos de estas subdivisiones estarán subrayados para una mejor visibilidad. En aras de la claridad, la expresión "declaración del motivo" significa un motivo que se recoge en sustancia y la de "enunciado del motivo" un motivo reproducido en su totalidad o en extractos.

Se propone conservar las siguientes distinciones tipográficas:

Negrita	1er Nivel de título
Negrita cursiva	2do Nivel de título
Cursiva subrayada	3er Nivel de título
Normal + tabulación	4to Nivel de título
Normal + doble tabulación	5to Nivel de título

La parte operativa de la sentencia se anunciará mediante la fórmula "POR ESTAS RAZONES, la Corte ..." seguida, en línea, por la declaración de cada fundamento de decisión de acuerdo con las normas

vigentes. Esta fórmula se consideró lo suficientemente esclarecedora como para identificar el dispositivo de la sentencia sin error. Se prefirió a la fórmula (IV) DISPOSITIVO / LA CORTE ...

En consecuencia, la secuencia de la sentencia se verá así (para ser suficientemente ilustrativo,

- el primer ejemplo elegido se relaciona con una situación procesal ramificada):

  Hechos y procedimiento
  Consideración de motivos
  Sobre el primer motivo del recurso de casación principal
  Enunciado del motivo
  Respuesta de la corte
  Sobre el segundo motivo del recurso de casación principal.
  Enunciado del motivo
  Respuesta de la corte
  Sobre el único motivo de recurso de casación incidental
  Enunciado del motivo
  Respuesta de la corte

POR ESTAS RAZONES, la Corte: ...

- **En caso de un único motivo,** la siguiente estructura quedara sin cambios:

  Hechos y procedimiento
  Consideración de motivos
  Enunciado del motivo
  Respuesta de la corte

POR ESTAS RAZONES, la Corte: ...

Cuando se cuestione la admisibilidad de una apelación, será ventajoso que se examine en una sección dedicada, anunciada por el título "Examen de la admisibilidad de la apelación" (si corresponde, principal o incidente) que seguirá "Hechos y procedimiento" y precederá al "Examen de motivos".

Lo mismo se aplica a la acumulación de apelaciones, que dará lugar a una sección dedicada anunciada por el título "Acumulación" que precederá a "Hechos y procedimiento".

Además, en los siguientes casos:

- casación sin referencia en las diferentes situaciones previstas en los párrafos 1 a 3 del artículo L. 411-3 del código de organización judicial,
- casación parcial con reenvío,
- aplicación de las disposiciones de los artículos 624 (extensión de la casación a los dispositivos de la decisión casada que presenta un vínculo de indivisibilidad o dependencia necesaria) y 625 párrafo 2 del código de procedimiento civil (cancelación por consecuencia de una decisión),
- situación en la que la Corte de casación se pronuncia sobre una de las razones de la apelación o sobre una de las ramas de una de ellas, prescinde del examen de las otras quejas planteadas, cuando hay desarrollos específicos, estos encontrarán un lugar en una sección dedicada anunciada por el título "Alcance y consecuencias de la casación", que seguirá a "Examen de motivos" y precederá "POR ESTAS RAZONES, la Corte...".

El plan anterior no pudo encontrar aplicación en la redacción de decisiones de rechazo no particularmente motivadas, de desistimiento, de inadmisibilidad, de no lugar para decidir, decomiso, caducidad, rectificación de errores materiales ... Las tramas tipo correspondientes a cada una de las principales categorías en cuestión se muestran a continuación.

2.2. El examen de los motivos

El orden de examen de los motivos debe respetar la lógica que generalmente se sigue, como surge de la técnica de casación.

El orden en que se abordarán los puntos de casación será el siguiente:

En la sentencia se abordarán sucesivamente uno o más rechazos, no especialmente razonados (artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil) en sus dos partes (motivo inadmisible / motivo que claramente no es probable que dé lugar a una casación), o admisiones parciales en asuntos penales, luego rechazos razonados, finalmente casaciones.

La comisión dedicó largos debates a la cuestión de cómo llegar a soluciones unitarias con respecto a la reproducción en la sentencia, o anexión a la misma, de las causas o motivos del recurso de casación, y basó sus reflexiones en la observación de la diversidad, por no decir en la divergencia de las prácticas de las diferentes Salas sobre este tema.

En lo que respecta a las sentencias de casación, las Salas civiles proceden sistemáticamente a anexar las causas o motivos, los cuales no se reproducen en el cuerpo de la sentencia. Otros señalan que la Corte aprovecha esta no reproducción para permitirse "casar" es decir, anular la sentencia, "más allá de la crítica".

Por el contrario, la Sala penal no agrega los motivos que reproduce en su totalidad, salvo para los alegatos personales y en el caso de una apelación de la fiscalía que da lugar a una visa simple para el memorándum o los alegatos considerados.

Con respecto a las sentencias de rechazo, cuando el recurso es improcedente, la práctica mayoritaria es reproducir los motivos en la decisión. Sin embargo, la regla adolece de diferentes matices, especialmente en la primera Sala civil y la Sala social.

En cuanto a la tercera Sala civil, se reserva la reproducción de los motivos en el juicio para los rechazos normativos, mientras que, excepto en casos especiales, se abstiene en los juicios de rechazo no normativos, es decir, si se ha incurrido en violación a la ley o al procedimiento establecido por los textos legales, como es generalmente el caso decisiones tomadas por la Corte en formación restringida.

En cuanto a las decisiones de rechazo no especialmente motivadas dictadas por las Salas civiles (artículo 1014 del código de procedimiento civil), los motivos no se reproducen en el cuerpo de la decisión, sino que se anexan a la decisión.

Por el contrario, en caso de no admisión (artículo 567-1-1 del Código de Procedimiento Penal), la Sala penal no reproduce ni agrega los motivos, que están sujetos a una visa simple.

Finalmente, debe recordarse que, en términos prácticos, con respecto a los juicios publicados en la base de datos de Jurinet, los motivos adjuntos aparecen solo en la versión PDF del acta. Por el contrario, estos son accesibles en la ventana de resultados de la versión publicada bajo Legifrance.

La Corte de Casación espera lograr la plena armonización lo antes posible.

El comité de redacción se cuestionó extensamente sobre dos puntos sensibles y de alto riesgo:

- en caso de casación, es necesario, como se hace según la práctica generalizada, en caso de rechazo, con la reproducción de la rama del motivo que da lugar a la casación;
- en general, en caso de rechazo como en caso de casación, la reproducción de los motivos:
  - Debe ser tomada en forma exclusiva del enunciado, en otras palabras, literalmente o por extracto pertinente de la redacción del motivo que figura en los motivos de impugnación de la parte que recurre;
  - ¿O se puede incluso si hay lugar, tomar la forma de una exposición en sustancia (resumen de los motivos)?

En vista de su importancia, estos puntos fueron sometidos a decisión de los siete presidentes de Sala, de todos los decanos de Sala y sección, informados mediante consulta previa, para que emitieran su opinión.

Para una gran mayoría, de los Presidentes de las Salas, concluyeron que los motivos de la decisión deben reproducirse en la sección "Examen de los motivos", de la rama del motivo que da lugar a la casación.

Del mismo modo, optaron abrumadoramente por escoger el enunciado de los motivos mediante una reanudación literal o por extractos relevantes de su redacción tal y como aparece en el escrito del recurso presentado.

La cuestión de saber si en caso de no admisión (artículo 567-1-1 del código de procedimiento penal), se podría elegir proceder a la anexión sistemática de los motivos a la sentencia, como es para el rechazo no específicamente motivado (artículo 1014 del código de procedimiento civil), queda planteada.

Para el caso de un motivo examinado de oficio, la exposición del motivo y su discusión interviene dentro del mismo desarrollo

introducido por el título "Examen de oficio" (segundo nivel de título) inmediatamente seguido de un parágrafo numerado, redactado de la siguiente manera : "de conformidad con (o en aplicación de si es necesario evitar la repetición) los artículos 620, alinea 2, y 1015 del código de procedimiento civil, se notificó a las partes". Por supuesto, la exposición del motivo, por construcción, no incluye una reproducción del mismo.

Cuando el fundamento planteado de oficio es el único motivo examinado por la Corte de Casación, el desarrollo dedicado a éste, se presentará con el título "Examen del motivo planteado de oficio" (primer nivel del título). Este último reemplaza el título habitual: "Examen de los motivos"[20]

En caso de que la corte de Casación desestime el recurso sustituyendo un motivo de puro derecho por un motivo erróneo, de conformidad con el artículo 620, párrafo 1, del código de procedimiento civil, la fórmula (concluyente) utilizada es la siguiente: "Por el motivo de puro derecho, substituye a los invocados, dentro de las condiciones previstas por los artículos 620, alinea 1er, y 1015 del código de procedimiento civil, la decisión tomada se encuentra legalmente justificada por ese argumento".

2.3. Los vistos

Los vistos de los textos o principios generales del derecho, que la ley impone en materia de casación, continuaran a aparecer al principio de la discusión de cada uno de los motivos que dan lugar (en la parte "examen de los motivos")

2.4. Los encabezados (enunciado de un texto o de un principio de referencia).

La forma silogística de las sentencias (mayor - menor - concluyente) se conserva estrictamente, los "encabezados" (encabezados de los juicios de casación o los llamados encabezados "interiores" de las sentencias de rechazo con alcance normativo) se mantendrán sin cambios.

[20] Véase lo explicado en el párrafo 2.1

2.5. Alcance y consecuencias de la casación

Se debe crear una sección titulada "Alcance y consecuencias de la casación" (en el mismo nivel de estructura de árbol que "Hechos y procedimiento" y "Examen de motivos") para insertarlo entre la parte "Examen de motivos" y el "POR ESTAS RAZONES, la Corte ... "en los siguientes casos, ya mencionados anteriormente:

- casación sin referencia en las diferentes situaciones previstas en los párrafos 1 a 3 del artículo L. 411-3 del código de organización judicial,
- casación parcial con remisión.

Del mismo modo, pueden encontrarse dentro de estos supuestos, los desarrollos que se refieran a :

- la aplicación de las disposiciones de los artículos 624 (extensión de la casación a los motivos de la decisión casada que presente un nexo de indivisibilidad o de dependencia necesaria) y 625 párrafo 2 del código de procedimiento civil (cancelación por consecuencia de una decisión);
- la situación en la cual la casación es pronunciada por uno de los motivos de la apelación o por una de las ramas de uno de ellos dispensa el examen del resto de las reclamaciones planteadas.

2.6 Numeración de los párrafos

La numeración de los párrafos, que será automática (integrada en la trama), se aplicará tan pronto como la evolución de la sentencia incluya dos o más párrafos.

La idea rectora es dedicar un párrafo a una sola idea. Esta elección, que cae dentro del alcance de la deliberación, se deja sin embargo a juicio de la Corte para la formación de la sentencia.

La numeración de los párrafos está excluida para los vistos y el dispositivo.

3. ESTILO

3.1. Estilo directo y abandono de la "frase única"

Cualquiera que sea la naturaleza de la decisión (sentencia, ordenanza, etc.), siempre debía escribirse "Considerando"). La fórmula alternativa y flexible, que consiste, como lo hacen los tribunales administrativos, en introducir los desarrollos de la sentencia mediante la frase "considerando lo siguiente: ..." es eliminada, los títulos introducen de ahora en adelante cada una de las partes del plan-tipo (ver arriba) asegurando suficientes transiciones.

3.2. Encabezado y cualidades

Se escogió la armonización de las menciones relativas al encabezado (en el sentido de "cualidades") con las nuevas normas de redacción en estilo directo. Sin embargo, los elementos que aparecen actualmente en este mismo encabezado permanecerán, en esencia, sin cambios, ya que la comisión lo consideró como no esencial, al menos en esta etapa de desarrollo de las reglas de redacción establecidas por la Corte, para transferirlas a la sección "hechos y procedimiento".

3.3. Estándares de redacción

En la primera parte ("Hechos y procedimiento"), es importante que la redacción introductoria aleje la declaración (reiteración) de los hechos relevantes de la Corte atribuyéndola claramente a la decisión impugnada. Es preferible, en materia civil, substituir la fórmula "Resulta de la sentencia recurrida ...", por la fórmula "Según la sentencia recurrida ...".

En los párrafos de esta misma parte que la seguirán, ya no será utilizada dicha fórmula.

En cuanto a, las sentencias dictadas por las Salas civiles, cualquiera que sea la naturaleza de la sentencia: rechazo o casación, las palabras "Según la sentencia recurrida" irán seguidas de las referencias de la sentencia recurrida entre paréntesis.

La relación de los hechos útiles se realiza, en principio, con la conjugación del tiempo verbal del pasado compuesto que debe preferirse al presente indicativo.

Puede aclararse útilmente qué parte ha sido utilizada para demandar al fondo frente al tribunal sustantivo, autor de la decisión impugnada.

En las sentencias de la Sala penal, en su forma actual, en lugar de la fórmula Considerando que, resulta de la sentencia recurrida, la sentencia que confirma y los documentos de [los] procedimientos, se puede redactar de ahora en adelante: "Según la sentencia recurrida," la sentencia que confirma y las pruebas de [los] procedimientos.

En la segunda parte ("Examen de los motivos"), la presentación de los motivos será introducida útilmente por la fórmula: "El Sr. X ... [Compañía Y ...] objeta el juicio de (seguido del verbo en el infinitivo) ... mientras que ... ".

Cuando el motivo es objeto de una cita ("Declaración de los motivos"), su reproducción se realiza entre comillas y sin cursiva.

Cuando la sentencia reserva la misma respuesta para varias ramas de los mismos motivos o medios diferentes, se identifica, como es el caso actualmente, con mayor frecuencia, las ramas consideradas de acuerdo con su propia numeración y no sigue necesariamente el orden adoptado en el memorial de casación.

Con respecto a la declaración de reclamos presentada por los abogados, la Corte los recortará o resumirá tanto como sea necesario. Esta es ya la práctica actual, la más utilizada.

La aprobación de los textos es obligatoria en caso de casación, de conformidad con los requisitos prescritos en el artículo 1020 del código de procedimiento civil ("la sentencia tiene por objeto el estado de derecho en el que se basa la casación").

Tomará la siguiente forma: "Teniendo en cuenta el artículo ...:". El párrafo bajo consideración no recibirá ninguna numeración.

Además, el dispositivo del sistema de decisión por el cual las Salas civiles resuelven los costos irreparables se presenta actualmente mediante la fórmula "Teniendo en cuenta el artículo 700 del código de procedimiento civil, ...". En una lógica similar a esta, se recomienda escribir lo siguiente, a modo de ilustración simple: "Rechaza las

solicitudes hechas en aplicación del artículo 700 del código de procedimiento civil".

La cita del texto es esencial en caso de casación. Es esencial en las únicas decisiones de rechazo con alcance normativo (si significa "falta de base legal", en particular).

La cita del estado de derecho toma, según sea necesario y más adecuado para el caso considerado, la forma:

- una reproducción completa;
- una reproducción por extracto (s);
- una declaración de fondo, en particular cuando es necesario combinar varios textos.

En cualquier caso, es necesario especificar la versión del texto aplicable a la disputa según los términos del artículo 320 del código civil, en su redacción resultante de la ordenanza n ° 2005-759 de 4 de julio de 2005, aplicable.

Se debe preservar el uso de la fórmula "Pero en los motivos ...", que precede a la casación (de un motivo en tales ramas) y sigue al rechazo de los motivos (en tales ramas).

En caso de rechazo no específicamente motivado, es necesario citar el artículo 1014 del código de procedimiento civil de la siguiente manera: en aplicación del artículo 1014, párrafo 2, del código de procedimiento civil.

La fórmula "POR ESTAS RAZONES, y sin que sea necesario pronunciarse sobre [o examinar] ... la Corte", actualmente se usa para indicar que después de uno o más rechazos, la casación interviene por un motivo sin que sea necesario pronunciarse sobre los otros motivos invocados, debe mantenerse en el título del dispositivo.

Como se indicó anteriormente cuando se necesitan desarrollos explicativos a este respecto (y de acuerdo con esta estricta necesidad), se encontrarán en la sección "Alcance y consecuencias de la casación". Además, cuando se toma un recurso principal y un recurso incidente, la Corte desestima uno de ellos y casa el resto, excepto en lo que respecta a un principio de la parte dispositiva de la sentencia recurrida que valida, en este caso se usará la fórmula que a continuación se reproduce como ejemplo:

> "POR TALES MOTIVOS, La Corte:
> Declara no ha lugar a la apelación incidental;
> CASA Y ANULA, pero solo en el sentido de que rechaza las solicitudes realizadas por (el establecimiento público para el desarrollo en Guyana, a cuyos derechos corresponde el establecimiento público de tierras y desarrollo de Guyana), la sentencia dictada el 26 de agosto 2016, entre las partes, por la Corte de Apelaciones de Cayena;
> Envía, en consecuencia, en este punto, el asunto y las partes en el estado en el que se encontraban antes de dicha sentencia y, para hacer justicia, los remite al Tribunal de Apelaciones de Cayena, compuesto de otra manera; "

3.4. Formulas de coordinación y de enlace lógico

En esta etapa del trabajo, el comité se preguntó sobre las frases introductorias del

menor en la segunda parte "Examen de motivos".

Es preferible descartar la fórmula de transición "en la especie" para preferir un desarrollo inmediato (sin transición), directamente relacionado con la sentencia, del tipo: "después de haber encontrado que ... la corte de apelación ... "o" la sentencia señala que ... "o" para revocar la sentencia en que ... la sentencia sostiene que ... "o" condenar al asegurador ... a ... la sentencia sostiene que ... ".

CONCLUSIONES

La motivación detallada de las decisiones de la Corte de Casación francesa que así lo requieran deberá permitir un acceso más preciso. Este tipo de motivación lleva una dimensión explicativa y educativa, por un lado, permitirá que todos entiendan mejor la decisión al destacar aún más el progreso del razonamiento que condujo a la solución elegida; y ,por otro lado, será una decisión más persuasiva que conducirá a las partes a una mejor aceptación de la decisión.

Tomar una decisión más fácilmente inteligible también significa colocarse desde el punto de vista de su lector. La motivación en forma

desarrollada es una promesa de seguridad jurídica porque la legibilidad de la decisión contribuye en gran medida a la previsibilidad de la ley.

Es importante destacar que una jurisprudencia compuesta por decisiones más explícitas, con una trazabilidad más clara, contribuirá, en particular al facilitar la traducción, a la difusión de la legislación francesa en el ámbito jurídico internacional. Una sentencia puede considerarse bien motivada tan pronto como su mera lectura sea suficiente para que cualquier abogado o jurista pueda entender su significado y alcance.

La reflexión de los magistrados franceses sobre la motivación de sus decisiones ha sido común y transversal a todas las jurisdicciones. La motivación desarrollada no equivale a alargar el desarrollo del juicio en proporciones imponentes. Cuanto más frecuentes sean las decisiones cuya redacción incluirá una motivación en forma desarrollada, más fácil será la trazabilidad de la jurisprudencia. Esta legibilidad mejorada, a su vez, ayudará a reforzar la coherencia de los desarrollos en la jurisprudencia. En otras palabras, al participar resueltamente en una renovación de la motivación de sus sentencias, la Corte de Casación formará parte de un círculo virtuoso.

En cuanto al contenido de la motivación desarrollada podemos decir que se trata de explicar cuál ha sido el método de interpretación adoptado por la Corte de Casación de los textos legales pertinentes y mencionar las soluciones alternativas que no se aplicaron cuando las mismas hayan sido discutidas durante la deliberación, destacando las razones por las cuales fueron rechazadas.

Cuando sea necesario y particularmente para el caso de un cambio jurisprudencial, deberán citarse los precedentes para dar seguimiento a la sentencia dentro de la jurisprudencia de la Corte. Se deberán destacar los estudios de impacto cuando existan y hayan cumplido un papel importante en la selección de la solución elegida.

En caso de Casación parcial con remisión del caso al tribunal que conoció el fondo del asunto, proporcionar en la motivación de la sentencia todos los detalles útiles sobre lo que quede por juzgar.

La motivación en forma desarrollada no está destinada a aplicarse a todas las decisiones, sino a enriquecer aquellas que la justifican más particularmente, como por ejemplo la sentencia sobre el perjuicio de la ansiedad causado por el amianto (Cas. en pleno, 5 de abril de 2019,

n° 18-17442), según la cual la Corte en pleno opera una reversión de la jurisprudencia al reconocer la posibilidad de que un trabajador que justifique una exposición al amianto pueda demandar al patrón con base el derecho común que rige la seguridad aun cuando no hubiera trabajado en uno de los establecimientos protegidos por la Ley[21].

Por lo que la motivación desarrollada se refiere principalmente a sentencias que:

- operan una reversión o cambio de la jurisprudencia;
- deciden una cuestión de principio o tener un marcado interés en el desarrollo de la ley;
- proceden a la interpretación de un nuevo texto;
- son de interés para la unidad de la jurisprudencia
- implican la garantía de un derecho fundamental
- deciden sobre una solicitud de resolución preliminar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o una solicitud de opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como vimos en el punto 6 de este trabajo, a de finales de 2018, ya se venía adoptando el cambio en la forma de redacción de las sentencias, cualquiera de ellas, ya sea que incluyera o no una explicación en forma desarrollada, debía tener tres partes claramente identificadas:

1. Hechos y procedimiento;
2. Examen de los motivos de casación (crítica de la decisión impugnada);
3. Dispositivo del juicio (lo que se decida).

La oración única, presentada a través de "considerandos", ha sido abandonada a favor de la escritura en estilo directo, acompañada de la numeración de párrafos con títulos de varios niveles.

La Corte de Casación, cuyas misiones han permanecido idénticas desde su creación, busca adaptar sus métodos de trabajo a las realida-

[21] Olivia Dufour, *Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de Cassation Gazette du Palais, Actualités professionnelles 9 avril 2019 [en ligne] consulté le 18/11/2020, disponible sur https://www.gazette-du-palais.fr*

des legales, económicas y sociales de su tiempo. Hoy, debe responder al tecnicismo creciente de la ley, la complejidad de las apelaciones y su volumen. El alto tribunal hexagonal no aplica únicamente el derecho francés, sino que también debe aplicar el derecho europeo, lo que implica realizar controles de convencionalidad que no encajaban bien con el silogismo simplificado característico de los motivos de sus sentencias[22]. Por ello también era necesaria esta reforma.

Una guía[23] ha sido elaborada por un comité de redacción perteneciente a las seis Salas de la Corte de Casación, y diferentes representantes del medio jurisdiccional. Todo ese trabajo se llevó a cabo de manera colegiada. En varias etapas de su preparación, en particular cerca de su finalización, la guía fue sometida a discusión y a la opinión de todos los decanos de las Salas y de las secciones. Los presidentes de las Salas, que siguieron de cerca los diversos acontecimientos, fueron llamados en esta última secuencia para decidir los puntos que les parecían más importantes.

Es probable que estas selecciones y orientaciones comprometan a la Corte a la realización de una armonización fuerte y duradera de las prácticas de las Salas, pero también necesariamente tienen vocación a continuar adaptándose a los cambios en el futuro.

Para lograr una mejor administración de justicia y garantizar una mayor seguridad jurídica en beneficio de todos los litigantes, el Tribunal de Casación propone el establecimiento de un sistema de selección de recursos lo más objetivo e igualitario posible, un mecanismo de filtro.

Este mecanismo fue cuestionado porque se temía que la Corte de casación pudiera perder el control in concreto sobre el respeto de los derechos fundamentales que después de la sentencia Jacques Vabre del 24 de mayo de 1975[24] venía ejerciendo, ya que únicamente se censurarían las violaciones graves, a sabiendas que la Corte debe controlar todas las

---

[22] Véase Dufour Olivia, *Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de Cassation Gazette du Palais, Actualités professionnelles 9 avril 2019 [en ligne] consulté le 18/11/2020, disponible sur https://www.gazette-du-palais.fr*

[23] Varias veces citada https://www.courdecassation.fr/IMG///GUIDE%20NLLES%20REGLES%20STRUCT%20REDACT%20ARRETS%20V%20ANO%2026%20JUIN%202019.pdf

[24] *Cass.ch.mixte, 24mai1975, n°73-135* https://www.legifrance.gouv.fr

violaciones de los derechos fundamentales, sin distinción en cuanto a su importancia[25].

La implantación del filtro en la Corte de Casación, concomitantemente con la adaptación del modo de control, constituye una respuesta a la preocupación de conceder la debida importancia de garantizar el respeto de los derechos fundamentales. También tiene como objetivo establecer una prioridad real en la tramitación y el examen de los recursos.

De hecho, entre los muchísimos recursos que se presentan ante la Corte en materia civil cada año, las tres cuartas partes están condenadas al fracaso, porque no presentan una verdadera motivación de casación, ya que el litigante con mucha frecuencia intenta obtener de una tercera instancia lo que no pudo obtener del primer juez y del juez de apelación. En efecto, el uso distorsionado de la apelación aparece así, en tales casos, como un intento de escapar al curso normal de la justicia. Es por ello que, lejos de cuestionar el derecho a la igualdad de acceso de todos al juez de casación, el filtro aparece más bien como el proceso necesario para establecer una verdadera igualdad entre quienes litigan ante la Corte de Casación, garantizando a todos aquellos cuya causa sea grave un trato idéntico, excluyendo así los recursos basados en motivos infundados, cuyo rechazo es inevitable, y que pretenden desviar a la Corte de Casación del cumplimiento de su misión natural[26].

También, debemos considerar los métodos según los cuales podemos acceder a servicios para el uso de datos de jurisprudencia por inteligencia artificial y cómo los usará el juez en su decisión. ¿Qué se aprende del uso de estas nuevas herramientas? ¿Qué verifica la confiabilidad de los algoritmos? ¿Qué sumisión al debate contencioso? ¿Qué indicaciones en la motivación? Todas estas preguntas deben resolverse de manera clara y transparente, ya sea por reglas de procedimiento o por instrumentos metodológicos.

---

[25] Véase Boré Louis, *Note Questions sur le projet de filtrage des pouvoirs, gazette spécialisée Dossier Procédure Civile Débats autour du projet de réforme de la Cour de Cassation sous la direction de Soraya Amrani-Mekki page 87 Gazette du Palais Mardi 15 mai 2018 N° 17[en ligne] consulté le 18/11/2020, disponible sur* https://www.gazette-du-palais.fr

[26] Bertrand Louvel, *La réforme du traitement des pourvois* https://www.courdecassation.fr

Los datos abiertos de las decisiones judiciales son un proyecto prioritario para la Corte de Casación, quien es responsable de ello (COJ, art. L. 111-13)[27]. La cuestión de la implementación es primordial: el anonimato, la despersonalización o el seudónimo en las decisiones se hace necesario porque la condición esencial para la apertura de la jurisprudencia es garantizar la protección de la privacidad, un tema complejo y sensible.

La Corte de casación había comenzado a dictar varias sentencias acompañadas de un razonamiento enriquecido y de una motivación desarrollada, antes de la entrada en vigencia de la reforma del 1 de octubre de 2019, y desde esa fecha, es una imposición legal.

En cuanto a los abogados en su ejercicio profesional la reforma tiene una incidencia fundamental. Esto lo podemos constatar en el último informe entregado en el mes de junio de 2020 publicado por la Corte de Casación en su sitio web sobre el control de la convencionalidad. Este informe, de unas cuarenta páginas, es fruto de las reflexiones de un grupo de trabajo liderado por la presidenta de la primera sala civil del Tribunal de Casación, Anne-Marie Batut, a petición de la Primera presidenta de la Corte de casación, Chantal Arens[28].

En su informe, el grupo de trabajo observa que las hipótesis de impugnación de la legislación nacional en materia de derechos fundamentales se multiplican en los más diversos campos y recuerda que el rol que debe cumplir el juez nacional en materia de control de convencionalidad. Se precisa que el control de la convencionalidad puede tomar dos formas: el control de la convencionalidad del propio estado de derecho -el juez verifica la conformidad de las normas jurídicas internas con los tratados internacionales- y el control de la convencionalidad de la aplicación de la norma de derecho - lo que implica control in concreto.

Para que este control se pueda ejercer plenamente en todas sus dimensiones, el grupo de trabajo hace varias recomendaciones. A los abogados les recomienda:

---

[27] *Code de l'organisation judicaire article L, 111-13* https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000038311162&cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20190325

[28] *Rapport 2020 Groupe de travail sur le contrôle de conventionalité, [en ligne] consulté le 19/11/2020, disponible sur https://www.courdecassation.fr*

- Proporcionar razones detalladas de los argumentos de motivos de no convencionalidad invocados;
- Cuando el motivo no se haya planteado ante los jueces de primera instancia, incluso en el fondo, explique cómo puede considerarse de puro derecho.

Se recomienda a los tribunales de apelación:

- Desarrollar acciones conjuntas entre la Corte de Casación y los tribunales sustantivos para profundizar la reflexión sobre el control de la convencionalidad;
- Permitir un mejor conocimiento de la jurisprudencia de la Corte asegurando una amplia y eficiente difusión de las herramientas metodológicas (Mementos);
- El magistrado de apelación, al considerar los recursos, debe recordar que el fundamento de invocar la contradicción de un texto con una norma convencional (control in abstracto) es de puro derecho y justifica el ejercicio de un "control pesado";

Finalmente, a los propios magistrados de la Corte de Casación se les ha recomendado:

- Motivar especialmente los casos en los que no se pueda ejercer un control de convencionalidad in concreto;
- Definir en cada disputa la metodología de control mediante el desarrollo de patrones y paradas "piloto" con mayor motivación;
- Desarrollar una reflexión común sobre las condiciones de ejercicio del control de convencionalidad y los criterios de distinción de los controles "pesados" y "ligeros". Con este fin, se busca establecer una discusión entre salas sobre las controversias transversales.

Manteniendo el silogismo jurídico, el nuevo método de redacción permite a los juristas comprender plenamente las diferentes etapas del razonamiento de la Corte de Casación. Esta última hace cada vez más inteligibles sus decisiones, lo que refuerza su misión, que es proporcionar una interpretación uniforme de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

ARENS Chantal, La Semana Jurídica, edición general N° 13 *«La Semaine Juridique,* ***édition*** *générale, N° 13", 30/03/2020"* disponible en el sitio web de la Corte de Casación francesa https://www.courdecassation.fr/IMG///JCP300320.pdf

BATUT Anne-Marie, Informe 2020 grupo de trabajo sobre el control de la convencionalidad [en línea] consulta el 19/11/2020 *Rapport 2020 Groupe de travail sur le contrôle de conventionalité,* disponible en:

https://www.courdecassation.fr/IMG/Rapport%20du%20groupe%20de%20travail%20sur%20le%20contrôle%20de%20conventionnalité.pdf consultado en fecha 19/11/2020.

BORÉ, Louis, Nota cuestiones sobre el proyecto de filtro de los recursos, «Note Questions sur le projet de filtrage des pouvoirs**»,** *Gazette spécialisée Dossier Procédure Civile Débats autour du projet de réforme de la Cour de Cassation sous la direction de Soraya Amrani-Mekki page 87 Gazette du Palais Mardi 15 mai 2018 N° 17* en: https://www.gazette-du-palais.fr consultado en fecha 18/11/2020.

DUFOUR, Olivia, Rejuvenecimiento en la redacción de las sentencias de la Corte de Casación "Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de Cassation Gazette du Palais, Actualités professionnelles" 9 abril 2019 disponible en: https://www.gazette-du-palais.fr consultado en fecha 10/11/2020.

LATINA, Mathias, El nuevo método de redacción de las sentencias de casación. **«La** *nouvelle méthode de rédaction des arrêts de cassation, Actualité Le billet 9 septembre 2019 dalloz-actu-étudiant.fr»,* disponible en: https://actu.dalloz-etudiant.fr consultado en fecha 18/11/2020.

LÉCUYER, Hervé, Algunas observaciones sobre la motivación de las sentencias de la Corte de Casación **«***Quelques observations sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation* **étude** *par* Gazette du Palais 9 juin 2020 140° année **N° 21** pages 11-15».

LOUVER, Bertrand, Primer presidente de la Corte de Casación La reforma del tratamiento de los recursos «Premier président de la Cour de Cassation La reforme du traitement des pourvois» disponible en: https://www.courdecassation.fr/IMG/La%20réforme%20du%20traitement%20des%20pourvois.pdf

Informe de la Comisión de reflexión sobre la reforma de la Corte de Casación Abril 2017, disponible en: https://www.courdecassation.fr/IMG/Rapport%20sur%20la%20réforme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf

Guía de las nuevas reglas relativas a la estructura y a la redacción de las sentencias 5 de junio de 2019 *"Guide des Nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts (mercredi 05/06/2019)* disponible en: https://www.courdecassation.fr/IMG///GUIDE%20NLLES%20REGLES%20STRUCT%20REDACT%20ARRETS%20V%20ANO%2026%20JUIN%202019.pdf

La manera de redactar las sentencias de casación cambia. Informe de prensa. *"Le mode de rédaction des arrêts de cassation change. Dossier de presse"* disponible en https://www.courdecassation.fr/IMG///mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf

Memento del Control de la convencionalidad frente a la convención de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales Comisión de implementación de la Reforma de casación; *"Memento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales" Commission de mise en oeuvre de la réforme de cassation"* disponible en: https://www.courdecassation.fr/IMG///MEMENTO%20CDP%20CONSOLIDE.pdf

Nota relativa a la estructura de las sentencias y a su motivación en forma desarrollada. *"Note relative a la structure des Arrêts et Avis et à leur motivation en forme développée. Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de Cassation".* Disponible en: https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf

En París, el 4 de diciembre de 2020.

IESUS NAZARENUS: IBIS AD CRUCEM VISIÓN ROMANISTA DEL PROCESO Y CONDENA DE NUESTRO SEÑOR EN LA FORJA DEL MESIANISMO CRISTIANO.

DR. TULIO ALBERTO ÁLVAREZ.*

SUMARIO

1. A manera de introducción. 2. La Tipología de los delitos contra el estado en el sistema quiritario. 3. Ámbito de la jurisdicción de Poncio Pilatos. 4. El problema de coexistencia jurisdiccional y la posibilidad de dos procesos. 5. El intolerable delito de Jesús de Nazaret. 5.1. Un mesianismo distinto, La predica del Reino de Dios. 5.2. Lo que refleja el proceso. 6. Conclusiones. 7. Lista de Referencias.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Profesor Titular de Derecho Procesal y Derecho Constitucional desde 1983. Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional y Profesor Titular de Derecho Procesal y Romano en la UCV desde 1985. Profesor en los doctorados de Ciencias Sociales, Historia y Derecho; además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología y de la Maestría en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho. Regentó la jefatura de cátedra de Derecho Romano.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Resulta sorprendente que los acontecimientos vinculados al proceso y ejecución de Jesús de Nazaret, los que indubitablemente alteraron la concepción del mundo y el destino de la humanidad, no encuentren mayores referencias que unas vagas alusiones como las que trae Tácito,[1] en cuanto a que "el autor de este nombre, Cristo, fue mandado ejecutar por el procurador Poncio Pilato durante el imperio de Tiberio".[2] También la afirmación de Tertuliano que destaca la convicción de Pilatos sobre la inocencia de Jesús; y por ello abogó por su liberación aunque no se empeñase en su creencia con una decisión justa [*Pilatus, et ipse pro sua conscientia christianus*].[3]

Lo que se ha asumido como cierto es que Pilatos dictó sentencia y pasó a la historia con una decisión aberrante (Lc 23, 24). Los

---

1 ***Annales***, XV, 44.

2 En efecto, lo relevante para Tácito (***P. Corneli Taciti Annalivm Liber Qvintvs Decimvs***) no es el proceso en sí mismo sino la relación entre los seguidores del Cristo y el incendio de Roma en los tiempos de Nerón: "*Sed non ope humana, non largitionibus principis aut deum placamentis decedebat infamia, quin iussum incendium crederetur. ergo abolendo rumori Nero subdidit reos et quaesitissimis poenis adfecit, quos per flagitia invisos vulgus Chrestianos appellabat. auctor nominis eius Christus Tibero imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio adfectus erat; repressaque in praesens exitiablilis superstitio rursum erumpebat, non modo per Iudaeam, originem eius mali, sed per urbem etiam, quo cuncta undique atrocia aut pudenda confluunt celebranturque. igitur primum correpti qui fatebantur, deinde indicio eorum multitudo ingens haud proinde in crimine incendii quam odio humani generis convicti sunt*". Disponible en http://www.thelatinlibrary.com/tacitus/tac.ann15.shtml, en consulta del 14 de diciembre de 2020.

3 Así Tertuliano describe: "*Ea omnia super Christo Pilatus, et ipse iam pro sua conscientia Christianus, Caesari tunc Tiberio nuntiavit sed et Caesares credidissent super Christo, si aut Caesares non essent necessarii saeculo, aut si et Christiani potuissent esse Caesares*". Tertulliani, ***Apologeticum*,** 24. En la web: The Tertullian Project. Text edited by Carl Becker. Scanned by Ulrich Harsch. Compared against CETEDOC 23/3/6. Consulta realizada el 15 de julio de 2009. http://www.tertullian.org/latin/apologeticum_becker.htm.

evangelistas no relatan o trasladan textualmente el contenido de la misma; y esto es justificado que sea así porque, en mi opinión, una sentencia como tal no existe. El término *Epikrinein* puede interpretarse como la sustancia del acto volitivo decisor o la forma que lo podría contener. No obstante, el testimonio de los autores latinos de la época afirma que la fórmula utilizada fue *Ibis in crucem*, la cual traduce la condena "irás a la cruz".[4] Entonces me permito iniciar poniendo en duda la realidad del juicio mismo, desde la perspectiva quiritaria del procedimiento penal ordinario; menos aun aparecerá una verdadera sentencia, como consecuencia formal del mismo.

Según los judíos, el Cristo debía morir porque se decía "hijo de Dios" (Juan 19, 7) aunque tal acusación no constituía delito conforme al derecho penal romano, en ese momento histórico. Tan es así que de acuerdo a la forma procedimental el cargo contra el crucificado debía estar inscrito en la cruz y la referencia evangélica es que aparece "*iesus nazarenus rex judeorum*".[5] Pero hay algo más, la regla básica del derecho romano es la de constituirse en fuero privilegiado del ciudadano. Era un derecho para los romanos, un estatuto personal. Entonces, ¿cómo puede concebirse un proceso ordinario, en forma, contra un bárbaro? Aquí manifiesto la indubitable afirmación sobre la visión quiritaria en la que no existía objeción al respeto del derecho autóctono que se seguía aplicando en los pueblos ocupados.

---

[4] El tormento en la cruz es un tema presente en la literatura latina del primer siglo de nuestra era. Manilius, Petronius, Lucan, Séneca, Juvenal y Martial son algunos de los citados en el trabajo de Ilaria Ramelli, ***Alcune osservazioni sulle occorenze di Crux in Manilio, Séneca, Giovenale, Marziale***, en ***Espacio, Tiempo y Forma***, Serie II, Historia Antigua, t. 12, 1999, págs. 241-252. Según Petronio (**Saturae**, 137): "*itaque ne te putes nihil egisse, si magistratus hoc scierint, ibis in crucem*".

[5] Según Jn 19, 19-22: «*Pilato redactó una inscripción que decía: "Jesús el Nazareno, rey de los judíos", y la hizo poner sobre la cruz. Muchos judíos leyeron esta inscripción, porque el lugar donde Jesús fue crucificado quedaba cerca de la ciudad y la inscripción estaba en hebreo, latín y griego. Los sumos sacerdotes de los judíos dijeron a Pilato: "No escribas: 'El rey de los judíos', sino: 'Este ha dicho: Yo soy el rey de los judíos'. Pilato respondió: "Lo escrito, escrito está"*». La proclama de la cruz sería en griego «*jesus nazoraius basileus judacionus*»; y, en arameo, «*joshua nazri malak jehudim*». También en Mt 27, 37: «*Colocaron sobre su cabeza una inscripción con el motivo de su condena: "Este es Jesús, el rey de los judíos"*»; y en Mc 23, 36-38: «*También los soldados se burlaban de él y, acercándose para ofrecerle vinagre, le decían: "Si eres el rey de los judíos, ¡sálvate a ti mismo!". Sobre su cabeza había una inscripción: "Este es el rey de los judíos"*».

Tradicionalmente se presentan diversas hipótesis a la cuestión del proceso: a) Existiendo juicio por parte del Sanedrín, la decisión de Pilatos fue un exequatur o confirmación de la decisión del Sanedrín, dada la naturaleza de la pena. Se trataría así de una medida administrativa consistente en la autorización para proceder a la ejecución de la sentencia dictada por jurisdicción distinta a la romana; o b) Efectivamente, se produjo un juicio autónomo de la autoridad romana, al margen de las autoridades judías. Yo me atrevo a afirmar que la Sentencia de Pilatos no es tal y el proceso que se le siguió a Jesús no puede considerarse un juicio ordinario penal desde la perspectiva romana.

El esfuerzo estará en orden a escarbar en el pasado para tratar de determinar cuáles eran las leyes y procedimientos aplicables a una conducta descrita en fuentes teológicas, como el testimonio evangélico, más dirigido a establecer el mesianismo de Jesús que a aclararnos cuestiones tan formales. Sin embargo, no puede aislarse la connotación del análisis del proceso de Jesús en cuanto a su valor presente desde la perspectiva moral de las bienaventuranzas y la plenitud del valor Justicia en el advenimiento del Reino de Dios. Un mensaje al mundo que se lanza en el siglo I y se proyecta en nuestro tiempo, pleno de iniquidades.

Pretendo presentar el evento histórico con base a las fuentes romanas, consultadas directamente. La referencia evangélica será un apoyo en la fijación de los hechos y, en su conjunto, quizás pueda realizar un aporte sobre el significado de muerte tan horrenda en la definición del mesianismo cristiano que ha impactado la historia de la humanidad.

2. LA TIPOLOGÍA DE LOS DELITOS CONTRA EL ESTADO EN EL SISTEMA QUIRITARIO

En Roma, gran parte de los delitos contra el Imperio se identificaban con los delitos religiosos. Esta anomalía se explica porque el emperador tenía el doble carácter de líder político y Sumo Pontífice del culto. Además, la *romanitas*, cualidad que calificaba al romano en su forma de vida y conducta, sustancia de la ciudadanía, estaba fuertemente vinculada a la participación en el culto de la ciudad. Precisamente, por estas razones, los procesos y la comisión de delito presuponía el status de ciudadanía.

A pesar de que el germen de regulación de las conductas atentatorias contra el Estado comienza en la fase previa al Principado, la tipificación de los crímenes de Lesa Majestad aseguraba la protección del emperador y la familia imperial; posteriormente, la específica definición del delito de *Perduellio*, garantizaba a su vez conductas que reflejaran la lealtad al imperio. La idea de la divinidad de la que estaba investido el Emperador ganaba terreno conforme se acentuaba la debilidad de las instituciones políticas romanas; lo cual no es de extrañar, las sociedades en su decadencia tienden generalmente al caudillismo y al fanatismo religioso.

Esa es la razón de cierta confusión que obliga a verificar el aspecto sustantivo relacionado con la tipificación de delitos. En el presente análisis se trataría de la definición de crimen de lesa majestad [*crimen laesae majestatis*], regulado por la ***Lex Julia de Majestate;***[6] considerado por Ulpiano, en la interpretación más amplia que puede encontrarse, como el delito cometido contra el pueblo o su seguridad,[7] también como sedición o tumulto incitando al pueblo. Se abre así una primera conceptualización del delito político [*Majestas*], próximo al sacrilegio, imputable con un castigo variable según la clase social a la que pertenecía el reo[8] aunque eran las más terribles: cruz, bestias o exilio en isla.[9]

Repito, del análisis de la enumeración casuística que trae el Digesto, la conclusión lógica es que todos los supuestos de hecho implican la ciudadanía romana. Ante tal razón, en principio, el Cristo no podía ser considerado reo del mismo; mucho menos, ser sujeto procesal. Y la

---

6 Esta Ley es recogida en el ***Digesto*** XLVIII, título IV, con la denominación ***Ad Legem Iuliam Majestatis***. En adelante, cualquier cita vinculada al derecho quiritario en sus fuentes directas se iniciará con la referencia al autor y su obra; además, tendrá como base el ***Digesto*** "D" o ***Codex*** "C" como partes del ***Corpus Iuris Civilis*** de Iustiniano. En cuanto a estos dos textos, el primer número refiere al libro que lo contiene y los números subsiguientes al título, capítulo y subcapítulos correspondientes. De manera que en este caso concreto me refiero a la materia recogida en el Libro XLVIII, Título IV del Digesto: "*Maistatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanorum".*

7 ***Digestae*** 48, 4.1; 4.4.

8 ***Digestae*** 48, 19.38.2.

9 Como dato de valor histórico, Constantino elimina el suplicio en la cruz, en cualquier supuesto, ya que siglos antes había quedado proscrito para los quirites como se verá infra. Para revisar el tema de las penas en función del juicio a Jesús resulta interesante consultar a Jean Imbert, ***El Proceso de Jesús***.

tipificación que selecciona el ***Corpus Iuris Civilis*** responde a un esfuerzo de enumeración de situaciones fácticas, propia de la recepción del derecho romano preclásico y la continuidad costumbrista de aquel en esquemas de mayor generalidad y abstracción, en las que aparece como reo y sujeto pasivo de vindicta:

i. Quien por obra y dolo malo entrega rehenes sin orden del príncipe.[10]
ii. Quien forma designio para que haya en Roma hombres armados y estos se reúnan contra el Estado; u ocupen lugares o templos; o se produzcan juntas o reuniones; o se convoquen para una sedición.
iii. Quien por obra y dolo malo planifica o ejecuta el magnicidio de un magistrado romano o de un sujeto con *imperium* o potestad.[11]
iv. Quien haga armas contra el Estado.
v. Quien conspire con el enemigo.
vi. Quien solicita o concita a los militares para que hagan sedición o tumulto contra el Estado.

Aparte de tales referencias, se agregan otras del mismo Ulpiano:[12]

vii. El funcionario que no abandona la provincia cuando se le hubiese dado sucesor.
vii. El desertor del Ejército.
ix. El ciudadano particular que se pasa al enemigo.[13]
x. Quien con conocimiento escribió o leyó una falsedad en escritura pública.

---

[10] La referencia al término obra y dolo malo toma en consideración la intencionalidad de causar el daño y no, simplemente, los casos en que exista negligencia, impericia o actuación culposa de acuerdo a los parámetros tradicionales del derecho de las obligaciones.

[11] Aquí se diferencia expresamente, añadiendo la figura sujetos con potestad, para comprender a los que ejercen el mando militar y a aquellos no inscritos expresamente en el *cursus honorum*. Además, hay que señalar la especificidad del Tribuno y su carácter sagrado por lo que, ante una agresión o muerte, cualquier ciudadano estaba habilitado para ejercer la vindicta contra el agresor, en cualquier tiempo y lugar.

[12] Ulpiano: ***Disputas***, Libro VIII. Referencia en ***Digesto*** XLVIII, IV, 2.

[13] La referencia al ciudadano particular es para excluir a los militares con fuero especial en campaña y sujetos a la normativa militar correspondiente.

Surge claramente la indefinición del tipo penal y su carácter casuístico, lo que en la actualidad quebrantaría los principios básicos del derecho criminal. Así encontré diversas enumeraciones como la de Marciano:

xi. Quien hubiere concitado al enemigo; y, adicionalmente, refiere que de acuerdo con la Ley de las XII Tablas merecía la condena de muerte.
xii. Quien huya del campo de batalla, abandona una fortaleza o entrega un campamento.
xiii. Quien haga la guerra o leva, reuniendo ejércitos sin orden del Príncipe.
xiv. Quien no entrega la provincia o el ejército, al ser sustituido.
xv. El desertor del Imperio o del Ejército.
xvi. Quien suplanta una magistratura con conocimiento y dolo malo.[14]

Scévola también desarrolla el punto y define la culpabilidad por un delito de lesa majestad en:

xvii. Quien se compromete a hacer algo contra la República con dolo malo.
xviii. Quien lleva al ejército a una emboscada.
xix. Quien se pasó a filas enemigas o evitó que el enemigo cayera en poder del pueblo romano.
xx. Quien auxilie al enemigo con provisiones, armas, dardos, caballos, dinero u otra cosa.
xxi. Quien conspira para que los amigos de Roma se conviertan en enemigos o impide que el Rey enemigo preste obediencia.
xxii. Quien da rehenes al enemigo.
xxiii. Quien permite la huida del reo que confesó en juicio.
xxiv. Quien dañe la estatua de un emperador.[15]

En este último punto, aparece la confirmación de Venuleyo Saturnino al indicar como reo en los juicios públicos a quien dañe estatuas

[14] Marciano: ***Instituta***, Libros XIV. Referido en ***Digesto*** XLVIII, IV, 3.
[15] Scévola, ***Regularum***, Libro IV; con referencia en ***Digesto*** XLVIII, IV, 4.

o imágenes del Emperador ya consagradas.[16] Por otra parte, Ulpia[17] no trae como una importante consecuencia de la materialización del delito de Lesa Majestad la muerte y la reivindicación de la herencia para el Fisco, para aquel reo de actitud hostil contra la República y el Príncipe. La previsión especial de la Ley Julia extingue el delito por muerte del imputado [*morte crimine liberatur*], recogiendo un principio básico del proceso criminal: la muerte del reo *sub judice* extingue la acción penal. Esto explica que los romanos poderosos señalados por la comisión de crímenes de *lesa majestad* prefirieran cometer suicidio, preservando así el patrimonio familiar

3. ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DE PONCIO PILATOS

Fijémonos que en los tiempos cercanos al nacimiento del Mesías la provincia romana de Siria ya incluía a Judea. Lo refiere Flavio Josefo al relatar la llegada de Quirino "para administrar Justicia en esta provincia y hacer el censo de los bienes. Lo acompañaba Coponio, de la orden ecuestre, para que quedara al frente de los judíos con plenos poderes. Quirino pasó a Judea, que había sido anexada a Siria, para llevar a cabo el censo de los bienes y liquidar los de Arquelao".[18] Coincide el relato con las posteriores características reseñadas por los evangelistas sobre la condición de Poncio Pilatos, integrante de la clase de los *equites* y su carácter de procurador romano.

Como indica Andrew Lintott el concepto de provincia implicaba la separación de las magistraturas romanas en espacio territorial signado como teatro de guerra, lo que implicaba que su administración estaba vinculado al concepto de conquista;[19] inclusive, el término "provincia" que se asocia a *pro vincere* se presenta como reflejo de esa situación, en su origen. Este último aspecto, así como la evidente *rei publicae causa* que ordena la consolidación de la paz en los territorios ocupados como

[16] Venuleyo Saturnino, ***Iudiciorum Publicorum***, Libro II; con referencia en ***Digesto*** XLVIII, IV, 6.

[17] ***Disputas***, Libro VIII.

[18] Flavio Josefo, ***Antigüedades de los Judíos***, tomo III, p. 225.

[19] Andrew Lintott, ***The Constitution of the Roman Republic***, p. 101.

estrategia de defensa escalonada, será de especial importancia para comprender la decisión de Pilatos sobre el destino de Jesús de Nazaret.

En oportunidad anterior destacaba el problema jurisdiccional aplicado a la facultad de actuar en ejercicio del *imperium.*[20] Y lo afirmé partiendo de la cita de Ulpiano, como máxima autoridad en el tema, al diferenciar entre *merum imperium* y *mixtum imperium* colocando la nota diferenciadora en la detentación de la "Potestad de la Espada" o *Ius Gladii*, en el primero de los conceptos. Precisamente, ese poder coactivo, atrayente, confiere una fuerza en derecho que se manifiesta no solo en la creación normativa sino en la imposición de las propias decisiones por parte del magistrado. Pilatos detentaba ese poder y coerción como gobernador de la provincia y titular del comando militar en la misma. No había autoridad judía que pudiera sobreponerse a esa potestad.

De manera que el *imperium* no puede desligarse de la conceptualización de las magistraturas como sustrato de lo público y reflejo del interés general.[21] Proculo definía que aquellos que presidían las

[20] Tulio Alberto Álvarez**,** en ***La Noción Quiritaria de Imperium y la Reflexión Teológica en el Surgimiento del Constitucionalismo***.

[21] Esto explica que toda mención al *Ius Gladi**i***, adaptadas al contexto del derecho de última generación contenido en el Digesto, se encuentren referidas al Consulado como máxima magistratura política en la República, también absorta en el Imperio desde el momento en que Augusto la asume en forma vitalicia. El punto se confirma en el ámbito de la administración de las provincias ya que Papiniano refiere que algunas veces el procónsul puede delegar la jurisdicción en un *legatus* aun cuando no hubiere llegado a la provincia que le correspondía; Papinianus, ***libro primo quaestionum***, D.1.16.5: "*Aliquando mandare iurisdictionem proconsul potest, etsi nondum in provinciam pervenerit*". Ulpiano refiere que los procónsules tenían por costumbre atribuir al *legatus* el conocimiento de algunas causas criminales pero lo singular está en la advertencia del carácter intransferible del *ius gladii* o de cualquier potestad que implique coerción, o la posibilidad de liberar a los reos, cuando no tiene la potestad primigenia de conocer la causa; Ulpianus**,** ***libro primo de officio proconsulis***, D.1.16.6.pr: "*Solent etiam custodiarum cognitionem mandare legatis, scilicetut praeauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipse liberet. Sed hoc genus mandati extraordinariumest: nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre, necliberandi igitur reos ius, cum accusari apud eum non possint*". Por ejemplo, el mismo Ulpiano advierte que aquellos que rigen las provincias tienen el *ius gladii* y, en consecuencia, tienen la potestad a condenar al trabajo forzado en las minas; Ulpianus**,** ***libro primo opinionum***, 1.18.6.8: "*Qui universas provincias regunt,ius gladii habent et in metallum dandi potestas eis permissa est*". De la misma forma, la mención al ejercicio de la Juridicción en Roma está referida a los cónsules, pretores y ediles tal como señala Pomponio: "*Ergo hisomnibus decem tribuni plebis, consules duo, decem et octo praetores, sex aediles in civitate iura reddebant*", Pomponius**,** ***libro singulari enchiridia***, D.1.2.2.34.

provincias bajo la condición de procónsul o legados del César, así como los regentes de acuerdo con el tipo de provincia, ejercían todas las magistraturas que reflejaban ese *imperium*; lo que incluía, por supuesto, al Procurador de Judea en tiempos de nuestro Señor.[22] En el mismo sentido, Hermogeniano afirmó que quien presidía las provincias, caso de Pilatos en Judea, tenía el conocimiento de todas las causas que hubieren correspondido, en Roma, a los prefectos de la urbe y el pretorio; e, igualmente, a otros magistrados como el pretor.[23]

Ahora bien, en el tiempo de la vida pública de Jesús de Nazaret, el *imperium* solo existe en cabeza del Emperador quien lo delega en las provincias en magistrados y legatarios que actúan según su mandato.[24] Esto implica la ruptura de la línea de racionalidad republicana, propia de la definición implícita en un *cursus honorum* con diferenciación funcional, colegiatura, el carácter electivo de la magistratura y el mandato limitado temporalmente. El proceso de eliminación de este esquema institucional republicano, lo que derivaría en concentración de poderes, comenzó cuando Octavio se convirtió en el magistrado de magistrados, el *magister populi Romani* que, en su carácter de *curator rei publicae***,** transforma la burocracia romana en una organización más eficiente, pero al servicio de su patrimonio particular [*Fiscus*] diferenciado del tesoro de la *res publica* [*aerarium*].[25]

---

[22] Proculus**, *libro quarto epistularum***, D.1.18.12.: "*Sed licet is, qui provinciae praeest, omnium Romaemagistratuum vice et officio fungi debeat, non tamen spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieridebeat*".

[23] Hermogenianus**, *libro secundo iuris epitomarum***, D.1.18.10: "*Ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi vel praefectus praetorio itemque consules et praetores ceterique Romae cognoscunt, correctorum et praesidum provinciarum est notio*". En el tomo I de mis Comentarios a las Institutas de Justiniano defino las facultades de estos prefectos señalando que el *praefectus urbi* es elegido entre los principales senadores del orden más alto (consulares), el cual se ocupaba de todo lo relativo a la tranquilidad y orden de la urbe, teniendo una función jurisdiccional en materia penal; y el *praefectus praetorio* de la clase de los *equites* (solían ser dos), que eran los jefes de la guardia pretoriana, con competencia militar y civil; eran los representantes del emperador (algo así como vice-emperadores); tendrán importancia en la designación de los Césares posteriores a Augusto.

[24] Ortolán (1876) refiere que las nuevas magistraturas agregadas a las tradicionales fueron: 1) *Legati Caesaris*; 2) *Procuratores Caesaris*; 3) *Praefectus Augustalis*; 4) *Praefectus urbi*; 5) *Praefectus Praetorio*; 6) *Quaestores Candidati principis*; 7) *Praefectus annonarum*; 8) *Praefectus vigilum* (p. 265).

[25] Octavio Augusto gobernó desde el 29 a.C. al 14 d.C.

También hay que destacar que dos siglos antes de los acontecimientos de la pasión y resurrección, en un proceso muy interesante que comenzó con la captura del territorio continental de la Hispania, la administración de las provincias comenzó a tomar relevancia; incrementándose, hasta el punto que la estabilidad social y económica del Imperio dependía de la eficiencia de los funcionarios provinciales. En el declive de la República y en esa primera fase que se identifica como Principado, existían estatutos diferenciados entre aquellas administradas por el César (provincias tributarias pagaban un *tributum* que ingresaba en el Fisco del Emperador; *provinciae Caesaris*) y el Senado (provincias estipendiarias pagaban un *stipendium* que ingresaba en el *aerarium; provinciae populi Romani*).

El contraste estaba en que el gobierno de las provincias senatoriales estaba a cargo de procónsules (senadores); a diferencia de las provincias del César en las que, aun cuando se designaban como gobernadores a senadores, estos se llamaban *legati Augusti pro praetore* con funciones civiles, judiciales y mando de las centurias o legión. Si la provincia no era de las más importantes, sea en lo económico o por su entidad territorial, el gobernador se denominaba *procurator* y era de la clase de los ***équites.*** También se puede señalar que estas clases, la senatorial y la de los caballeros, llegaron a protagonizar conflictos políticos, aunque no se excluyeran. La razón está en lo limitado en número y la sinarquía que representaba la primera, capaz de considerar inclusive la posibilidad de competir con el emperador. Precisamente, las fuentes revelan que los ***équites***, con prestigio y rango parecido, podrían ser más eficientes y más confiables para el emperador por razones de celo político.

Este era el caso de Judea, anexada a la provincia de Siria, ante la designación de Pilatos. Aunque extraña, existía la posibilidad de una actuación de un magistrado fuera de su ámbito territorial o dos comandantes provinciales actuantes al unísono.[26] Y se justificaba está excepcionalidad de presencia legionaria y magistratura dual (ambivalente con la provincia de Siria) por las constantes revueltas que los judíos

[26] Lo refiere Lintott (1999) ejemplificando con el caso de Cassius Longinus en el 171 a.C., bajo la circunstancia de la Tercera Guerra Macedonia; o la controversia de magistraturas y comandos en el conflicto en territorio ilirio, ***circa*** 177 d.C. (p. 102).

protagonizaron contra el poder imperial; hasta que fueron aplastados, en forma definitiva, con la destrucción del Templo de Jerusalén pocas décadas después.[27] Cabe advertir también que el Senado de Augusto ya había cedido ante la fortaleza del Príncipe y, en la práctica, éste término ocupándose de la totalidad de las provincias enviando a ellas un *legatus pro praetore*; y así, sus sucesores.

La consecuencia directa fue un Estado que se fue centralizando y, en la exaltación de Tiberio,[28] ya se trataba de un proceso consumado. Me permito advertir que el tema de las magistraturas varió a lo largo de la historia de la *urbe condita*, por lo que muchas opiniones sobre las actuaciones de Pilatos, el proceso ejecutado por él y el ámbito de las funciones de los magistrados provinciales, no toman en consideración la evolución institucional y las mutaciones competenciales, especialmente en la transición de la República al Principado.

Como se afirmó supra, la ley aplicable en los supuestos de delitos contra el Estado era la ***Ad Legem Iuliam Majestatis***; sin embargo, resulta evidente de la casuística enumerada en las fuentes que hemos

---

[27] Flavio Josefo en sus ***Antigüedades de los Judíos*** confirma la conflictividad manifiesta con la presencia de Pilatos: "Pilatos, Pretor de Judea, salió de Samaria con su ejército para invernar en Jerusalén. Concibió la idea, para abolir las leyes judías, de introducir en la ciudad las efigies del Emperador que estaban en las insignias militares, pues la ley nos prohíbe tener imágenes. Por este motivo, los pretores que lo precedieron, acostumbraban a entrar en la ciudad con insignias que carecían de imágenes. Pero Pilatos fue el primero que, a espaldas del pueblo, pues lo llevo a cabo durante la noche, instaló las imágenes en Jerusalén. Cuando el pueblo se enteró, se dirigió a Cesárea en gran número y pidió a Pilatos durante muchos días que trasladara las imágenes a otro lugar. Él se negó, diciendo que sería ofensivo al César; pero puesto que no cesaban en su pedido, el día sexto, después de armar ocultamente a sus soldados, subió al tribunal, establecido en el estadio, para disimular el ejército oculto. En vista de que los judíos insistían en su pedido, dio una señal para que los soldados los rodearan; y los amenazó con la muerte, si no regresaban tranquilamente a sus casas. Pero ellos se echaron al suelo y descubrieron sus gargantas, diciendo que preferían antes morir que admitir algo en contra de sus sabias leyes. Pilatos, admirado de su firmeza y constancia en la observancia de la ley, ordenó que de inmediato las imágenes fueran transferidas de Jerusalén a Cesárea". Este evento histórico, apenas comenzando la gestión de su magistratura, debió signar sus decisiones posteriores (tomo III, p. 232). Por cierto, el término "pretor" o "pretores" presente en el texto, no se corresponde con la magistratura del Pretor quiritario sino a *legatus pro praetore* como también se identificaba a los gobernadores de provincias imperiales.

[28] Tiberio gobernó del 14 al 37 de los tiempos de nuestro Señor. Este último año, cuatro años después de la pasión, a sus 78 años se produce la muerte violenta del Emperador por orden de Macron, Prefecto del Pretorio.

citado que su aplicación, requería del *status civitatis* quiritario y, en consecuencia, era de imposible aplicación en el caso de Jesús de Nazaret. El esquema acusatorio del proceso penal romano era aplicado en las provincias por sus presidentes o gobernadores por disposiciones de los Emperadores, por lo que aquellos actuaban por delegación. Pero el accionar era limitado ya que al estar referido al ciudadano romano se presentaban limitaciones; especialmente, en lo referente a la aplicación de pena de muerte, castigos corporales y otras sanciones infamantes.

La naturaleza de los delitos contra el Estado es tan especial que cuando Modestino desarrolla la legitimación en la acusación lo hace en forma amplísima y afirma la posibilidad de activarla: a) Los infames; y b) Los esclavos contra sus señores y los libertos contra sus patronos. Esta es una excepción muy particular a las reglas de procedimiento en Roma que excluía a estos individuos en el accionar.[29] Esta visión es abonada por Papiniano, al afirmar que, en las cuestiones de *Lesa Majestad* son oídas también las mujeres y rememora el caso de Julia, al descubrir la conspiración de Sergio Catalina; y como, el indicio que ella constituyó, impulsó la actuación del Cónsul Marco Tulio.[30] Esta amplitud opera con respecto a la denuncia de crímenes, pero no aplica en cuanto a la condición estatutaria del imputado, necesariamente ciudadano romano.

Ahora bien, esta conceptualización que en forma genérica puedo calificar como crímenes contra el Imperio: ¿es aplicable a la conducta que desarrollaba Jesús de Nazaret en su prédica? ¿Cuál era el peligro que representaba Jesús de Nazaret? ¿Por qué la élite religiosa judía lo quería eliminar?

4. EL PROBLEMA DE COEXISTENCIA JURISDICCIONAL Y LA POSIBILIDAD DE DOS PROCESOS

El esplendor de Roma supuso un diseño de dominación único en la historia de la humanidad. Uno de sus componentes era una fórmula de expansión que hacía compatible la negociación y la imposición por las

[29] Modestino, ***Pandectarum***, Libro XII; con referencia en ***Digesto*** XLVIII, IV, 7.
[30] Papiniano, ***Responsorum***, Libro XIII; con referencia en ***Digesto*** XLVIII, IV, 8.

armas. El interés mayúsculo del Imperio era el acatamiento voluntario de su poder por ***pacta federata*** o una rendición convenida; aquellos que ofrecían resistencia y eran derrotadas militarmente se consideraban *Civitates vi captae*, lo que derivaba en un trato desigual como *dediticias*.

Para lograr el entendimiento con los pueblos subyugados, desde los tiempos de la República, se reconocía el derecho a proseguir la vida política con sus propias autoridades y a mantener sus creencias religiosas. El interés directo estaba en concesiones territoriales, la tributación y las alianzas estratégicas, garantizando paz y seguridad de los aliados frente a sus enemigos; precisamente, esta actitud debe haber sido una de las razones de peso para que Momsem utilizara la expresión imperialismo defensivo refiriéndose a la vocación guerrera de los romanos.

Este respeto por lo que identificamos como el *nomos* de los pueblos, lo que incluía la aplicación de su propio derecho [*ius sui legibus uti*], explica el contexto político y religioso de los judíos que signó el accionar de Jesús de Nazaret. Flavio Josefo certifica la amistad entre los judíos y el pueblo de Roma, al final de la República; y refiere que el mismo Cayo Julio César, en homenaje al valor y servicios prestados por Hircano, Pontífice y *Etnarca* de los judíos, decretó que aquel y sus hijos "…retengan perpetuamente el pontificado de los judíos de acuerdo con la ley judía; que él y sus hijos sean nuestros aliados y que además se les considere como nuestros particulares amigos. Quiero que todo lo que según sus leyes es propio de los pontífices, o que se les hubiere otorgado benignamente, lo retengan él y sus hijos. Si surgieran disentimientos sobre las costumbres de los judíos, quiero que ellos sean los jueces. Prohíbo que las tropas invernen en su región o que les exijan dinero".[31]

[31] Op. Cit. tomo III, p. 32. Una relación de cordialidad añeja que se había iniciado con el Tratado del año 132 a.C. [***Foedus Romanorum et Hyrcani***], el cual refiere Flavio Josefo en sus ***Antigüedades de los Judíos*** (XIII, 9, 2); y el cual manejo en la versión francesa (Trad. Weill in Reinach, Paris, 1900), según consulta del 12 de diciembre 2020, disponible: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/ Esta relación sería renovada en el año 107 a.C. tal como refiere el propio Josefo, siguiendo la versión francesa precitada: « *Le roi Antiochus, fils d'Antiochus, ne doit faire aucun tort aux Juifs, alliés des Romains ; s'il leur a pris des places fortes, ports, territoires, ou quelque autre chose, il le leur rendra ; …et personne peuple ni roi, à l'exception du seul Ptolémée, roi d'Alexandrie, en raison de son amitié et de son alliance avec nous, n'exportera rien du territoire et des ports des Juifs sans payer de droits; la garnison de Jopé sera retirée, comme ils l'ont demandé* ».

Numerosos actos del César confirmaron esta condición privilegiada llegando al punto de admitir la asociación de los judíos en la propia Roma, los cuales tenían el derecho a reunirse de "acuerdo con los ritos y costumbres de sus padres";[32] inclusive, después de su muerte, un senado-consulto avaló esta situación. Quien resultaría finalmente beneficiario directo de este status, fraguado por el rey Hircano II de Israel, no sería un miembro de su propia descendencia sino aquel que pasaría a la historia como Herodes El Grande, hijo de Antípater el valido del Rey. Bajo esa condición, Antipater designó a sus dos hijos: Fasael, como gobernador militar de Judea; y al propio Herodes, como gobernador de Galilea. A la muerte de César y por los disturbios en Siria producto del enfrentamiento entre los líderes romanos, Herodes demuestra su lealtad a Roma y conquista la amistad de los diversos comandantes militares quiritarios que dominaban la región.

También la autorizada fuente de Flavio Josefo refiere los esfuerzos realizados por el primer Herodes para obtener el apoyo de Marco Antonio y su viaje a Roma,[33] lo que derivó en la decisión del Senado de designarlo como rey a pesar de no ser descendiente de Hircano, en el año de la olimpiada CLXXXIV [40 a.C.], asumiendo la plenitud del cargo en el 37 a.C. después de la derrota militar de Antígono con la ayuda romana. La toma de Jerusalén significó el fin del "reinado de la casa de los Asmoneos, después de ciento veintisiete años (…) por sus mutuas disensiones perdieron el gobierno; y éste pasó a Herodes, hijo de Antipater, hombre plebeyo, de una familia de simples particulares, súbditos del rey" (tomo III, p. 69).

Lo cierto del caso es que al momento de la muerte de Herodes El Grande, la ejecución del testamento autorizada por el emperador, supuso la división del gobierno de la región entre sus hijos correspondiéndole a Herodes Antipas el territorio de Galilea y Perea, con el carácter de tetrarca; la Gaulanítida, Traconítida, Batanea y Paniada a Filipo; y el paso de la corona a Arquelao como rey de Judea. Lo anterior, según Flavio Josefo,[34] quien comenta los conflictos generados por la sucesión,

[32] Flavio Josefo, Ob. Cit., tomo III, p. 34.
[33] Flavio Josefo, Ob. Cit., tomo III, pp. 54-57.
[34] Idem, tomo III, p.p. 200-201.

las acusaciones contra Arquelao y su destierro, lo que confirma que ya para el "año quince del reinado del emperador Tiberio. Poncio Pilato era gobernador de Judea, Herodes gobernaba en Galilea, su hermano Filipo en Iturea y Traconítide, y Lisanias en Abilene; Anás y Caifás eran los jefes de los sacerdotes" (Lc. 3, 1-2), queda así plenamente confirmada la identidad de los titulares de la autoridad política y religiosa en la región para el momento del proceso.

Quise relacionar los precedentes del establecimiento de la autoridad herodiana en Judea para demostrar la íntima relación existente y los nexos políticos de manera que se puede afirmar que los conflictos entre autoridades políticas hebreas y quiritarias, en el momento del proceso contra Jesús de Nazaret, no estaban planteados. No así en el aspecto de la autoridad religiosa encargada del castigo de los delitos cometidos por judíos, fuente permanente de reclamos y amenazas de sublevación, entre otros elementos por la división del pueblo judío entre "tres sectas filosóficas nacionales": Esenios, saduceos y fariseos.[35]

Particularmente, la jurisdicción criminal bajo el criterio ***ius sui legibus uti*** implicaba un principio de aplicación personal del derecho mosaico por parte de un tribunal colegiado que imponía sus propias leyes, gracias a esa concesión romana.[36] Se trataba del Sanedrín presidido

[35] Idem, tomo I, p. 226. También en su obra Las Guerras de los Judíos, tomo IV, pp. 2-14.

[36] El contraste entre el derecho quiritario y el hebreo denota singularidades diferenciadoras que impiden cualquier asimilación normativa. El Derecho Hebreo es el derecho religioso de una religión monoteísta, muy diferente al politeísmo que caracterizó el hecho religioso en la antigüedad. El derecho es dado por Dios al pueblo elegido. Es producto de una alianza entre Dios y su pueblo; en consecuencia, es inmutable por la voluntad unilateral del hombre. Los rabinos pueden interpretarlo para adaptarlo a la evolución social; sin embargo, ellos nunca lo pueden modificar. Como fuente fundamental está la *Thora* (ley escrita) revelada por Dios como última fuente y sanción de toda regla de comportamiento; todo crimen es un pecado, por lo cual la comunidad es responsable ante Dios. Especialmente referidas a lo jurídico encontramos en el Pentateuco ciertas fuentes: el Decálogo, el Código de la Alianza, el Deuteronomio y el Código Sacerdotal. Por otra parte, la ley oral es la *Michna*, lo que implica el desarrollo rabínico de la *Thora*; un importante trabajo doctrinal de carácter exegético incorporando tradiciones y costumbres nuevas. La *Michna* fue, a su vez, comentada e interpretada por numerosos rabinos en los siglos III, IV y V a.Ca. Los comentarios llamados *Guemara* (enseñanza tradicional) se tornaron más abundantes que el texto de *Michna*, en sí mismo. Un nuevo esfuerzo de sistematización fue hecho agrupando *Michna* y *Guemara* en el *Talmud* (estudio), inicialmente en Jerusalén (cerca de 350-400), después en Babilonia (cerca de 500); aproximadamente en la misma época de la gran codificación romana de Justiniano y de la primera redacción de la Ley Sálica.

por el Sumo Sacerdote y que encuentra su raíz en la tradición rabínica con competencia en la aplicación de la ley, pero con la limitación relevante de imposibilidad de ejecutar una condena a muerte, sentenciada bajo ocupación romana. Por razones de espacio, limitaré la referencia al proceso judicial ante el Sanedrín a la enumeración de algunas de las garantías que podrían calificar un "debido proceso" ante el órgano jurisdiccional:

a) El acusado debía ser presentado ante el sumo sacerdote en la sede del cuerpo;
b) El acusado podía realizar una actividad probatoria y, en este sentido, los descargos y los testigos favorables abrían el juicio;
c) Las testificales eran pruebas fundamentales y requerían dos testigos concordantes, sin ninguna contradicción en declaraciones separadas, los cuales debían ser prevenidos de la importante misión que estaban cumpliendo y de las consecuencias del falso testimonio;[37]
d) El juicio no podía ser iniciado de noche;
e) La sentencia solo podía ser proferida el mismo día de inicio en los casos que fuera absolutoria; de no ser así, necesariamente se reservaba para el día siguiente de forma que se propiciara un estudio adecuado y razonado por parte del colegio;
f) El juicio no podía ser celebrado en víspera del *sabbath* o en fiestas de guardar, si estaba planteada la posibilidad de una pena de muerte;
g) Al margen del descargo del imputado y su actividad de defensa, la acusación debía ser sostenida y comprobada; y
h) Las decisiones del Sanedrín eran inapelables ante la autoridad política, fuera judía o romana.

De esta forma puedo afirmar la posibilidad de dos jurisdicciones actuantes, pero acentuando el carácter primigenio de la facultad de juzgar por parte del Sanedrín. Ante la sentencia dictada por el colegio, en

[37] "Sólo sobre la palabra de dos o tres testigos se condenará a muerte al que haya de ser condenado; no será condenado a muerte sobre la palabra de un solo testigo". Deuteronomio, 17, 6 y 19, 15.

caso de una condenatoria a muerte, necesariamente debía intervenir la autoridad romana para ejecutarla. Sin embargo, en tal caso, no existiría en forma un procedimiento penal ordinario quiritario sino el simple pase de ejecución de la sentencia del Sanedrín. Ahora bien, bajo la normativa imperial vigente para ese momento histórico, ¿puede afirmarse la existencia de un juicio en forma contra Jesús de Nazaret?; y bajo el criterio de la ley hebrea, ¿existió juicio y sentencia en el Sanedrín contra el Mesías? Lo más relevante, ¿acaso puede existir un juicio sin imputación de delito?

5. EL INTOLERABLE DELITO DE JESÚS DE NAZARET

Ante el Sanedrín se imputan dos delitos: El de blasfemia[38] y sedición.[39] Bajo estos cargos imputados a Jesús de Nazaret, no puede plantearse que existe delito desde la perspectiva quiritaria pero, aún más, el Sanedrín no tenía competencia para juzgar por sedición o ejecutar la pena por la blasfemia.[40] Los actos que le fueron atribuidos se trataron de establecer mediante el interrogatorio directo realizado al imputado y la prueba de testigos concordantes. Específicamente, la referencia testimonial estaba dirigida a establecer que el imputado había manifestado su disposición a destruir y reedificar el templo en tres días, un alegato

[38] "El que blasfeme el nombre de Yavé será castigado de muerte: toda la comunidad lo apedreará. Sea israelita o extranjero, si blasfema el nombre de Yavé, morirá". Levítico, 24,16.

[39] "1. Tú observarás todo lo que yo te prescribo, sin quitar ni añadir nada. 2.Tal vez se presente en tu pueblo algún profeta o soñador profesional y pronostique alguna señal o prodigio. 3.Si ocurre esta señal o este prodigio, y él te dice: Vamos, sigamos a otros dioses, dioses que no son de nosotros, y sirvámosles, 4.no hagas caso a las palabras de aquel profeta o soñador; porque Yavé, tu Dios, te prueba para saber si realmente lo amas con todo tu corazón y con toda tu alma. 5.A Yavé, tu Dios, seguirás y a él temerás, guardarás sus mandamientos y escucharás su voz, a él servirás y a él te abrazarás. 6.Ese profeta o soñador debe morir porque habló de traicionar a Yavé, tu Dios, que te sacó del país de Egipto y te rescató de la casa de la esclavitud. Debe morir porque quiso desviarte del camino que Yavé te ha ordenado seguir. Así harás desaparecer el mal de en medio de ti. Deuteronomio 13, 1-6].

[40] Lo cierto es que ni siquiera alegaron la blasfemia al presentarlo ante Pilatos; y esto debe ser resaltado por cuanto, si se hubiere tratado de un ***placet*** de sentencia, tampoco hubiera sido viable el procedimiento ya que, el castigo capital por esa forma de tipificación de blasfemia, iría en contra de principios básicos del ***ius quiritium*** y la ***romanitas***, fundamentada en la libertad de culto. Es más, constituye un error elemental identificar la sedición planteada en el Sanedrín con los delitos contra el Estado Romano tal como se categorizaron supra.

rebuscado en la búsqueda de la condena por muerte. Veamos la narración evangélica:

55. Los jefes de los sacerdotes y todo el Consejo Supremo buscaban algún testimonio que permitiera condenar a muerte a Jesús, pero no lo encontraban. 56.Varios se presentaron con falsas acusaciones contra él, pero no estaban de acuerdo en lo que decían. 57. Algunos lanzaron esta falsa acusación: 58. «Nosotros le hemos oído decir: Yo destruiré este Templo hecho por la mano del hombre, y en tres días construiré otro no hecho por hombres.» 59. Pero tampoco con estos testimonios estaban de acuerdo. 60. Entonces el Sumo Sacerdote se levantó; pasó adelante y preguntó a Jesús: «¿No tienes nada que responder? ¿Qué es este asunto de que te acusan?» 61. Pero él guardaba silencio y no contestaba. De nuevo el Sumo Sacerdote le preguntó: «¿Eres tú el Mesías, el Hijo de Dios Bendito?». 62.Jesús respondió: «Yo soy, y un día verán al Hijo del Hombre sentado a la derecha de Dios poderoso y viniendo en medio de las nubes del cielo.» 63. El Sumo Sacerdote rasgó sus vestiduras horrorizado y dijo: «¿Para qué queremos ya testigos? 64.Ustedes acaban de oír sus palabras blasfemas. ¿Qué les parece?» Y estuvieron de acuerdo en que merecía la pena de muerte. 65. Después algunos empezaron a escupirle. Le cubrieron la cara y le golpeaban antes de preguntarle: «¡Hazte el profeta!» Y los policías del Templo lo abofeteaban. (Marcos 14, 55-65)

59. Los jefes de los sacerdotes y el Consejo Supremo andaban buscando alguna declaración falsa contra Jesús, para poderlo condenar a muerte. 60. Pero pasaban los falsos testigos y no se encontraba nada. Al fin llegaron dos 61. que declararon: «Este hombre dijo: Yo soy capaz de destruir el Templo de Dios y de reconstruirlo en tres días.» 62. Entonces el sumo sacerdote se puso de pie y preguntó a Jesús: «¿No tienes nada que responder? ¿Qué es esto que declaran en contra tuya?» 63. Pero Jesús se quedó callado. Entonces el sumo sacerdote le dijo: «En el nombre del Dios vivo te ordeno que nos contestes: ¿Eres tú el Mesías, el Hijo de Dios?» 64. Jesús le respondió: «Así es, tal como tú lo has dicho. Y yo les digo más: a partir de ahora ustedes contemplarán al Hijo del Hombre sentado a la derecha del Dios Todopoderoso, y lo verán venir sobre las nubes del cielo.» 65. Entonces el sumo sacerdote se rasgó las ropas, diciendo: «¡Ha blasfemado! ¿Para qué necesitamos más

testigos? Ustedes mismos acaban de oír estas palabras blasfemas. 66. ¿Qué deciden ustedes?» Ellos contestaron: «¡Merece la muerte!» 67. Luego comenzaron a escupirle en la cara y a darle bofetadas, mientras otros lo golpeaban 68. diciéndole: «Mesías, ¡adivina quién te pegó!» (Mateo 26, 59-67)

La predica de Jesús de Nazaret lo condenó, al menos ante un Sanedrín que dictó sentencia por unanimidad; y eso es así, porque su discurso era un mensaje liberador con centralidad histórica y teológica. La clave del mensaje, evidentemente manipulado por la autoridad religiosa según la descripción evangélica, estaba en el tema del Reino de Dios transmitido en su vida pública: "…después que Juan fue encarcelado, Jesús vino a Galilea predicando el evangelio del reino de Dios, diciendo: El tiempo se ha cumplido, y el reino de Dios se ha acercado; arrepentíos, y creed en el evangelio" (Mc 1, 14-15); "desde entonces comenzó Jesús a predicar, y a decir: Arrepentíos, porque el reino de los cielos se ha acercado" (Mt 4, 17); o Marcos que sitúa ese inicio en la predica de Jesús en la sinagoga de Nazaret y la lectura del libro de Isaías, manifestando que, con él, la Escritura se había cumplido.[41] Ahora bien, ¿cuán peligroso es este mensaje para impulsar un proceso que lo llevaría a la muerte?

5.1. Un mesianismo asuntivo

Pedro Trigo afirma que Jesús de Nazaret fue entregado a las autoridades romanas porque su vida resultó intolerable para las legítimas autoridades religiosas de la religión revelada y, citando a Brown, apoya que "la imagen evangélica de Jesús permite suponer que él sería hallado culpable por cualquier mayoría timorata de cualquier tiempo y lugar. Es más que posible que si Jesús apareciera en nuestra época y fuera arrestado y procesado de nuevo, la mayor parte de los que lo juzgaran culpable se verían a sí mismos como verdaderos cristianos y creerían estar rechazando a un impostor: alguien que pretendía ser Jesús pero

[41] "El espíritu del Señor esta sobre mí, por cuanto me ha ungido para dar buenas nuevas a los pobres; me ha enviado a sanar a los quebrantados de corazón; a pregonar la libertad de los cautivos, y vista a los ciegos; a poner en libertad a los oprimidos; a predicar el año agradable del Señor" (Lc 4, 18).

que no encajaba en el concepto que ellos tenían de quién era Jesús y cómo debía actuar".[42] Una dolorosa conclusión para nuestro tiempo y circunstancias.

Comparto plenamente el hecho que la condena y muerte obedecen a que la dirección en la que enrumbaba al pueblo no era aceptable, ni para las autoridades religiosas ni para las políticas. Pero también insisto en afirmar que la dirección del drama estuvo en el arbitrio de las autoridades religiosas judías. El discurso del Jesús histórico y sus tajantes posiciones consolidan la materialización de la típica reacción de las jerarquías cuando ven su poder en riesgo. Y esta situación deriva del mesianismo asuntivo que describe Luciani:

> *El deber sufrir o morir no son hechos que Dios quiera sino consecuencias de un estilo de vida profético (Lc 24,25-26) mediante el cual se asume al otro, al que nadie quiere, y se carga con él para liberarlo y devolverle el sentido de ser sujeto en la sociedad. El mesianismo de Jesús representa una nueva humanidad que se ofrece como paradigma y modelo a seguir, cuya dimensión corporativa atraía sobremanera a los excluidos y olvidados por la sociedad, a la vez que provocaba el rechazo de los que representaban al poder religioso.*[43]

El mensaje de la actualidad del Reino, y su advenimiento definitivo, anuncia una transformación que pone en riesgo las estructuras religiosas existente y desplaza a los protagonistas terrenales, ya que la verdadera liberación no se adelanta por la observancia farisaica de la ley, ni por la revolución teocrática de los celotes; tampoco puede ser descubierta analizando los signos de los tiempos a la manera apocalíptica. Por ello, "recorrió Jesús toda Galilea, enseñando en la sinagoga de ellos, y predicando el evangelio del reino, y sanando toda enfermedad y toda dolencia en el pueblo" (Mt 4, 23).

---

[42] Pedro Trigo, ***La Resurrección de Jesús***, en Revista ITER Teología 37-38 (2005), p. 23.

[43] LUCIANI, Rafael, ***El mesianismo asuntivo del Hijo del Hombre. Reflexión a la luz de la cristología contemporánea***. Theologica Xaveriana [en linea]. 2018, 68(186), 1-27 [fecha de Consulta 11 de Diciembre de 2020]. ISSN: 0120-3649. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=191056023007

Si hoy resulta incómodo para el poder un discurso que parta de la restauración de las relaciones humanas bajo el parámetro de fraternidad; si la Iglesia, sus mujeres y hombres, son objeto de persecución por el mensaje que transmite, solo imaginemos cuál habrá sido en el siglo I la reacción a la predica fraterna que reta los valores de la cultura romana y de la religiosidad judía. Un contenido, el del Reino de Dios, apenas narrable, tal como describe Meier, incluyendo:

> *"...la creación por Dios de su universo bueno y ordenado, la corrupción de la creación por el pecado y la rebelión del hombre, la graciosa elección mediante la que Dios hace de Israel su pueblo, la liberación de Israel de la esclavitud en Egipto, las experiencias de pecado y la salvación en el mar Rojo y en el monte Sinaí, el viaje por el desierto y la entrada en la tierra prometida. La narración podría incluir el reinado del excesivamente humano, pero luego idealizado Rey David, la elección por Dios de Jerusalén y el monte de Sión como su morada junto al rey, los desastres causados por los menos que ideales sucesores de David, la caída de Israel en una idolatría y un pecado cada vez mayores, el rechazo por ese pueblo de las advertencias de los profetas, la destrucción de Jerusalén y el exilio babilónico, la promesa de una futura restauración que incluiría la reconstrucción de Israel y un templo nuevo y purificado, el sometimiento de los enemigos gentiles y la instauración entre los hombres (con o sin representante o intermediario humano) del reino eterno de Dios, reino también de la paz y de Justicia".*[44]

Lo cumbre de ese Jesús histórico es que demuestra la realidad del Reino de Dios con su simple presencia; por lo que la pasión implícita en el proceso, la saña del castigo, la iniquidad de los protagonistas, cumplen un rol sustantivo. El mensaje de liberación implícito en la realización del Reino de Dios fue tergiversado por aquellos cegados por el poder, sea religioso o político. Además, los sujetos predilectos a quienes se dirige el mensaje son los despreciados y discriminados por la sociedad judía del siglo I. Un conjunto de marginados que no tienen esperanza de una solución en Justicia bajo los parámetros de interpretación

[44] John P. Meier, ***Un Judío Marginal (Nueva visión del Jesús histórico)***, p. 298.

de la "Ley" ejecutada por la autoridad religiosa. Podría agregar que la conjugación del pecado, contenida en el discurso de Jesús de Nazaret, se identifica con la raíz de ese poder religioso que oprime valiéndose de una supuesta representación de Dios.

Por eso encuentro en el evangelio un contraste permanente entre el formalismo legista, presente por ejemplo en fariseos, sacerdotes y levitas, frente a la Justicia como valor humano. La predica de la realidad del Reino de Dios es la *metanoia* que encontramos en el Sermón de la Montaña y cuyo impacto derivó en unos "seguidores"; mujeres y hombres que acompañan a Jesús de Nazaret y cooperan activamente en la predicación y realización del Reino, aunque muchos de ellos no lo comprendan perfectamente. Ese camino implica un gran peligro por las implicaciones personales, sociales y políticas (Mc 8, 34), pero también por la misma evaluación que se hizo desde la cúspide del poder religioso hebreo.

Fijémonos en el hecho cierto de que continuamente Jesús elude que lo califiquen como Mesías para evitar la confusión con el liderazgo político. Y aquí la predica del Reino de Dios adquiere la mayor relevancia porque anuncia una ruptura con el *status quo* y lo denuncia por su injusticia, además deriva en una crisis profunda en la espiritualidad del ser humano. Cuando Jesús lee un texto de Isaías y omite la referencia al día de la venganza, tal como lo refiere Lucas, con la evidente connotación sociopolítica que imprime la alusión, refleja el concepto de mesianismo con sentido distinto; en la misma forma que, sin dejar de ser judío, entendió la religión con otro sentido. Por esto elude que lo califiquen como Mesías, para evitar la confusión con el liderazgo político; por ejemplo, la situación planteada con Pedro, ante la interrogante expresa sobre su mesianismo, en la que Jesús de Nazaret reacciona abruptamente y le responde "aléjate Satanás".

5.2. Lo que refleja el proceso

Existe un dato especialmente relevante para descifrar la causa eficiente de la reacción de la autoridad religiosa judía, lo que activó el proceso que desencadenó la pasión. Me refiero al hecho de la conducción de Jesús de Nazaret a la casa de Anás, en el momento de su

apresamiento.[45] La singularidad de la detención utilizando a la guardia del Templo se compadece con este hecho que revela, al mismo tiempo, a uno de los principales protagonistas de la conspiración y el motivo de la persecución.

Anás se vale de su posición y su condición de suegro de Caifás, la máxima autoridad religiosa por ser el pontífice de aquel año, para resolver el reto que significó el evento contra los mercaderes del Templo.[46] Así comienza el contraste entre la impiedad y la Justicia, cuando este traficante, usurpador de autoridad, lo envía atado ante la presencia del Sumo Pontífice Caifás; lo que debió ocurrir desde un primer momento.[47] Comenzaría entonces el proceso con vías de hecho por una detención arbitraria y un interrogatorio efectuado por autoridad usurpada.[48] Sin mencionar el irrespeto a la dignidad humana implícito en el trato.

El otro aspecto peculiar, solo explicable en el contexto de la conspiración planteada en el Sanedrín, está relacionado con la manipulación de los delitos imputados en la acusación. La importancia de los mismos

---

45 "12. Entonces los soldados, con el comandante y los guardias de los judíos, prendieron a Jesús, lo ataron 13.y lo llevaron primero a casa de Anás. Este Anás era suegro de Caifás, sumo sacerdote aquel año. 14.Caifás era el que había dicho a los judíos: «Es mejor que muera un solo hombre por el pueblo.»". Juan, 18, 12-14.

46 Mateo, 21, 12-13; Marcos, 11, 15-18; Lucas, 19, 45-46; y Juan, 2, 14-17.

47 "19. El sumo sacerdote interrogó a Jesús sobre sus discípulos y su enseñanza. Jesús le contestó: 20. «Yo he hablado abiertamente al mundo. He enseñado constantemente en los lugares donde los judíos se reúnen, tanto en las sinagogas como en el Templo, y no he enseñado nada en secreto. 21. ¿Por qué me preguntas a mí? Interroga a los que escucharon lo que he dicho.» 22. Al oír esto, uno de los guardias que estaba allí le dio a Jesús una bofetada en la cara, diciendo: «¿Así contestas al sumo sacerdote?» 23. Jesús le dijo: «Si he respondido mal, demuestra dónde está el mal. Pero si he hablado correctamente, ¿por qué me golpeas?» 24. Al fin, Anás lo envió atado al sumo sacerdote Caifás". Juan, 18, 19-23.

48 La nocturnidad y los hombres armados, enviados por los sacerdotes y ancianos judíos, son reseñados en Mateo 26, 47: "Estaba todavía hablando, cuando llegó Judas, uno de los Doce. Iba acompañado de una chusma armada con espadas y garrotes, enviada por los jefes de los sacerdotes y por las autoridades judías"; Marcos 14, 43: "Jesús estaba aún hablando cuando se presentó Judas, uno de los Doce; lo acompañaba un buen grupo de gente con espadas y palos, enviados por los jefes de los sacerdotes, los maestros de la Ley y los jefes judíos"; y Lucas 22, 52-53: "52.Jesús se dirigió después a los que habían venido a tomarlo preso, a los jefes de los sacerdotes, de la policía del Templo y de los judíos y les dijo: «Tal vez buscan a un ladrón, y por eso han venido a detenerme con espadas y palos. 53. ¿Por qué no me detuvieron cuando día tras día estaba entre ustedes en el Templo? Pero ahora reinan las tinieblas, y es la hora de ustedes»".

se invierte ante la presencia de Poncio Pilatos; de la primacía de la blasfemia ante la sedición, pasan a desplazar la acusación de blasfemia, la cual poco importaba al Imperio por relacionarse con las creencias religiosas de los judíos, privilegiando un señalamiento de sedición disfrazada con denuncias de perversión del pueblo, negativa a la obligación de pago de tributos o la confesa condición de rey de los judíos. Utilizan precisamente una acusación que no se sostiene en el tribunal religioso, ante la debilidad de los cargos en el orden quiritario. De manera que no se trata de un procedimiento vinculado al *exequatur* de la Sentencia, la cual está absolutamente viciada e incumple el procedimiento de la ley mosaica, sino a una voluntad fraudulenta de manipular al aparato quiritario para el cumplimiento de sus fines.

Poncio Pilatos, según todas las reseñas un hombre frío y calculador, se percata de la maniobra; pero también toma nota de la amenaza velada, vinculada a la posibilidad de disturbios, en un momento especialmente delicado por la aglomeración pública propia de la pascua. Además, su posición se había debilitado por los conflictos derivados de la represión que había ejecutado desde que comenzó su presencia en Judea. Entonces busca una salida negociada que no lo convierta en instrumento de las maniobras de los líderes religiosos, ni le ocasione conflictos que puedan perjudicar su posición ante Tiberio.

En la abundante bibliografía sobre el proceso encuentro algunas afirmaciones que considero desacertadas desde la perspectiva del derecho romano. Una de ellas gira sobre la activación de la ***cognitio*** como proceso ordinario en el caso de Jesús.[49] Este fue un procedimiento penal que se origina en los tiempos de Augusto y se caracterizaba por la dirección del Emperador como ductor que libremente interpretaba la ley de acuerdo con los dictados de su conciencia, al evaluar la culpabilidad del imputado e imponer la condena. Pues no comparto tal criterio por la simpleza argumental de la condición bárbara de Jesús de Nazaret; así como me parece aventurada la simplista afirmación que identifica

[49] Precisamente, el proceso contra Jesús de Nazaret es coincidente con nuevas instancias penales que derivan del papel judicial que comenzó a jugar el propio Emperador, la atribución de competencia judicial al Senado y la figuración del *praefectus urbi*, con *imperium* delegado por el emperador.

la propuesta entre Jesús y Barrabas con una modalidad de *provocatio ad populum*, por razón también sutil, ya que el mecanismo había sido abolido poco tiempo antes por la ***lex Iulia iudiciorum publicorum***.[50]

En este punto me permito reafirmar que en el caso de Jesús de Nazaret no se desarrolló un proceso ordinario fundamentado en las leyes romanas, bajo las *quaestiones perpetuas* aplicables en ese momento histórico. La actuación de Poncio Pilatos no pretende reprimir un *criminae*, no se desenvuelve a través de un *iudicium* y no culmina en la *damnatio*. Lo que podemos constatar en dicho proceso fue un *animadvertere* que culminó en brutal *castigare*. La regla por excelencia en el derecho penal romano es que los jueces condenan, la ley establece la pena,[51] pero en el caso de Jesús de Nazaret sucede exactamente lo contrario: Pilatos define la pena y poco importa la imputación, por la naturaleza política del proceso, lo que explica una condena a muerte a pesar de la convicción personal de inocencia.[52] Entonces, ¿cuál fue la naturaleza del proceso ejecutado por la autoridad romana contra Jesús de Nazaret?

Poncio Pilatos ejerció un *imperium extra legem* en el caso de Nuestro Señor por cuanto este no tenía ciudadanía romana y, en consecuencia, no existía posibilidad de activar el sistema judicial represivo

---

[50] La ***lex Iulia iudiciorum publicorum,*** la cual se inscribe en el bloque normativo aprobado bajo el principado de Augusto, estaba referida a los juicios penales públicos y en contadas ocasiones establece disposiciones relevantes que se pueden considerar aplicables a delitos particulares, en ninguna parte se puede encontrar una aproximación a la sedición impulsada por bárbaros.

[51] Una fuente tan contundente como Cicerón así lo confirma al analizar el juicio a Sila: [63] *Atque in ea re per L. Caecilium Sulla accusatur in qua re est uterque laudandus. Primum Caecilius—quid? 'id promulgavit in quo res iudicatas videbatur voluisse rescindere, ut restitueretur Sulla.' Recte reprehendis; status enim rei publicae maxime iudicatis rebus continetur; neque ego tantum fraterno amori dandum arbitror ut quisquam, dum saluti suorum consulat, communem relinquat. <At> nihil de iudicio ferebat, sed poenam ambitus eam referebat quae fuerat nuper superioribus legibus constituta. Itaque hac rogatione non iudicum sententia, sed legis vitium corrigebatur. Nemo iudicium reprehendit, cum de poena queritur, sed legem. Damnatio est enim iudicum, quae manebat, poena legis, quae levabatur*. M. Tvlli Ciceronis, Pro Svlla Oratio, N° 63. Consulta del 11 de diciembre de 2020, disponible en http://www.thelatinlibrary.com/cicero/sulla.shtml#63. Una buena referencia para los académicos especialistas en derecho penal sobre el origen remoto de la legalidad de los delitos y las penas.

[52] "Yo no hallo en éste ningún delito". Juan 18, 38.

ordinario. Él aplicó una *punitio*, no una *damnatio*, producto de la *animadversio* a que lo había llevado la autoridad religiosa judía al insinuar conflicto o sublevación si no actuaba contra el Nazareno.[53] Y permítaseme advertirlo, a pesar de toda la lírica que ha tratado de humanizar la figura de Pilatos, a un comandante romano del siglo I de la clase de los *equites*, soberbio y cruel por naturaleza después de tantas levas, poco le importaba un judío más en la cruz si estaban en juego sus propios intereses que él entendía como los de Roma.

El *imperium extra legem* suponía un proceso sin formas rígidas, marcado por la discrecionalidad del Emperador o del magistrado delegatario, comprende actos que escapan de regulación legislativa, responde a un interés público superior. Cabe reiterar el peligro inminente que representaba Jesús de Nazaret para la autoridad religiosa judía tal como refieren los evangelistas.[54] Es más, la flagelación que conforma un componente dramático de iniquidad, refleja que la decisión de Pilatos estaba tomada mucho antes de manifestarla, esto a pesar de la referencia a que la intención era corregirle y liberarle.[55]

Fue solo un componente de sus amagos por evitar la maniobra que la astucia de la autoridad religiosa lo obligaba a participar; al final, termina formando parte del engranaje pasional.[56] La descripción

---

[53] Es más, su presencia en Jerusalén con tropa de refuerzo, en lugar de su residencia habitual de Cesárea, obedecía a un temor de sublevación en plena pascua.

[54] Hasta Juan que silencia la sesión del Sanedrín, en su hilo narrativo del proceso, hace referencia a la peligrosidad: "47. Entonces los jefes de los sacerdotes y los fariseos convocaron el Consejo y preguntaban: «¿Qué hacemos? Este hombre hace muchos milagros. 48.Si lo dejamos que siga así, todos van a creer en él, y luego intervendrán los romanos que destruirán nuestro Lugar Santo y nuestra nación.» 49. Entonces habló uno de ellos, Caifás, que era el sumo sacerdote aquel año, y dijo: «Ustedes no entienden nada. 50.No se dan cuenta de que es mejor que muera un solo hombre por el pueblo y no que perezca toda la nación.» 51. Estas palabras de Caifás no venían de sí mismo, sino que, como era sumo sacerdote aquel año, profetizó en aquel momento; Jesús iba a morir por la nación". Juan 11, 47-53.

[55] Aun cuando hubiera manifestado lo contrario: "16. Así que después de castigarlo lo dejaré en libertad"; 20. Pilato, que quería librar a Jesús, les dirigió de nuevo la palabra; y 22. Por tercera vez les dijo: «Pero, ¿qué mal ha hecho este hombre? Yo no he encontrado nada que merezca la muerte; por eso, después de azotarlo, lo dejaré en libertad". Lucas 23, 16; 20 y 22. Él sabía muy bien que el daño proferido por la tortura era mortal.

[56] Hago esta afirmación por cuanto la flagelación era un componente y precedía ***de lege*** a la crucifixión con la intención de proferir heridas mortales. La barbarie de la crucifixión está en que prolongaba la agonía del condenado, por lo que se aplicaba solo a los esclavos y a los

evangélica de la tortura se hace leve ante la crueldad de castigo tan brutal, esto sin añadir la vergüenza implícita, no compatible con el proceso penal romano ordinario, más de dos siglos antes de aplicársele a Jesús de Nazaret.

6. CONCLUSIONES

Con base a las fuentes quiritarias directas puedo afirmar que el proceso a Jesús de Nazaret no puede insertarse en el ámbito del procedimiento quiritario penal ordinario, vigente para ese momento histórico. En consecuencia, se trató de una decisión discrecional marcada por la política que no puede ser calificada como sentencia (***Damnatio***). Pilatos ejecutó un proceso sumario, bajo ley marcial, signado por una ***rei publicae causa***, excepcional y extraordinario. Esto delata la autoría intelectual de la autoridad religiosa judía y la causa eficiente de sus acciones desapegadas de la ley que pretendían preservar.

El proceso aplicado estaba diseñado para superar conflictos como el que se presentó con Jesús de Nazaret, no para ser aplicado a ciudadanos romanos que gozaban de las garantías procesales de su estatuto jurídico. En los tiempos de Tiberio, cuando se trataba de delitos sancionados con la pena capital, presuntamente cometidos en las provincias por ciudadanos romanos, los gobernadores debían enviar al imputado a Roma para afrontar el juicio ante una *quaestio perpetua*; o, también, ante el Tribunal imperial o senatorial según las circunstancias de hecho. En estos casos, la autoridad provincial estaba limitada por la ***Lex iulia de vi;*** y, en el supuesto de contravención, imponiendo pena de muerte, los azotes o cualquier tipo de tortura a los ciudadanos romanos, se hacían reos de sanciones que podían llegar a la destitución o a un juicio criminal según la gravedad del caso.

---

habitantes de las provincias. La prohibición de aplicación a ciudadanos romanos se podría situar entre los años 198-184 a.C., en virtud de la aplicación de las ***Leges Porciae de tergo civium*** referida por Cicerón. M. Tvlli Ciceronis, ***Pro C. Rabirio Perdvellionis Reo Ad Qvirites Oratio***: *Tu mihi etiam legis Porciae, tu C. Gracchi, tu horum libertatis, tu cuiusquam denique hominis popularis mentionem facis, qui non modo suppliciis invisitatis sed etiam verborum crudelitate inaudita violare libertatem huius populi, temptare mansuetudinem, commutare disciplinam conatus es?* Consulta del 11 de diciembre de 2020, disponible en http://www.thelatinlibrary.com/cicero/rabirio.shtml.

Desde la perspectiva judía, fueron violentadas las normas procesales y la legitimidad para juzgar del propio tribunal; inclusive, la grotesca descripción del juicio ante el Sanedrín, con sentencia unánime incluida, no admite dudas sobre los vicios que afectan su integridad y la direccionalidad que se pretendió fijar al llevar una decisión tergiversada ante la autoridad romana. Por supuesto, el teatro que armó la autoridad religiosa judía estaba dirigido a eliminar del escenario a Jesús de Nazaret y tratar de levantar los obstáculos procesales que su propio derecho imponía al juzgamiento de Jesús por su Juez natural, violentando la misma ley de la cual se decían guardianes y defensores.

La interferencia jurisdiccional entre el Sanedrín y la autoridad del magistrado imperial fue propia de un parámetro quiritario de coexistencia normativa con fueros nacionales separados, bajo el *ius sui legibus uti.* Pero siempre aplicable bajo la premisa de no contradecir los principios del orden quiritario y el resguardo del orden público y la estabilidad política en las provincias; precisamente, lo que estaba en juego en el drama pascual. Tal peligro explica la decisión de Pilatos ante la exigencia del Sanedrín.

El mensaje espiritual de Jesús de Nazaret, su mesianismo asuntivo, fue manipulado por la autoridad religiosa para presentarlo como político. Lo cierto del caso es que han sido siglos de vigencia del llamado al Reino de Dios y aun prosigue la confusión y el enfrentamiento con los poderes que se resisten al llamado.

7. NOTAS DE REFERENCIA

ÁLVAREZ, Tulio, ***Comentarios a las Institutas de Justiniano*** (cuatro tomos). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010-12.

BARBAGLIO, Giuseppe, ***Jesús Hebreo de Galilea***. Secretariado Trinitario, Salamanca , 2003.

BROWN, Raymond, ***Jesús, Dios y Hombre***. Editorial "Sal Terrae", Santander, 1973.

FLAVIO JOSEFO, ***Antigüedades de los Judíos***. Libros CLIE, Barcelona, 2004.

_____, ***Las Guerras de los Judíos***. Libros CLIE, Barcelona, 2005.

FLUSSER, David, ***Jesús en sus palabras y en su tiempo***. Ediciones Cristiandad, Madrid, 1975.

GIRARD, Paul F., ***Manuel Elementaire de Droit Romain***. (8ª edición revisada y aumentada por F.Senn. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1937.

IMBERT, Jean, ***El Proceso de Jesús***. Publicaciones Cruz O., S.A., México, 1995.

KASPER, Walter, ***Jesús, El Cristo***. 8ª edición. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1992

KESSLER, Hans, ***La Resurrección de Jesús (Aspecto bíblico, teológico y sistemático***). Ediciones Sígueme, Salamanca, 1989.

LINTOTT, Andrew, ***The Constitution of the Roman Republic***, Oxford University Press, New York, 1999.

MEIER, John P., ***Un Judío Marginal (Nueva visión del Jesús histórico)***. Editorial Verbo Divino, Navarra, 1999.

ORTOLAN, M., ***Histoire de la Legislation Romaine***. E. Plon éd., Paris, 1876.

Artículos y conferencias:

ÁLVAREZ, Tulio Alberto***, La Noción Quiritaria de Imperium y la Reflexión Teológica en el Surgimiento del Constitucionalismo***. XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Ciudad de México, DF, 26 al 28 de agosto de 2015. https://www.academia.edu/13957612

LUCIANI, Rafael, ***El mesianismo asuntivo del Hijo del Hombre. Reflexión a la luz de la cristología contemporánea***. Theologica Xaveriana [en linea]. 2018, 68(186), 1-27 [fecha de Consulta 11 de Diciembre de 2020]. ISSN: 0120-3649. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=191056023007

_____ ***Seguidores y discípulos del Reino en la praxis fraterna del Jesús histórico***, en ITER Teología 42-43 (2007).

_____ ***El Jesús histórico como norma hermenéutica para la teología y criterio para ser testigos en el seguimiento***, en ITER Teología 37-38 (2005).

_____ ***Sobre las inversiones del poder y el reconocimiento de las diferencias. El sentido teológico del poder, del dilema al drama".*** En Revista ITER Teología 30-31 (2003).

RAMELLI, Ilaria ***Alcune osservazioni sulle occorenze di Crux in Manilio, Séneca, Giovenale, Marziale***, en ***Espacio, Tiempo y Forma***, en Historia Antigua, t. 12, 1999, págs. 241-252.

TRIGO, Pedro, ***La Resurrección de Jesús***, en Revista ITER Teología 37-38 (2005).

_____ ***Decir hoy el reino de Dios***, en Revista SIC, Año LXIII, Nº 623, abril 2000.

Fuentes primarias:

Iustiniani Digestae. Versión de Theodor Mommsen y Paul Krüger. Edición berlinesa originaria del año 1882. Existen varias ediciones bilingües [latín-español]; entre ellas, la preparada por Ildefonso L. García del Corral, bajo la denominación Cuerpo del Derecho Civil romano, Barcelona, 1889; la de Arangio Ruiz-Guarino denominada ***Brevarium juris romani***, Milán, 1943, contiene, además, las Instituciones de Gayo; y la versión castellana de A. D´Ors, Digesto de Justiniano, Pamplona, 1975.

Iustiniani Institutiones. Editada por Paul Krueger y el mismo Momsem, originariamente en Berlin 1872, con la reedición de 1954. Adicionalmente, traducida al castellano, Instituciones de Justiniano, en edición bilingüe [latín-español], incluyendo un comentario sobre Justiniano y las Institutas elaborado por M. Ortolán, profesor de la Universidad de París, editadas en Bogotá, en el año 2006. Igualmente, se incluyen en la compilación de García del Corral, ya citada.

Codex Iustinianus. En similar trabajo de edición de Paul Krüger. Originariamente, en Berlín, 1877.

Gai Institutionum Commentarius. La clásica traducción del profesor Alvaro D'Ors Pérez Peix, editada en Madrid, el año 1943; la de Studemund y P. Krüger, editada en Berlín, el año 1923; Julio Ortiz Márquez escribió sus Comentarios a las Instituciones de Gayo, edición hecha en Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1985, sobre la base de la traducción de Alvaro D'Ors.

Tituli ex corpore Ulpiani. El libro de Reglas de Ulpiano ha sido traducido al castellano por Francisco Hernández Tejero y Jorge, bajo la responsabilidad del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Ministerio de Justicia, Madrid, 1946.

RESUMEN

El autor resalta la incidencia del drama de la cruz, marcado por claras señales de iniquidad, en la visión de mesianismo cristiano que anhela el advenimiento del Reino de Dios, marcado por la perfección y la realización de la Justicia. Con base a las fuentes quiritarias directas, devela la naturaleza del proceso ejecutado contra Jesús de Nazaret concluyendo que constituye un error insertarlo en el ámbito del derecho penal romano y procedimientos ordinarios como la *cognitio extra ordinem*. En este sentido, demuestra que se conformó una decisión política, fuera de un juicio penal ordinario, la cual no puede ser calificada como sentencia. Pilatos ejecutó un proceso sumario, bajo ley marcial, signado por una *rei publicae* causa, excepcional y extraordinario, lo que resalta aún más la causa verdadera de la persecución y muerte de Jesús de Nazaret. Igualmente, analiza la reciproca interferencia jurisdiccional entre el Sanedrín y la autoridad del magistrado imperial determinando que, desde la perspectiva judía, fueron violentadas las normas procesales y la legitimidad para juzgar del propio tribunal. Concluye así que, al margen que el mesianismo espiritual de Jesús fuera tergiversado, su prédica y acciones constituyeron un reto insoportable para la autoridad religiosa y política de su tiempo.

PALABRAS CLAVE:

derecho romano,
lesa majestad,
magistraturas provinciales,
reino de Dios,
mesianismo asuntivo,
cruxificción.

FRANCISCO DE MIRANDA: NOTAS SOBRE EL LEGISLADOR OLVIDADO
A 270 años de su natalicio.

PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS.*

* Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Páginas: 1773-1790 ISSN: 0798-1457

La figura de Francisco de Miranda, egregia y universal, siempre fue reverenciada por mi familia. Su leyenda de héroe trágico que protagonizó las tres revoluciones más significativas de su tiempo, de pensador versado en todo lo humano, de trashumante incansable considerado uno de los fundadores del género de los diarios de viaje, de americano que sacrificó su existencia para crear y definir nuestra nacionalidad, concitó siempre la admiración y el respeto de mis antepasados. Mi abuelo, Enrique Urdaneta Maya, fue un conspicuo mirandino.

Aunque sería Guzmán Blanco en 1883, al erigirle una estatua de bronce, el primero que desde el alto gobierno le rindió justo homenaje al prócer, fue el general Joaquín Crespo quien realmente reestableció la valía y dimensión del Precursor en nuestra historiografía al decretar la celebración nacional de la "Apoteosis de Miranda". Durante tres días, entre el 3 y el 5 de julio de 1896, se realizaron actos y fiestas cívicas en todas las ciudades del país. En Caracas hubo obras teatrales, conciertos y desfiles, se inauguraría el Cenotafio en el Panteón Nacional y la famosa pintura "Miranda en la Carraca" de Arturo Michelena ganaría el premio de la Exhibición artística convocada en el marco de aquella conmemoración, consagrando definitivamente a Miranda en la iconografía nacional y el inconsciente colectivo.[1]

En esa celebración fue justamente mi abuelo Enrique Urdaneta Maya uno de los llamados, desde la tribuna del Palacio de Gobierno

[1] Al respecto, véase: José María Salvador González, "La imagen artística de Francisco de Miranda a fines del siglo XIX y su impacto en la sociedad venezolana de entonces", en *Congreso Internacional Conmemoración del Bicentenario de la Expedición Libertadora de Francisco de Miranda*: *"Las independencias de la América Latina: Génesis, proceso y significado actual",* Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, Coro, Venezuela, 31 julio-3 agosto 2006. Disponible en https://eprints.ucm.es/id/eprint/7062/, consultado el 20 de diciembre de 2020.

de Trujillo, a rendir con sus palabras un sentido homenaje al relegado mártir que volvía a ocupar un sitial de honor en el afecto de la patria y en el corazón de los venezolanos:

"¡Francisco de Miranda! ¡Qué mezcla confusa de recuerdos tristes y sentimientos elevados se agitan en mi ser al evocar este augusto nombre! ¡Oh Miranda! ¡Cuánto te ha compadecido mi imaginación de niño! ¡Cuánto te ha admirado mi imaginación de hombre!

Como los grandes hombres de la Antigüedad iniciaste la carrera de tu vida por el estudio, para así servir en más grande escala a tu adorada Patria; como ellos fuiste a sorprender los secretos de la Ciencia en ignotas y lejanas tierras, para regresar con ellos y vulgarizarlos en la imaginación del pueblo. Fuiste sabio y virtuoso como el ateniense Solón, héroe y patriota como el espartano Leónidas; y ¡Oh! dolor calumniado y mártir como el héroe de Maratón."[2]

No le faltaba razón a mi abuelo cuando resalta la insaciable curiosidad científica y humanista de Miranda. No solo fue un lector voraz, dueño de varias monumentales bibliotecas alabadas por sabios y estudiosos que las frecuentaron, sino también un pensador que alcanzó iluminar saberes tan disímiles como la música y la medicina, las bellas artes y la historia militar, la política, la filosofía y la religión. Es conocido su dominio casi perfecto del inglés y el francés, así como su comprensión del griego y el latín, aunado a sus conocimientos del italiano, el portugués y el alemán.

Pero si bien las muchas facetas de Miranda han sido exploradas con frecuencia y constancia, sobre todo las de militar, viajero y revolucionario, su enigmática personalidad, fantaseada y recreada al calor del romanticismo decimonónico, terminó siendo más popular por sus revelaciones íntimas vertidas en sus diarios y cartas que por sus logros públicos trascendentes.[3] Esa mirada desviada, casi morbosa, que nos

---

[2] El texto completo de las palabras pronunciadas por el Dr. Enrique Urdaneta Maya en el acto oficial en el Palacio de Gobierno para la celebración de la Apoteosis del Generalísimo Francisco de Miranda, el 5 de julio de 1896 en la ciudad de Trujillo, se incluye como anexo al final del presente trabajo.

[3] No en vano Polanco Alcántara, citando a Parra Pérez, expresa que "Miranda es el Prócer de nuestra Historia sobre el cual se han escrito más mentiras, se han inventado más leyendas y se han creado más fantasías". Tomás Polanco Alcántara, *Francisco de Miranda ¿Ulises, Don Juan o Don Quijote?*, Editorial Vencemos, Caracas, 1997. p. 9.

lega a un Miranda a medio camino entre Casanova y el Marqués de Sade apoca la sustancial obra de pensamiento que, desde luego, merece primacía antes que sus lances amorosos o las anécdotas sensuales, a todas luces irrelevantes y episódicas cuando hablamos de uno de los mayores portentos intelectuales que diera la América en el siglo XVIII antes de Bello. Fue Miranda quizás el espíritu más avanzado que haya nacido en el suelo venezolano y, sin duda, el primer latinoamericano de significación universal y el símbolo más elocuente del drama venezolano.[4] Precisamente un rasgo que no ha recibido la suficiente atención en el Precursor, salvo honrosas excepciones, es el de legislador. Materia extensa y profunda, en estas líneas apenas me propongo escudriñar someramente en la epidermis de este tema.

Como cosa de la fortuna es precisamente Andrés Bello uno de los primeros que deja patente la contribución inmensa de Miranda en el campo de las leyes. Lo ha conocido en Londres, en su casa de Grafton Street, donde recala junto con Bolívar y López Méndez en 1810. Allí vive un tiempo, admirado con la biblioteca de más de 6.000 ejemplares, antes de que el propio Miranda embarque a Caracas y Bello se establezca en Londres por muchos años. Cultor de Virgilio, el gran poeta que era Bello descubre en aquella magnífica estancia hasta 17 ediciones diferentes de las obras del maestro del Dante. Muchas veces durante aquel período de residencia londinense y en ausencia del dueño, Bello abrevará de las fuentes atesoradas con tanta pasión por el bibliófilo que fue Miranda.

En carta respuesta de John Robertson a Andrés Bello del 10 de diciembre de 1810, agradeciéndole que éste le presentara al Precursor, Robertson afirma tener la misma opinión que Bello sobre Miranda:

> "Mi opinión es muy conforme a la de usted respecto de este hombre ilustre, y no he necesitado mucho tiempo para reconocer en él al estadista, al guerrero y al legislador consumado."[5]

---

4 Rafael Caldera, "Francisco de Miranda", en *Moldes para la Fragua*, Dimensiones Caracas, Venezuela, 1973. p. 43.

5 Andrés Bello, *Obras Completas*, Vol. XXV, La Casa de Bello, Caracas, 1984. p. 20.

Y para más prueba en su célebre "Alocución a la poesía" (1823), Bello ensalza en versos límpidos a Miranda y como primera mención se refiere a su devoción por las leyes:

¡Miranda! de tu nombre se gloria
también Colombia; defensor constante
de sus derechos; de las santas leyes,
de la severa disciplina amante.

Constitucionalista y hombre de leyes autodidacta, Miranda fue un seguidor de los grandes pensadores del empirismo. De John Locke, padre del liberalismo clásico, hizo suya la idea de los cuatro derechos naturales que el Estado debía proteger, a saber, la vida, la libertad, la propiedad, que no era absoluta, y el derecho mismo a defenderlos todos. El ciudadano cedía al Estado la responsabilidad de velar por estos derechos a través de un pacto entre el individuo y el colectivo llamado Constitución. De David Hume ponderó y apreció la importancia del Estado de Derecho y la moderación política tanto en el respeto a lo comunitario como al espíritu de lo público. También llegó a compartir la visión de Hume sobre un Estado mixto (monárquico y republicano a la vez, en el sentido inglés) para proteger la justicia y salvaguardar la libertad de prensa. Igualmente de importancia en su biblioteca fue "De los delitos y las penas" (1764), el popular libro del Marqués de Beccaria en donde se sostenía que los delitos eran violaciones al contrato que garantizando el orden de la sociedad, protegía los derechos de los individuos. Para los delitos se requería la proporcionalidad de la pena, excluyendo la de muerte que el italiano reconocía como inútil pues no impedía los crímenes ni tenía fuerza disuasoria. Esta comprensión humana de la justicia estuvo muy acendrada en Miranda como se demuestra en los muchos eventos que protagonizó tanto en la Revolución francesa como en la guerra de Independencia en Venezuela, lo que por cierto le ganó detractores y críticos entre los que se cuenta el propio Bolívar.[6]

[6] Bolívar en su "Manifiesto de Cartagena" de 1812, intentando explicar el porqué de la caída de la Primera República, llega a denostar de los métodos civilistas empleados, lo que seguramente le impulsará a su cruel e inhumano Decreto de guerra a muerte de 1813. En el mencionado "Manifiesto de Cartagena" sostiene entre las razones de dicha pérdida haber

Pero sin duda fue en Montesquieu donde Miranda encontró a su verdadero maestro sobre la organización del Estado, el Derecho constitucional y el imperio de la ley. En su biblioteca Miranda logró tener la colección completa de las obras del barón francés, pues éstas ya habían sido reunidas en una primera edición en Ámsterdam en 1758. Sin embargo, sería "El espíritu de las leyes" el libro señero y primordial en la consideración del Precursor. Tanto lo fue que al visitar en abril de 1789 el Castillo de la Brede, donde Montesquieu lo escribiera, Miranda asentó en su Diario: "¡No me hartaba de considerar el sitio en que la más brillante obra del espíritu humano se había producido!"[7] Como Montesquieu, Miranda admiraba la Constitución inglesa, que si bien no es un único documento escrito, es una constitución no codificada y plasmada en una serie de leyes, tratados, acuerdos parlamentarios, prerrogativas reales y reflejada en numerosas sentencias. Pero prueba de su pensamiento crítico es que en alguna oportunidad también la criticó, pues llegó a sostener que mucho de lo escrito por Montesquieu sobre la Constitución inglesa en "El espíritu de las leyes" no existía en la realidad y era solo teoría.

Quizás la mayor influencia que el Precursor obtuvo de Montesquieu sea la teoría de la separación de los poderes del Estado. Sobre este tema, Miranda se explayó en los diferentes proyectos de Constitución para la América Hispana que redactó. Justamente su labor constitucionalista es uno de los aspectos más estudiados del Miranda legislador. Aunque se habla de dos proyectos de Constitución preparados por Miranda que difieren sustancialmente en visión, lo cierto es que si nos remitimos a lo narrado por el propio Precursor en su titánico archivo que bautizara *Colombeia*, habrían sido cuatro los textos constitucionales que redactó. El primero alrededor de 1790, que es donde expone

---

tenido "*filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica y sofistas por soldados*" en una clara alusión a Miranda. Al respecto véase: Simón Bolívar, "Manifiesto de Cartagena", en: *Doctrina del Libertador*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1985. p. 8 y en *Itinerario Documental de Simón Bolívar. Escritos selectos,* Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1970. pp. 115 y ss.

7 Al respecto véase: Karina Zavarce y Edgardo Mondolfi Gudat, (Comp.): *Francisco de Miranda. Memorias de un viajero. Fragmentos de sus diarios de viaje (1784-1791),* Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2001. p.153.

el modelo monárquico a la inglesa, y el segundo en 1798. Ambos los entrega al Primer Ministro inglés William Pitt y el segundo, además, se lo comunica al presidente norteamericano John Adams en 1798. De este último texto solo se tiene noticia por Miranda y se asume como muy similar al de 1790 que es el que copia en Inglaterra José Gil Fortoul a petición de la Academia venezolana de la Historia, y publica en su "Historia Constitucional de Venezuela"[8]. Las otras dos Constituciones son de 1801 y 1808, siendo esta última la que hace distribuir entre los cabildos americanos pero que, en esencia, es muy similar a la anterior. Desde luego, no son estas breves anotaciones el lugar adecuado para comentar estos proyectos constitucionales. Faltaría espacio y ha habido suficiente investigación a propósito[9]. Baste entonces dejar claro que entre las propuestas constitucionales de 1790 y 1798 (ambas tituladas *Projet de Constitution pour les Colonies hispano-américaines)* y las de 1801 y 1808 media un cambio de perspectiva importante. En las primeras la admiración de Miranda por el sistema constitucional inglés, la influencia de Montesquieu y Hume y su deseo de complacer a la corona británica para obtener sus favores para la causa de la independencia americana, lo llevan a decantarse por la forma monárquica parlamentaria, pero en las dos últimas ya el Miranda republicano se impone. Son sus proyectos de Gobierno Federal en donde las figuras de los Cabildos y las Asambleas Provinciales tienen especial significación. Como afirma Caracciolo Parra Pérez:

> "El general habló siempre de una federación continental, porque sabía que las diferentes circunscripciones políticas y administrativas del imperio español luchaban por conservar y ensanchar su

[8] Al respecto véase: José Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Ediciones Sales, Caracas, 1964. pp. 173 y ss.

[9] Al respecto véase: Miguel A. Villarroel, *Miranda, primer legislador de América*, Instituto de estudios históricos mirandino, Caracas, 1970; Carmen Bohorquez, *Francisco de Miranda y el proceso de constitución de una identidad americana*, Tesis doctoral, Universidad París III-Sorbonne Nouvelle, 1996, L'Harmattan, París, 1998; Xavier Reyes Matheus, *Revolución y constitución en el pensamiento de Francisco de Miranda*, Tesis doctoral, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid, España, 2016; Allan R. Brewer Carías, "Francisco de Miranda y las revoluciones del mundo moderno: Estados Unidos de América, Francia y América Latina" en *Unas pinceladas de historia: Miranda, Bello, Bolívar,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020. pp. 163-183.

> soberanía. Un gobierno central que abarcara un territorio que va de México al Río de la Plata era irrealizable. Otra cosa sería multiplicar las autonomías locales en el seno de dichas circunscripciones".[10]

Por cierto, es al citado Parra Pérez a quien le cabe el mérito de haber rescatado para el país el Archivo *Colombeia* del Generalísimo, extraviado por un siglo en una biblioteca privada de Cirencester, Inglaterra, y que gracias a los oficios de otro connotado biógrafo mirandino, el norteamericano William Spence Robertson, salió a la luz. *Colombeia* descansa ahora en el Archivo General de la Nación. Desde el 2007 la UNESCO lo incluyó en el Programa Memoria del Mundo.

Casi todos los historiadores e investigadores versados en la materia concluyen que un importante factor de cambio en el pensamiento y en las contribuciones constitucionales del Precursor fue el conocimiento profundo y de primera mano que adquirió sobre la democracia norteamericana que acababa de instaurarse tras entrar en vigencia su Constitución de 1787. Miranda fue amigo y contertulio de algunos de los ideólogos y padres fundadores de la nueva nación: Alexander Hamilton, el campeón del federalismo, Thomas Jefferson y su secretario de Estado James Madison, Samuel Adams, John Adams (que sería presidente del país) y George Washington, el líder de la Independencia a quien por cierto Miranda no tenía en mucha estima como intelectual pero sí como ejemplo de servidor y funcionario público. Con muchos de ellos, en especial los Adams, sostuvo interesantes polémicas sobre aspectos fundamentales de la Constitución de los Estados Unidos. En los Diarios del Precursor aparecen muchas menciones de estas discusiones:

> "Boston, septiembre de 1784: Aquí he tenido el gusto de comunicar al famoso republicano, agente principal en la pasada revolución, Mr. Samuel Adams. Es sujeto de talentos y conocimientos extensos en la legislación. Tuvimos nuestras conferencias muy dilatadas acerca de la constitución de esa república, y a dos objeciones que le propuse sobre la materia manifestó convenir conmigo después que masticó bien los puntos: la primera fue: ¿Cómo en una democracia,

[10] Caracciolo Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1992. p. XXIII.

> cuya base era la virtud, no se señalaba puesto alguno a ésta? Y, por el contrario, todas las dignidades y el poder se daban a la propiedad, ¡que es justamente el veneno de una república semejante! El otro fue la contradicción que se observaba entre admitir como uno de los derechos de la humanidad el tributar culto al ente supremo de modo y forma que le parezca, sin dar predominancia por ley a secta alguna, ¡y que después se excluyera de todo cargo legislativo o representativo al que no jurase ser de la religión cristiana! Graves solecismos, sin duda."[11]

Pero su conocimiento sobre la organización del Estado y los derechos del hombre no solo le permitía debates de tal alcance con los estadistas norteamericanos. También se permitía el lujo de criticar y reconvenir a los constitucionalistas franceses. En temas como la libertad de cultos y la igualdad jurídica de la mujer, Miranda fue un adelantado a su tiempo. Obviamente lo primero era inspiración directa de la Ilustración, pero en cuanto a los derechos de las mujeres tuvo argumentos propios para su defensa. De sus escritos más notables a este respecto está la carta al Alcalde de París y Presidente de la Convención Nacional, Jérôme Pétion de Villeneuve. Cuando escribe esa misiva fechada el 26 octubre de 1792, Miranda está en campaña en Bélgica al frente de la Segunda División del Ejército del Centro del general Dumouriez. Su carta, de una frontalidad y claridad sorpresivas, es una prueba indiscutible de su posición y pensamiento sobre ese tema:

> A propósito de legislación, estoy muy contento de ver que el demagogo Robespierre ha caído en el olvido donde debiera haber estado siempre, por el bien de la cosa pública a la que ha hecho ya bastante daño. Pero veo con indignación que V. tiene que sufrir que otros más infames todavía, tales como Marat, Cha..., etc., difamen a los hombres virtuosos, a la nación y a la Convención Nacional impunemente. Recuerde V. que por una igual negligencia la última Asamblea Legislativa se envileció ante los ojos de la nación y de Europa hasta el punto de reducir casi a cero su autoridad. El Comité de Legislación me parece estar muy bien compuesto, ¡y sus nueve

[11] Al respecto, véase: Karina Zavarce y Edgardo Mondolfi Gudat, ob. cit., p. 146.

> miembros poseen más conocimientos sobre esta importante materia que quizás todo el resto de los hombres juntos!
> Le recomiendo una cosa de mi parte, sabio legislador, ¡y son las mujeres! ¿Por qué, en un gobierno democrático, la mitad de los individuos no está directa o indirectamente representada, mientras que ellas están igualmente sujetas a la misma severidad de las leyes que los hombres han hecho a su voluntad? ¿Por qué, al menos, no se les consulta sobre las leyes que les atañen más directamente como son las del matrimonio, divorcio, educación de los hijos, etc.?
> Confieso a V. que todas estas cosas me parecen usurpaciones irritantes y muy dignas de ser tomadas en consideración por nuestros sabios legisladores. Si yo tuviera aquí mis papeles, encontraría algunas observaciones que he hecho sobre este mismo tema, hablando de ello con algunos legisladores de América y de Europa, que nunca me dieron ninguna razón satisfactoria, habiendo convenido en su mayoría de la injusticia.[12]

Durante aquella campaña de 1792 y 1793, como comandante en jefe del ejército del norte en Bélgica autorizado por el Ministerio de Guerra, Miranda impone la Ley Marcial con un articulado que él mismo redacta. También proclama varios decretos relativos a la rendición de los austríacos y su entrega de armas, la regulación de la ocupación de Amberes y la normativa para el trato de prisioneros, en donde demostró su humanismo al suspender varias ejecuciones y castigos e imponer un trato justo y digno a los reos, lo que le valió duras críticas durante su juicio tras la caída de Neerwinden y la traición del general Dumouriez.[13]

Luego en 1975, unos meses después de su prisión durante la época del terror, regresa a la palestra política francesa al editar un folleto titulado "Miranda sobre la situación actual de Francia y sobre los remedios

---

[12] Francisco de Miranda, *Carta del General Miranda a Pétion, Alcalde de París, Presidente de la Convención Nacional. Valenciennes, 26 de octubre de 1792,* Archivos Nacionales de Francia, F/7 /4774 Policía General. Transcripción de Gloria Henríquez Uzcátegui y Miren J. Basterra. Disponible en: http://www.franciscodemiranda.info/es/documentos/cartapetion.htm, consultada el 20 de diciembre de 2020.

[13] Al respecto véase: Arístides Rojas (comp.), *Miranda en la Revolución Francesa, colección de documentos auténticos referentes a la Historia del General Francisco de Miranda durante su permanencia en Francia de 1792 a 1798*, Litografía e Imprenta Nacional, Caracas, 1889. pp. 222 y ss.

adecuados para sus males"[14]. Allí hace importantes consideraciones jurídicas, desarrolla argumentos legales, propone ideas y defiende doctrinas en el marco de la confección de la nueva Constitución de 1795 que entonces se estaba discutiendo. El escrito llegó a ser tan popular y polémico que la prensa parisina se hizo eco de él y avivó el debate político, poniendo de nuevo a Miranda en el ojo del huracán.

En Venezuela, cuando arriba con su fallida expedición de 1806, la pulsión del hombre que a través de las leyes busca el orden, la paz y la emancipación de España lo lleva a redactar su célebre Proclama de Coro mediante la cual espera imponer en su patria su anhelo independentista y forjador de la nacionalidad. En su proclama anuncia que trae un nuevo orden civil y la felicidad para las castas oprimidas como los indios, los pardos y los morenos libres. Dispone también, enérgicamente, que todos los ciudadanos varones entre los 16 y 55 años deberían servir bajo el pabellón colombiano, imponiendo castigo para los rebeldes. Para llevar a cabo su plan ordena que los ciudadanos deberán acatar las siguientes disposiciones:

> I. Toda Persona Militar, Judicial, Civil u Eclesiástica que exerza autoridad comunicada por la Corte de Madrid, suspenderá ipso facto sus funciones -y el que las continuase despues de la presente publicación, así como el que las Obedeciese, será soberanamente Castigados.
> II. Los Cabildos y Ayuntamientos en todas las Ciudades, Villas y lugares exercerán en el ínterin todas las funciones de govierno, Civiles, Administrativas, y Judiciales con responsabilidad, y con arreglo a las Leyes del País: y los curas párrocos, y de misiones permanecerán en sus respectivas Yglesias y Parroquias, sin alterar el exercicio de sus Sagradas funciones.
> III. Todos los Cabildos y Ayuntamientos embiaran uno, ó dos Deputados al qüartel general del Exercito, afin de reunirse alli un govierno Provisorio que conduzca en tiempo Oportuno, á otro General y Permanente, con acuerdo de toda la Nación.
> IV. Todo Ciudadano desde la edad de 16, hasta la de 55 Años, se reunirá sin dilacion á este Exercito, traiendo consigo las Armas que

[14] Al respecto véase: Francisco de Miranda, *América espera.* (Ed. J. L. Salcedo Bastardo), Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1992. pp. 177-186.

pueda procurarse y si no las tuviese, se le darán en los depositas militares del Exercito; con el grado juntamente que combenga á su Zelo, Talentos, Edad, y Educacion.

V. El Ciudadano que tenga la baxesa de hacer Causa comun con los Agentes del Govierno-Español, ó que se hallase con Armas en Campamento, Ciudadela ó fuerte poseido por dicho govierno será tratado y Castigado como un traidor a su Patria. Si por el empleo que actualmente pueda poséer algunos de ellos, en servicio de la España, creiese su pusilanimidad que el honor le compele á servir contra la Yndependencia de su Patria, seran estos desterrados a perpetuidad del Pais.

VI. Por el contrario, todos aquellos que exerciendo en la actualidad empleos Militares, Civiles, ó de qualquiera especie se reuniesen con promptitud baxo los Estandartes de la Patria, reciviran honras y empleo proporcionado al zelo y Amor al Pais que huviesen manifestado en tan importante coyuntura: los Soldados, y marineros seran premiados igualmente conforme a su Capacidad y Zelo.

VII. Los depositarios del Tesoro publico lo pondran inmediatamente á disposicion de los Cabildos y Ayuntamientos, quienes nombraran sugetos aptos para el manejo, y para suplir al Exercito Colombiano quanto sea necesario á su manutención, y operaciones; no solamente en dinero, sino tambien en Provisiones, Vestuario, Frutos, Carruages, Mulas, Caballos, &, C.

VIII. Para precaver toda especie de insulto ú agresion de parte de la gente de guerra y Puestos avanzados del Exercito -los Magistrados, y Curas Parrocos de las Ciudades, Villas, y Poblados (baxo su personal responsabilidad) haran fixar la Bandera ó Ynsignia de la Yndependencia Nacional en la parte superior mas conspicua de las Yglesias- y los Ciudadanos llevarán también en el sombrero la Escarapela que denote sér tales, pues sin ella no. serian respetados y protegidos como hermanos.

IX. Esta Proclamacion será fixada por los Curas Parrocos, y por los Magistrados en las Puertas de las Yglesias Parroquiales, y de las Casas del Ayuntamiento para que llegue con brevedad á noticia de todos los habitantes y así mismo haran léer en las Parroquias, y Casas de Ayuntamiento respectivas una vez al día por lo menos, la Carta anteriormente mencionada del C. Viscardo, que acompaña este edicto.

> X. Qualesquiera impedimento, retardo, ú negligencia que se oponga al cumplimiento de estos nueve precedentes Articulos, será considerada como un grave perjuicio nacional, y castigada inmediatamente con severidad; -¡La Salud publica es la Ley Suprema!"[15].

Cuando retorna a Venezuela el 13 de diciembre de 1810, Miranda no imaginará la gran cantidad de enemigos y adversarios que despierta su nombre. Desde Juan Germán Roscio, jurisconsulto de notable actuación en todo el período independentista, que sin embargo ve en el Precursor una seria amenaza a los principios jurídicos que intenta imponer, hasta el Presbítero y diputado Ramón Ignacio Méndez que durante una acalorada discusión en el Congreso intenta agredir físicamente a Miranda. En ese mismo grupo habría que incluir a Francisco Javier Ustáriz, jurista que continuamente se opuso a las propuestas de Miranda en tono a veces irrespetuoso, y a todos los miembros de la aristocracia criolla que veían en los postulados de Miranda un peligro a la hegemonía que buscaban mantener. Desde el principio la Junta Suprema de Caracas le aclara que está solo invitado a Caracas y que desista de cualquier ambición o ilusión de liderazgo. Sin embargo eso es imposible en un ser que se ha preparado toda su vida para este instante. Desde la Sociedad Patriótica se pone al frente de la facción que promueve la Independencia de la corona de España. Él que había sido girondino durante la Revolución francesa (más por filiación con amigos de ese partido que por verdadera identidad ideológica), en Caracas pareciera volverse jacobino con una firme creencia en que el poder debe estar más centralizado dado el momento de anarquía y desorden que se vive.

Su participación como Diputado del Pao en el Acta de Independencia firmada el 5 de julio de 1811, y redactada por Juan Germán Roscio y Francisco Isnardi, es de gran relevancia aunque extrañamente puesta a un lado por los cronistas de su tiempo. Convence a muchos indecisos de la necesidad de refrendar la secesión. Esta actitud lo enemista aún

---

[15] El texto completo de la Proclama de Coro, se encuentra disponible en http://www.cervantesvirtual.com/portales/francisco_de_miranda/obra-visor/proclamacion-de-don-francisco-de-miranda-comandantegeneral-del-exercito-colombiano-a-los-pueblos-habitantes-del-continente-americocolombiano--0/html/ff6d5816-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_0_, consultado el 20 de diciembre de 2020.

más con los que solo buscaban oponerse a Napoleón y velar por los derechos de Fernando VII. Sin embargo el prestigio de Miranda crece en las calles. Trata como iguales a mulatos y blancos de orilla. Sus fogosos discursos, sus charlas y sus tertulias enseñan el vasto conocimiento que posee de historia, arte militar, filosofía, política y por supuesto leyes. Ante su alta estatura intelectual y prestigio, no queda más que reconocerlo.

A finales de 1811, cuando en el Congreso se discute la primera Constitución Nacional, Miranda es aún más relegado y marginado en su ejercicio como legislador. Como lo expresa Mariano Picón Salas:

> Es curioso como el utopismo de algunos ideólogos que pensaban, sobre todo en el sistema norteamericano, y el apetito más concreto de los oligarcas de provincia deseosos de descentralizar para ejercer mayor poder, desembocan en la Constitución promulgada por el Congreso en diciembre de 1811. Acosado por las dos fuerzas, Miranda ya no tiene valor para quebrar lanzas por el viejo proyecto constitucional, autoritario y casi napoleónico, que trajo en su baúl de viajero. Apenas formula algunas observaciones, no solo como diputado sino también como jefe militar de la revolución que nos devuelve –transformadas en burla y sarcasmo- su contendor Uztáriz. Pero con desdeñosa elegancia no se afana en llevar el debate a sus últimos límites; sabe que hay en contra suya una atmósfera de prevención y rivalidad que se expresó, por ejemplo, en aquel impertinente artículo de la constitución que exigía a los venezolanos larga e ininterrumpida residencia en el país, para desempeñar la primera magistratura.[16]

Por escrito exige Miranda que se asienten sus reparos sobre la nueva Constitución, quedando ello como testimonio de su honestidad intelectual:

"Considerando que en la presente Constitución los poderes no se hallan en un justo equilibrio, ni la estructura u organización general suficientemente sencilla y clara que pueda ser permanente, que por otra

[16] Mariano Picón Salas, *Miranda*, Ediciones del cuarto festival del libro venezolano, Caracas, 1958. p. 134.

parte no está ajustada con la población, uso y costumbres de estos países, de que puede resultar que, en lugar de reunirnos en una masa general o cuerpo social, nos divida y separe en perjuicio de la seguridad común y de nuestra independencia, pongo estos reparos en cumplimiento de mi deber."[17]

A partir de este momento la jefatura militar de la revolución le exige toda su atención. Aunque promoverá la Ley que abolió en todo el territorio al Tribunal de la Inquisición, no la firmará aquel 6 de febrero de 1812 cuando se aprueba pues está ausente del Congreso. Resulta paradójico que no lo hiciera siendo ese mismo tribunal el que le hizo la vida imposible en Cuba y España. Su última gran contribución como redactor de leyes, proclamas y acuerdos es la Capitulación de San Mateo que negocia con Monteverde entre el 12 de julio y el 25 de julio de 1812, día en que se firma. Texto impoluto en lo jurídico, lo militar y lo humano que sin embargo los vencedores desconocieron y manipularon a voluntad. Tras esto la prisión, al ser entregado por sus propios oficiales, grupo en el que se encontraba en primera fila un indignado y decepcionado Bolívar. Luego las cartas que envió a la Real Audiencia de Caracas y a las Cortes de Cádiz a fin de documentar y explicar su caso, así como denunciar las injusticias y vejaciones a las que había sido sujeto. Quizás la mayor de ellas fuese el haber sido reducido a prisión durante 4 años sin fórmula de juicio.

Este mirar rasante sobre el Precursor apenas hace brillar el portento que subyace en su vida. Difícilmente en el siglo XVIII conseguimos en el mundo otra personalidad con biografía semejante. Peregrino de la libertad, su amor por su patria fue como esas pasiones contrariadas que culminan en la tragedia. Su causa fue la independencia de América, a la cual ofrendó su vida y por la cual murió encadenado en el Arsenal de La Carraca.

Su obra intelectual, aunque dispersa en muchos ensayos, libelos, folletos, proclamas, artículos de prensa, cartas, diarios, escritos que se conservan en su monumental Archivo, o en recopilaciones como la de 300 páginas que se encargó de editar en Londres con José Manuel Antepara en 1810 (*South American Emancipation. Documents, Historical*

[17] Tomás Polanco Alcántara, ob. cit., p. 310.

and Explanatory, showing the Designs which have been in Progress, and the Exertions made by General Miranda, for the South American Emancipation during the last Twenty-Five years), representa un gigantesco caudal de su pensamiento que a pesar del tiempo transcurrido, no se ha logrado desentrañar por completo.

A 270 años del nacimiento de Francisco de Miranda hay que volver de nuevo a él. A su visión humanista de las leyes, a su espíritu civil, a sus elevadas reflexiones sobre la libertad y la virtud. Sin recibir los créditos, la obra de Miranda es heredada por Bolívar, en proyección, alcance y definición. Colombia es una invención de Miranda que Bolívar vanamente trata de instaurar. Allí está la Carta de Jamaica para demostrarnos que las ideas mirandinas estaban vivas y más que vivas en el pensamiento del Libertador. Eran el aliento de esperanza para el continente.

Regresar a Miranda es lo que debemos hacer para reivindicar el civilismo frente al militarismo. Volver a ese titán del sueño de libertad y justicia, en un tiempo en el que la pesadilla del autoritarismo y el irrespeto se prenden del país. Retornar pues a Miranda para encender de nuevo la fe.

ANEXO

Palabras pronunciadas por el Dr. Enrique Urdaneta Maya en el acto oficial en el Palacio de Gobierno para la celebración de la Apoteosis del Generalísimo Francisco de Miranda, el 5 de julio de 1896 en la ciudad de Trujillo.

¡Salve 5 de Julio! ¡Salve día inmortal! ¡Como los amantes del Derecho adoran a ese tu divino Sol, que hace germinar y crecer espléndida y lozana la semilla de la Libertad! ¡Cuán grande eres! Y como que si algo faltara para tu grandeza, como que si no estuviera satisfecha todavía tu ambición de gloria; el Gobierno de mi Patria, inspirado por un sentimiento generoso y puro, decreta para ser celebrada en esta fecha clásica la Apoteosis del Generalísimo Francisco de Miranda.

¡Francisco de Miranda! ¡Qué mezcla confusa de recuerdos tristes y sentimientos elevados se agitan en mi ser al evocar este augusto

nombre! ¡Oh Miranda! ¡Cuánto te ha compadecido mi imaginación de niño! ¡Cuánto te ha admirado mi imaginación de hombre!

Como los grandes hombres de la Antigüedad iniciaste la carrera de tu vida por el estudio, para así servir en más grande escala a tu adorada Patria; como ellos fuiste a sorprender los secretos de la Ciencia en ignotas y lejanas tierras, para regresar con ellos y vulgarizarlos en la imaginación del pueblo. Fuiste sabio y virtuoso como el ateniense Solón, héroe y patriota como el espartano Leónidas; y ¡Oh! dolor calumniado y mártir como el héroe de Maratón.

Al cuadro de tu grandeza insólita nada hace falta ya. Fuiste el primero que acarició en su mente la grandiosa idea de la libertad; en la Asamblea en que se decreta la Independencia de Venezuela estás allí, rubricando con tu gloriosa y centellante espada aquella acta legendaria; en los campos de batalla de la famosa República Francesa combates y derramas tu preciosa sangre al lado de aquellos centauros del Derecho; y ¡qué gloria puede competir con la tuya Miranda! En el Arco de la Estrella figura tu excelso nombre, inundado por las irradiaciones de tanta luz, acariciado, amado y bendecido por 40 millones de seres que adoran a los fundadores de su Libertad; y hoy el Pueblo Venezolano, esencialmente agradecido y justiciero, en inmenso, estrecho y fraternal abrazo se confunde, para celebrar de una manera digna tu Apoteosis como la del primer mártir de la Libertad Venezolana.

¿Y qué sombra podría arrojar sobre la divina luz del cuadro de tu gloria, la desgracia de la Victoria, la infamia de que fuiste víctima en la Guaira, tu cadalso en la Carraca? ¿No es sabido que los genios tienen émulos que los calumnian, que el bautismo de los inmortales es el martirio?

¡Salve Miranda!

ACUERDOS

ACUERDO
OTORGAMIENTO DE LA ORDEN
"JUAN GERMÁN ROSCIO"
AL DR. LUIS LEONARDO ALMAGRO LEMES.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1793-1796 ISSN: 0798-1457

Acuerdo de Otorgamiento de la Orden "Juan Germán Roscio" al Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes

Considerando

Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo de Creación de la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio" el Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes fue postulado como beneficiario de la Orden.

Considerando

Que el Consejo de la Orden, en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo de Creación de la Orden, procedió a analizar las credenciales y méritos del Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes y tomó en cuenta que el postulado, desde su posición de Secretario General de la Organización de Estados Americanos, ha sido un incansable promotor de la institucionalidad democrática y los derechos humanos en el hemisferio en general y, en Venezuela, en particular: ha denunciado la crisis humanitaria compleja que padece el país, en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente, de los derechos a la salud y a la vida del pueblo; ha mantenido un compromiso incondicional con la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades de los venezolanos; ha luchado por el restablecimiento del poder legítimo en Venezuela y por el respeto al estado de derecho; así como

por la realización en Venezuela de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, así como el régimen plural de partidos.

Considerando

Que en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de fecha 15 de diciembre de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Acuerdo de Creación de la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio, fue considerada, estudiada y aprobada la recomendación del Consejo de la Orden de otorgar al Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio.

Acuerda

Otorgar la Orden Academia de Ciencias Políticas y Sociales "Juan Germán Roscio" al Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes.

Procédase a realizar la correspondiente participación al recipiendario y a convocarlo a la sesión solemne que especialmente se realizará para el otorgamiento de la medalla, el botón respectivo y el diploma de la Orden. Publíquese en el Boletín de la Academia y entréguese copia del mismo a los distinguidos académicos.

Dado en el Palacio de las Academias, a los quince (15) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020).

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

ACUERDO DE JÚBILO

POR LA ENTREGA
DEL PREMIO ALMA MATER, EDICIÓN XV,
OTORGADO POR LA ASOCIACIÓN
DE EGRESADOS Y AMIGOS DE LA UCV
AL DR. ALLAN BREWER-CARÍAS.
25 DE NOVIEMBRE DE 2020.

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1799-1802 ISSN: 0798-1457

Acuerdo de Júbilo

Considerando

Que la Asociación de Amigos y Egresados de la Universidad Central de Venezuela, en atención a los méritos y circunstancias que concurren, el 25 de noviembre de 2020, le otorgó el premio Alma Mater en su XV edición al Dr. Allan R. Brewer-Carías, Individuo de Número y expresidente de esta Academia.

Considerando

Que el premio Alma Mater es una distinción creada por la Asociación de Amigos y Egresados de la Universidad Central de Venezuela, con el fin de reconocer el talento y el aporte de los egresados de esa casa de estudios al país y al mundo que, con su actuación han constituido un ejemplo vivo de trabajo, disciplina, estudio, voluntad de servicio y vigencia universitaria que enaltecen el gentilicio de la Universidad Central de Venezuela.

Acuerda

Primero: Manifestar su júbilo por el alto reconocimiento conferido al Individuo de Número, Dr. Allan R. Brewer-Carías, quien ocupa el Sillón Número 10 de esta Academia. Venezolano ejemplar comprometido con los valores sagrados de la educación, la democracia y la libertad de Venezuela, referencia moral e intelectual para esta Académica, el país

y mundo, siendo uno de los más notables exponentes del pensamiento jurídico iberoamericano y sin lugar a duda, uno de los más conspicuos egresados de la Universidad Central de Venezuela.

Segundo: Hacerle entrega de este Acuerdo de Júbilo al Individuo de Número, Dr. Allan R. Brewer-Carías, en la próxima Sesión de la Academia y hacer público el mismo.

En el Palacio de las Academias, a los 25 días del mes de noviembre de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

ACUERDO DE DUELO

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL ILUSTRE ABOGADO Y POLITÓLOGO
VENEZOLANO
DR. JUAN CARLOS REY, EN CARACAS
EL DÍA 31 DE OCTUBRE DE 2020.**

BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES Nº 161 – JULIO-DICIEMBRE 2020
Páginas: 1805-1808 ISSN: 0798-1457

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Considerando

Que el día 31 de octubre de 2020 falleció en esta ciudad de Caracas el ilustre abogado y politólogo venezolano Dr. Juan Carlos Rey, "Doctor Honoris Causa" por la Universidad Central de Venezuela, discípulo de Don Manuel García-Pelayo, este último, Primer Presidente del Tribunal Constitucional español, creador y primer director del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela.

Considerando

Que el Dr. Juan Carlos Rey cumplió una elevada función en la docencia e investigación de la Ciencia Política en Venezuela, durante cincuenta y ocho años; fue profesor fundador y director del Instituto y de la Escuela de Estudios Políticos en la Universidades Central de Venezuela, director de la Fundación Instituto de Ideas Avanzadas (IDEA), miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), e investigador y directivo de la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE).

Considerando

Que el Dr. Juan Carlos Rey cumplió la acertada función de exaltar desde las ciencias el digno y serio oficio de la política a través del pensamiento crítico, en cuyo ejercicio destacó como autor de primer orden,

a nivel nacional e internacional, en temas como la teoría constitucional, el estudio del poder político, la democracia representativa y los partidos, el liderazgo democrático, el populismo, las ideologías y la cultura política.

Considerando

Que el Dr. Juan Carlos Rey fue un ciudadano digno, que contribuyó incansablemente a la comprensión de nuestra realidad con vocación de cambio democrático, progreso social e institucional y al fortalecimiento de los derechos humanos en la sociedad venezolana. A lo cual se suma la formación de un conjunto numeroso de discípulos y seguidores.

Considerando

Que el Dr. Juan Carlos Rey construyó con su esposa Blanca González e hijos un hogar ejemplar, desde el cual pudo continuar su labor de investigación y escritura durante la dura enfermedad que lo afectó en sus últimos años.

Acuerda

Primero: Lamentar profundamente el fallecimiento y la pérdida para el país del Dr. Juan Carlos Rey.

Segundo: Guardar un minuto de silencio en su memoria en la sesión de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que tenga lugar una vez publicado el presente Acuerdo.

Tercero: Entregar el presente Acuerdo a su esposa Blanca González y a sus hijos

Dado en Caracas, el día 3 de noviembre de dos mil veinte.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

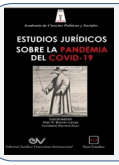
BOLETINES DIGITALES

BOLETÍN DIGITAL Nº 7
ACIENPOL - JULIO 2020

Año 2020 105° aniversario de Acienpol / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawsdley

Boletín Digital N° 7
Julio 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



Acienpol y Editorial Jurídica Venezolana Internacional

Obra: **Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del Covid-19 y el Decreto de Estado de Alarma en Venezuela**
Coordinadores: Allan R. Brewer Carias
Humberto Romero-Muci

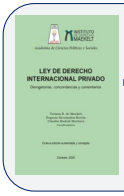
Disponible en www.acienpol.org.ve

Las Academias Nacionales

Obra: **Estudios y Pronunciamientos sobre la Pandemia del COVID-19**
Coordinador
Humberto Romero-Muci

Disponible en
www.acienpol.org.ve

Acienpol y la UCAB
Obra : **Manual de Derecho Constitucional**
Autor: Prof. Gerardo Fernández V.



Acienpol y el Instituto de Derecho Maekelt
Obra: **Ley de Derecho Internacional Privado**
Derogatorias, concordancias y comentarios

Tatiana B. de Maekelt
Eugenio Hernández-Bretón
Claudia Madrid Martínez

Octava edición aumentada y corregida

21 de julio de 2020
Conferencia del Profesor Claudio Grossman
Decano Emérito de Washington College of Law.
American University
"Experiencias en los litigios ante la Corte Internacional de Justicia: caso Bolivia vs. Chile"

23 de julio de 2020
La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia
Migrantes, pandemia y política en el Derecho Internacional Privado
Homenaje a la Dra. Tatiana de Maekelt

29 de julio de 2020
La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia **El Derecho Penal y sus desafíos en tiempos difíciles**
Homenaje al Dr. Tulio Chiossone

NOT@S

Pronunciamiento de las Academias Nacionales en rechazo a la violación del ordenamiento legal, efectos socioambientales y vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas
https://bit.ly/3hlaPbW

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) emitió Acuerdo de felicitación con ocasión del vigésimo aniversario de la *Biblioteca Andrés Aguilar Mawdsley*
www.acienpol.org.ve

Eventos con el coauspicio de Acienpol

-El "Discovery" y la Ley de Procedimiento Marítimo
02 de julio de 2020 https://youtu.be/8LVwfUlkBQ8
Asociación Venezolana de Derecho Marítimo

-Presentación de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. N° 13, en homenaje al Dr. James-Otis Rodner – 16 de julio de 2020
https://youtu.be/isFVrq7hDPY

-VI Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional "El futuro del arbitraje 2020"
20 de julio de 2020 https://youtu.be/BZczeqwDZXI
Asociación Venezolana de Arbitraje

-Temas sobre Derecho de Garantías
23 de julio de 2020 – https://youtu.be/Y16CVRY5Ilo
Universidad Católica Andrés Bello

Sesiones ordinarias del mes de julio de 2020

07 de julio de 2020

21 de julio de 2020

Palacio de las Academias
www.acienpol.org.ve
email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

BOLETÍN DIGITAL Nº 8
ACIENPOL - AGOSTO 2020

Año 2020 105° aniversario de Acienpol / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawdsley

Boletín Digital N° 8
Agosto 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sesión ordinaria del mes de agosto de 2020
04 de agosto de 2020

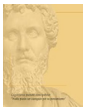
MEMORI@S

AÑO 2020 - Conmemoración del 105° aniversario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Miembros fundadores

ALEJANDRO PIETRI (hijo)
ALEJANDRO URBANEJA
ARMINIO BORJAS
CARLOS ALBERTO URBANEJA
CARLOS F. GRISANTI
CARLOS JIMÉNEZ REBOLLEDO
CRISTÓBAL L. MENDOZA
DIEGO BAUTISTA URBANEJA
DOMINGO ANTONIO CORONIL
EMILIO CONSTANTINO GUERRERO
ESTEBAN GIL BORGES
FRANCISCO A. GUZMÁN ALFARO
FRANCISCO GERARDO YANES
GUILLERMO TELL VILLEGAS PULIDO
JESÚS ROJAS FERNÁNDEZ
JOSÉ GIL FORTOUL
JOSÉ LORETO ARISMENDI
JOSÉ SANTIAGO RODRÍGUEZ
JUAN DE DIOS MÉNDEZ Y MENDOZA
JUAN FRANCISCO BUSTILLOS
JUAN JOSÉ MENDOZA
JUVENAL ANZOLA
LORENZO HERRERA MENDOZA
MANUEL ALFREDO VARGAS
PEDRO HERMÓGIO TELLERÍA
PEDRO ITRIAGO CHACÍN
PEDRO M. ARCAYA
PEDRO M. BRITO GONZÁLEZ
PEDRO MIGUEL REYES
RAÚL CRESPO VIVAS

Ulpiano



PRIMERA FUENTE DE REFERENCIA JURÍDICA DE VENEZUELA.
SERVICIO DE LA BIBLIOTECA DE @ACIENPOL

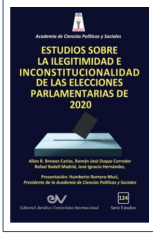
El "Proyecto ULPIANO" nació en julio de 2004 con la finalidad de crear una base de datos bibliográfica de tipo referencial, contentiva de la reseña histórica de las publicaciones periódicas jurídicas del país (revistas, boletines y anuarios) y por los artículos en ellas expuestos, a objeto de dar a conocer la producción jurídica nacional y difundir sus contenidos de manera digitalizada a través de la web: http://www.ulpiano.org.ve/

La base de datos cuenta con más de doscientos quince (215) títulos nacionales y más de trece mil cuatrocientos (13.400) artículos ingresados; así como con 35.386 visitas a la página Web solo para el primer semestre de 2020.

Conferencia del Prof. Juan Carlos Cassagne sobre "Los peligros que esconden los Populismos"

04 de agosto de 2020

Profesor de Derecho de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Miembro Correspondiente Extranjero de Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela por la República Argentina.



Acienpol y Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Libro: **Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020**, obra colectiva de la autoría de los Profesores Allan R. Brewer Carías, Román J. Duque Corredor, Rafael Badell Madrid y José Ignacio Hernández
https://bit.ly/3b5CWdf

Palacio de las Academias - Avenida Universidad.
www.acienpol.org.ve
email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

NOT@S

Pronunciamiento de @acienpol sobre la eliminación del voto universal, directo y secreto para elegir a diputados representantes de los pueblos indígenas. (11-08-2020)
https://bit.ly/33Rs4OG

Normas para presentación de trabajos a ser publicados en el Boletín y en la página web de @acienpol
https://bit.ly/3aYgHpy

CATÁLOGO en línea

EL CATÁLOGO EN LÍNEA DE LA BIBLIOTECA DE @ACIENPOL

Es una base de datos referencial desarrollado por el sistema de gestión documental Documanager con el objetivo fundamental de permitir la búsqueda, consulta y visualización de los registros bibliográficos y no bibliográficos de que dispone la biblioteca. El catálogo le permite realizar a cualquier hora del día búsquedas detalladas sobre nuestro fondo bibliográfico (autor, título, materia), de referencias bibliográficas de libros, folletos, separatas, discursos, tesis, y artículos de publicaciones periódicas nacionales e internacionales a través del link: http://acienpol.msinfo.info/

Glosario de Justicia Internacional Penal

Compendio de términos jurídicos de la A a la Z

Coordinadores:
Víctor Rodríguez Cedeño
y Thairi Moya Sánchez

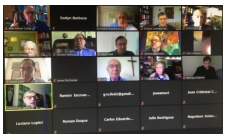
BOLETÍN DIGITAL Nº 9
ACIENPOL - SEPTIEMBRFE 2020

Año 2020 105° aniversario de Acienpol / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawsdley

Boletín Digital N° 9
Septiembre 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sesión ordinaria del 16 de septiembre de 2020



MEMORI@S

AÑO 2020 - Conmemoración del 105° aniversario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Presidentes de la Academia desde su fundación

PEDRO M. ARCAYA
GUILLERMO TELL VILLEGAS PULIDO
JOSE GIL FORTOUL
JUAN BAUTISTA BANCE
FRANCISCO ARROYO PAREJO
CELESTINO FARRERA
JUAN JOSÉ MENDOZA
NESTOR L. PEREZ
TOMAS LISCANO
JOSE M. HERNANDEZ RON
SIMON PLANAS SUAREZ
HECTOR CAMPOS
VICTOR PARRA MARQUEZ
ALEJANDRO URBANEJA ALCHELPOHL
EDUARDO ARROYO LAMEDA
FRANCISCO M. MARMOL
ANGEL F. BRICE
JOSE LORETO ARISMENDI
RENE DE SOLA
HECTOR PARRA MARQUEZ
TITO GUTIERREZ ALFARO
EFRAIN SCHACHT ARISTEGUIETA
ELOY LARES MARTINEZ
JULIO DIEZ
OSCAR GARCIA-VELUTINI
TOMAS E. CARRILLO BATALLA
HECTOR FAIRLIE MONTALVO
ANDRES AGUILAR M.
JOSE MUCI-ABRAHAM
TOMAS POLANCO ALCANTARA
ISIDRO MORALES PAUL
LEOPOLDO BORJAS HERNANDEZ
VICTOR M. ALVAREZ
GONZALO PARRA ARANGUREN
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS
JOSE LUIS AGUILAR GORRONDONA
JOSE MELICH-ORSINI
GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE
ALFREDO MORLES HERNANDEZ
TATIANA B. DE MADKELT
ROMAN J. DUQUE CORREDOR
ELI MALDONADO PARGE
LUIS COVA ARRIA
EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN
GABRIEL RUAN SANTOS
HUMBERTO ROMERO-MUCI

Videoconferencia
FSO Nabarima ¿crisis en el Golfo de Paria?
9 de septiembre de 2020

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia
Elección Parlamentarias.
Ilegitimidad e Inconstitucionalidad

17 de septiembre de 2020

Las Academias Nacionales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia
Minería ilegal en el escudo de la Guayana Venezolana
24 de septiembre de 2020

NOT@S

Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales aprobado en sesión ordinaria del 19 de mayo de 2020
www.acienpol.org.ve

El pensamiento jurídico venezolano actual
Autor: Prof. Carlos García Soto
https://www.cinco8.com/perspectivas/la-persistencia-del-pensamiento-juridico-en-venezuela/

@Acienpol aprobó el coauspicio institucional al Foro virtual Iberoamericano sobre la enseñanza del Derecho Marítimo Internacional Privado a efectuarse los días 22 y 23 de octubre de 2020 y al Foro virtual Iberoamericano sobre la enseñanza del Derecho y el uso de las nuevas tecnologías, liderados por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

Con el coauspicio institucional de Acienpol
Obra: **Pedro Manuel Arcaya**
La vocación del jurista
Premio Centenario de la ACPS a la biografía de su primer Presidente y fundador

Palacio de las Academias - Avenida Universidad.
www.acienpol.org.ve
email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

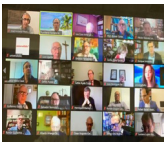
BOLETÍN DIGITAL Nº 10
ACIENPOL - OCTUBRE 2020

Año 2020 105° aniversario de Acienpol / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawsdley

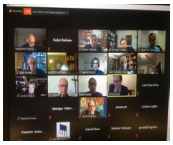
Boletín Digital N°10
Octubre 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sesión ordinaria 6 de octubre de 2020



Sesión ordinaria 20 de octubre de 2020



El Dr. Juan Carlos Pro-Rísquez fue electo
Individuo de Número de la Academia de Ciencias
Políticas y Sociales para ocupar el sillón N° 3,
vacante por el sensible fallecimiento
del Dr. Arístides Rengel Romberg.

EL Dr. León Henrique Cottin fue electo
Individuo de Número de la Academia de Ciencias
Políticas y Sociales para ocupar el sillón N° 9,
vacante por el sensible fallecimiento
del Dr. Pedro Nikken

MEMORI@S

AÑO 2020 - Conmemoración del 105° aniversario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Secretarios de la Academia desde su fundación

Cristóbal L. Mendoza
Juvenal Anzola
Juan de Dios Méndez y Mendoza
Diego Bautista Urbaneja
Francisco Vetancourt Aristeguieta
Rafael M. Mendoza
Carlos Montiel Molero
Augusto Mijares
Víctor M. Álvarez
Hildegard Rondón de Sansó
José Gabriel Sarmiento Núñez
Gustavo Planchart Manrique
Gonzalo Pérez Luciani
Boris Bunimov Parra
Luis Cova Arría
Alberto Baumeister Toledo
Eugenio Hernández-Bretón
Gabriel Ruan Santos
Humberto Romero-Muci
Julio Rodríguez Berrizbeitia
Luciano Lupini Bianchi
Rafael Badell Madrid

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia

Informe ONU sobre delitos de lesa humanidad (caso Venezuela)

01 de octubre de 2020

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
la Academia Nacional de Ciencias Económicas y el IESA
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia

Disfunción del bolívar y dolarización de facto de la economía

14 de octubre de 2020

Palacio de las Academias - Avenida Universidad.
www.acienpol.org.ve
email : academiadeciencias.politicas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

Acienpol y la Universidad de Salamanca
Presentación del libro **"Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana"** del académico Dr. Jesús María Casal .
20 de octubre de 2020

https://www.youtube.com/watch?v=3Hqyf3m_ONw&feature=youtu.be

Pronunciamiento de Acienpol en rechazo a la **"Ley Constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos"**
https://bit.ly/39cg14e

15 y 16 de octubre de 2020
V Congreso Internacional de Derecho Procesal "Justicia Virtual: Realidad y Perspectivas", en homenaje al Dr. Jorge Rosell Senhem, organizado por la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del estado Guárico (CEJUPROG) y auspiciado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el Instituto Colombo Venezolano de Derecho Procesal y el Vice Rectorado Académico (Dr. Ulises Rojas) de la Universidad de Carabobo.

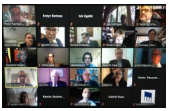
BOLETÍN DIGITAL Nº 11
ACIENPOL - NOVIEMBRE 2020

Año 2020 105° aniversario de Acienpol / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawsdley

Boletín Digital N° 11
Noviembre 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sesión del 03 de noviembre de 2020



Sesión del 17 de noviembre de 2020

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia
Presentación Libro en homenaje al académico Dr. Luis Cova Arria
03 de noviembre de 2020

Tomo I https://bit.ly/3pFbJ8k
Tomo II https://bit.ly/3nyB0uD
Tomo III https://bit.ly/3nDokah

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
y el Centro para la Integración y el Derecho Público
Presentación del libro:
¿Qué hacer con la justicia?
17 de noviembre de 2020

Boletín de Acienpol
Enero-junio 2020 - N°160
Homenaje al Dr. José S. Núñez Aristimuño
https://bit.ly/3172eLH

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Videoconferencia
Ilegitimidad de la llamada Ley antibloqueo
26 de noviembre de 2020

Jornada Internacional de la Cámara de Caracas sobre Arbitraje
18 de noviembre de 2020

VI Jornada de Arbitraje 2020
25 de noviembre de 2020

NOT@S

Acuerdo de duelo de Acienpol por el lamentable fallecimiento del Dr. Juan Carlos Rey
https://bit.ly/3oMLdtj

El día 04 de diciembre de 2020, a las 11 a.m se celebrará la entrega virtual **del Premio Alma Matter en su XV edición al Dr. Allan R. Brewer Carias**, Individuo de Número y expresidente de esta Academia, patrocinado por la Asociación de Amigos y Egresados de la Universidad Central de Venezuela.

Jornadas Aníbal Dominici. Derecho Probatorio
26 y 27 de noviembre de 2020
Homenaje al académico Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez
https://www.youtube.com/channel/UC7RmUtnFEvxaqPNLIVIS5Ea

ULPIANO
Primera fuente de referencia sobre información jurídica de Venezuela. Un servicio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
https://www.derysoc.com/ulpiano-primera-fuente-de-referencia-juridica-de-venezuela-un-servicio-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/

Palacio de las Academias - Avenida Universidad.
www.acienpol.org.ve
email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

BOLETÍN DIGITAL Nº 12
ACIENPOL - DICIEMBRE 2020

Año 2020 105° aniversario de Acienpol / 20° aniversario Biblioteca Andrés Aguilar Mawdsley

Boletín Digital N° 12
Diciembre 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sesión del 01 de diciembre de 2020

Sesión del 15 de diciembre de 2020

Entrevista efectuada al Presidente de Acienpol Dr. Humberto Romero-Muci, para el Blog de Derecho y Sociedad de la Universidad Monteavila sobre lo que el año 2020 ha significado para la Academia, y los planes y retos que tienen para el año 2021
https://bit.ly/3mu4eOL

Humberto Romero-Muci

Acienpol y Editorial Jurídica Internacional
Obra: La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guyana vs. Venezuela
Autor: Académico Dr. Héctor Faúndez Ledesma

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales en sesión del 15-12-2020, acordó otorgar la **Orden Juan Germán Roscio** al abogado y diplomático de carrera Uruguayo Dr. Luis Leonardo Almagro Lemes, actual Secretario de la Organización de Estados Americanos

www.acienpol.org.ve
email : academiadecienciaspoliticas@gmail.com
Caracas / Venezuela - Instagram y Twitter @acienpol

Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Presentación de la obra:
Derecho Procesal Constitucional
Autor:
Académico Dr. Rafael Badell Madrid

15 de diciembre de 2020

https://bit.ly/3rswlBs

https://bit.ly/3pmo5Bg

La Asociación de Amigos y egresados de la Universidad Central de Venezuela
La Academia de Ciencias Políticas y Sociales
con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación
Entrega del Premio Alma Mater al
Académico Dr. Allan R. Brewer-Carías
04 de diciembre de 2020

https://bit.ly/3rAyFGM

NOT@S

Acuerdo de júbilo de Acienpol con ocasión del **Premio Alma Matter en su XV edición al Dr. Allan R. Brewer Carias**, Individuo de Número y expresidente de esta Academia, patrocinado por la Asociación de Amigos y Egresados de la Universidad Central de Venezuela.
https://bit.ly/3pqz0dd

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Academia Nacional de Medicina Pronunciamiento ante las pretendidas elecciones parlamentarias para el 06 de diciembre de 2020
https://bit.ly/3aJTUQp

01 de diciembre de 2020

Acienpol
Conferencia de la Profesora Claudia Madrid Martínez
La vida y obra de la magistrada Ruth Bader Ginsburg: a propósito de los avances en la equidad de género
https://bit.ly/3phNkVt

Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela
Feliz Navidad y Mejor año 2021
Hacemos votos por un nuevo año 2021 de esperanza y libertad
@acienpol

NÓMINAS

MIEMBROS FUNDADORES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N°

1. Dr. Alejandro Urbaneja
2. Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro
3. Dr. Domingo Antonio Coronil
4. Dr. Diego Bautista Urbaneja
5. Dr. Pedro M. Brito González
6. Dr. Francisco Gerardo Yanes
7. Dr. Alejandro Pietri hijo
8. Dr. Carlos F. Grisanti
9. Dr. Juan Francisco Bustillos
10. Dr. Cristóbal L. Mendoza
11. Dr. José Santiago Rodríguez
12. Dr. Esteban Gil Borges
13. Dr. Carlos Jiménez Rebolledo
14. Dr. Manuel Alfredo Vargas
15. Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza

Sillón Nº

16. Dr. Juvenal Anzola
17. Dr. José Loreto Arismendi
18. Dr. Raúl Crespo Vivas
19. Dr. Pedro Miguel Reyes
20. Dr. Arminio Borjas
21. Dr. Juan José Mendoza
22. Dr. Jesús Rojas Fernández
23. Dr. José Gil Fortoul
24. Dr. Guillermo Tell Villegas
25. Dr. Pedro Hermoso Tellería
26. Dr. Pedro Manuel Arcaya
27. Dr. Pedro Itriago Chacín
28. Dr. Emilio Constantino Guerrero
29. Dr. Lorenzo Herrera Mendoza
30. Dr. Carlos Alberto Urbaneja

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N° 1
Dr. Luis Ugalde, S.J.

Sillón Nº 2
Dr. José Guillermo Andueza

Sillón N° 3
Dr. Arístides Rengel Romberg (+)

Sillón N° 4
Dr. José Muci-Abraham

Sillón Nº 5
Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Sillón Nº 6
Prof. Luciano Lupini Bianchi

Sillón Nº 7
Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Sillón N° 8
Dr. Jesús María Casal

Sillón N° 9
Dr. Pedro Nikken (+)

Sillón Nº 10
Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Sillón N° 11
Dr. Eugenio Hernández-Bretón

Sillón Nº 12
Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre

Sillón Nº 13
Dr. Luis Cova Arria

Sillón N° 14
Dr. Humberto Romero-Muci

Sillón N° 15
Prof. Ramón Guillermo Aveledo

Sillón N° 16
Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Sillón N° 17
Dr. Rafael Badell Madrid

Sillón Nº 18
Prof. Henrique Iribarren Monteverde

Sillón Nº 19
Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Sillón Nº 20
Prof. Guillermo Gorrín Falcón

Sillón N° 21
Prof. Gerardo Fernández Villegas

Sillón Nº 22
Dr. James-Otis Rodner

Sillón N° 23
Dr. Ramón Escovar León

Sillón N° 24
Dra. Cecilia Sosa Gómez

Sillón N° 25
Dr. Román José Duque Corredor

Sillón N° 26
Prof. Gabriel Ruan Santos

Sillón N° 27
Prof. José Antonio Muci Borjas

Sillón N° 28
Prof. Carlos Ayala Corao

Sillón N° 29
Dr. César Augusto Carballo Mena

Sillón N° 30
Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Sillón Nº 31
Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez

Sillón Nº 32
Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia

Sillón N° 33
Dr. Alfredo Morles Hernández

Sillón N° 34
Dr. Héctor Faúndez Ledesma

Sillón Nº 35
Dr. Carlos Leañez Sievert

Dr. Luis Guillermo Govea U., h

Dr. Oscar Hernández Álvarez

Dr. Fortunato González Cruz

Dr. Luis Napoleón Goizueta H.

COLABORADORES ESPECIALES

Dr. José Getulio Salaverría - Estado Anzoátegui
Dr. Gilberto Guerrero Quintero - Estado Aragua
Dr. Egberto Abdón Sánchez Noguera - Estado Mérida
Dr. Jorge Rosell Senhem - Estado Lara
Dr. Jorge L. Lozada González - Estado Aragua
Dr. Rodrigo Rivera Morales - Estado Táchira
Dr. Pedro Rondón Haaz - Estado Carabobo
Dr. Jesús Esparza - Estado Zulia
Dr. Anibal Rueda Rueda - Estado Carabobo
Prof. José Carlos Blanco Rodríguez - Estado Bolívar
Dra. Ana Elvira Araujo - Estado Zulia
Prof. Edgar Núñez Alcántara - Estado Carabobo

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES POR ORDEN DE SUCESIÓN

SILLÓN Nº 1

Dr. Alejandro Urbaneja
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1944.

Dr. Alonso Calatrava
Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1944. Se incorporó el 16 de noviembre de 1949. Murió el 9 de enero de 1966.

Dr. Efraín Schacht Aristeguieta
Electo en sesión ordinaria del 30 de marzo de 1966. Se incorporó el 24 de mayo de 1968. Murió el 6 de febrero de 2007.

Dr. Luis Ugalde, S.J.
Electo en sesión ordinaria del 7 de agosto de 2007. Se incorporó el 8 de julio de 2008.

SILLÓN Nº 2

Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 5 de septiembre de 1932.

Dr. Tomás Liscano
Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 3 de julio de 1935. Murió el 10 de marzo de 1951.

Dr. Rafael Caldera
Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951. Se incorporó el 6 de agosto de 1953. Murió el 24 de diciembre de 2009.

Dr. José Guillermo Andueza
Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 19 de junio de 2011.

SILLÓN N° 3

Dr. Domingo Antonio Coronil
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 27 de marzo de 1925.

Dr. Pablo Godoy Fonseca
Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 21 de febrero de 1937.

Dr. Carlos Morales
Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1937. Se incorporó el 23 de enero de 1954. Murió el 11 de marzo de 1971.

Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco
Electo en sesión ordinaria de 15 de julio de 1971. Se incorporó el 27 de octubre de 1972. Murió el 9 de agosto de 1994.

Dr. Arístides Rengel Romberg
Electo en sesión ordinaria del 17 de enero de 1995. Se incorporó el 6 de junio de 1995. Murió el 22 de julio de 2019.

SILLÓN N° 4

Dr. Diego Bautista Urbaneja
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1946.

Dr. Ángel Francisco Brice
Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1946. Se incorporó el 27 de diciembre de 1946. Murió el 18 de junio de 1969.

Dr. René Lepervanche Parpacén
Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1969. No se incorporó. Murió el 7 de diciembre de 1969.

Dr. José Muci-Abraham
Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1970. Se incorporó el 22 de septiembre de 1971.

SILLÓN Nº 5

Dr. Pedro M. Brito González
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 22 de julio de 1922.

Dr. Francisco Arroyo Parejo
Electo en sesión ordinaria de 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 4 de abril de 1950.

Dr. Arturo Uslar Pietri
Electo en sesión ordinaria del 16 de octubre de 1950. Se incorporó el 22 de septiembre de 1955. Murió el 26 de febrero de 2001.

Dra. Tatiana B. de Maekelt
Electa en sesión ordinaria del 19 de junio de 2001. Se incorporó el 18 de junio de 2002. Murió el 17 de agosto de 2009.

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros
Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 1° de diciembre de 2010.

SILLÓN Nº 6

Dr. Francisco Gerardo Yanes
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1946.

Dr. Pablo Ruggieri Parra
Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1947. Se incorporó el 11 de abril de 1957. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Luis Gerónimo Pietri
Electo en sesión ordinaria del 17 de junio de 1963. Se incorporó el 15 de noviembre de 1968. Murió el 4 de julio de 1969.

Dr. Julio Diez
Electo en sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1969. Se incorporó el 21 de abril de 1970. Murió el 30 de marzo de 1985.

Dr. José Mélich Orsini
Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1985. Se incorporó el 15 de octubre de 1986. Murió el 13 de junio de 2011.

Prof. Luciano Lupini Bianchi
Electo en sesión de 1 de noviembre de 2011. Se incorporó el 15 de octubre de 2013.

SILLÓN Nº 7

Dr. Alejandro Pietri, hijo
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 17 de septiembre de 1976.

Dr. Pedro José Lara Peña
Electo en sesión de 17 de enero de 1977. Se incorporó el 26 de julio de 1978. Murió el 21 de junio de 2001.

Dr. Alberto Arteaga Sánchez
Electo en sesión ordinaria de 6 de noviembre de 200l. Se incorporo el 8 de octubre de 2002.

SILLÓN Nº 8

Dr. Carlos F. Grisanti
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 23 de mayo de 1938.

Dr. Carlos Sequera
Electo en sesión ordinaria del 15 de septiembre de 1938. No se incorporó. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Félix S. Angulo Ariza
Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 15 de julio de 1971. Murió el 26 de diciembre de 1971.

Dr. Francisco López Herrera
Electo en sesión ordinaria del 17 de abril de 1972. Se incorporó el 4 de diciembre de 1974. Murió el 26 de agosto de 2015.

Dr. Jesús María Casal.
Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 18 de julio de 2017.

SILLÓN Nº 9

Dr. Juan Francisco Bustillos
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de noviembre de 1929.

Dr. José Ramón Ayala
Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 14 de diciembre de 1942. Murió el 9 de septiembre de 1966.

Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1966. Se incorporó el 22 de diciembre de 1967. Murió el 29 de octubre de 1977.

Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1978. Se incorporó el 29 de febrero de 1980. Murió el 24 de octubre de 1995.

Dr. Pedro Nikken
Electo en sesión ordinaria del 5 de marzo de 1996. Se incorporó el 18 de noviembre de 1997. Murió el 09 de diciembre de 2019.

SILLÓN Nº 10

Dr. Cristóbal L. Mendoza
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió e1 26 de febrero de 1978.

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías
Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1978. Se incorporó el 3 de noviembre de 1978.

SILLÓN Nº 11

Dr. José Santiago Rodríguez
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de mayo de 1945.

Dr. Rafael Caldera
Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1945, no ocupó este Sillón, sino el Nº 2, por haberlo acordado así la Academia en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951.

Dr. Francisco Manuel Mármol
Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1951. Se incorporó el 29 de noviembre de 1957. Murió el 25 de marzo de 1985.

Dr. José Santiago Núñez Aristimuño
Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1985. Se incorporó el 29 de octubre de 1986. Murió el 21 de febrero de 2005.

Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Electo en sesión ordinaria del 4 de octubre de 2005. Se incorporó el 15 de mayo de 2007.

SILLÓN Nº 12

Dr. Esteban Gil Borges
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1942.

Dr. Néstor Luis Pérez
Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1942. Se incorporó el 15 de marzo de 1944. Murió el 5 de febrero de 1949.

Dr. Manuel Maldonado
Electo en sesión ordinaria del 30 de junio de 1949. Se incorporó el 23 de febrero de 1951. Murió el 14 de septiembre de 1966.

Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla
Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1967. Se incorporó el 7 de diciembre de 1972. Murió el 13 de octubre de 2015.

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre
Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 23 de marzo de 2017.

SILLÓN Nº 13

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 11 de enero de 1951.

Dr. Silvestre Tovar Lange
Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1951. No se incorporó. Murió el 5 de octubre de 1957.

Dr. Héctor Cuenca
Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. No se incorporó. Murió el 14 de abril de 1961.

Dr. Ezequiel Monsalve Casado
Electo en sesión odinaria del 17 de julio de 1961. Se incorporó el 9 de junio de 1965. Murió el 11 de septiembre de 1999.

Dr. Luis Cova Arria
Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 20 de junio de 2000.

SILLÓN Nº 14

Dr. Manuel Alfredo Vargas
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 21 de junio de 1936.

Dr. Félix Montes
Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1936. No se reincorporó. Murió el 26 de octubre de 1942.

Dr. Luis I. Bastidas
Electo en sesión ordinaria del 18 de enero de 1943. Se incorporó el 29 de abril de 1944. Murió el 3 de enero de 1950.

Dr. Pedro Pablo Guzmán, hijo
Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 30 de mayo de 1953. Murió el 24 de diciembre de 1981.

Dr. Isidro Morales Paúl
Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1982. Se incorporó el 2 de agosto de 1982. Murió el 18 de junio de 2005.

Dr. Humberto Romero-Muci
Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 2005. Se incorporó el 27 de junio de 2006.

SILLÓN Nº 15

Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de abril de 1941.

Dr. Gustavo Herrera
Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1941. No se incorporó. Murió el 1° de febrero de 1953.

Dr. Carlos Siso
Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1953. No se incorporó. Murió el 9 de mayo de 1954.

Dr. Pascual Venegas Filardo
Electo en sesión ordinaria del 1° de julio de 1954. Se incorporó el 5 de marzo de 1969. Murió el 4 de junio de 2003.

Dr. Humberto Njaim
Electo en sesión ordinaria del 7 de octubre de 2003. Se incorporó el 29 de marzo de 2005. Murió el 5 de abril de 2018.

Prof. Ramón Guillermo Aveledo
Electo en sesión ordinaria el 17 de julio de 2018. Se incorporó el 6 de diciembre de 2018.

SILLÓN N° 16

Dr. Juvenal Anzola
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 14 de junio de 1928.

Dr. Cristóbal Benítez
Electo en sesión de 30 de septiembre de 1933. Se incorporó el 30 de diciembre de 1933. Murió el 31 de octubre de 1945.

Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1946. Se incorporó el 18 de septiembre de 1951. Murió el 1° de febrero de 1988.

Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Electa en sesión ordinaria del 7 de junio de 1988. Se incorporó el 14 de marzo de 1989.

SILLÓN N° 17

Dr. José Loreto Arismendi
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 24 de mayo de 1925

Dr. Juan B. Bance
Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. .Murió el 15 de julio de 1965.

Dr. Jesús Leopoldo Sánchez
Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1965. Se incorporó el 23 de octubre de 1971. Murió el 26 de marzo de 1991.

Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez
Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1991. Se incorporó el 22 de octubre de 1991. Murió el 13 de noviembre de 1996.

Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 1997. Se incorporó el 1º de diciembre de 1998. Murió el 23 de marzo de 2013.

Dr. Rafael Badell Madrid
Electo en sesión ordinaria del 2 de julio de 2013. Se incorporó el 1° de julio de 2014.

SILLÓN N° 18

Dr. Raúl Crespo Vivas
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 10 de abril de 1920.

Dr. Enrique Urdaneta Maya
Electo en sesión ordinaria de 31 de enero de 1921. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria de 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 19 de enero de 1928.

Dr. José Antonio Tagliaferro
Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. No se incorporó. Murió el 21 de enero de 1932 .

Dr. Francisco Vetancourt Aristiguieta
Electo en sesión ordinaria de 16 de junio de 1932. Se incorporó el 15 de enero de 1935. Murió el 3 de diciembre de 1953.

Dr. José Loreto Arismendi, hijo
Electo en sesión ordinaria de 15 de marzo de 1954. Se incorporó el 28 de junio de 1954. Murió el 20 de diciembre de 1979.

Dr. José Luis Aguilar Gorrondona
Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1980. Se incorporó el 30 de abril de 1982. Murió el 20 de abril de 2011.

Prof. Henrique Iribarren Monteverde
Electo en sesión de 20 de septiembre de 2011. Se incorporó el 7 de mayo de 2013.

SILLÓN N° 19

Dr. Pedro Miguel Reyes
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 7 de junio de 1949.

Dr. Héctor Parra Márquez
Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 16 de enero de 1951. Murió el 24 de mayo de 1978.

Dr. Carlos Mendoza Goiticoa
Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1978. No se incorporó. Murió el 15 de febrero de 1980.

Dr. Rafael Pizani
Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1980. Se incorporó el 15 de junio de 1982. Murió el 16 de diciembre de 1997.

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas
Electa en sesión ordinaria del 21 de abril de 1998. Se incorporó el 16 de marzo de 2000.

SILLÓN Nº 20

Dr. Arminio Borjas
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 2 de noviembre de 1942.

Dr. Edgar Sanabria
Electo en sesión ordinaria del 15 de febrero de 1943. Se incorporó el 31 de octubre de 1946. Murió el 24 de abril de 1989.

Dr. Enrique Tejera París
Electo en sesión ordinaria del 1º de agosto de 1989. Se incorporó el 21 de noviembre de 1989. Murió el 11 de noviembre de 2015.

Prof. Guillermo Gorrín Falcón
Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 16 de octubre de 2018.

SILLÓN Nº 21

Dr. Juan José Mendoza
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 28 de abril de 1959.

Dr. René De Sola
Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre 1959. Se incorporó el 27 de octubre de 1966. Murió el 19 de enero de 2018.

Prof. Gerardo Fernández Villegas
Electo en sesión ordinaria el 2 de octubre de 2018. Se incorporó el 2 de abril de 2019.

SILLÓN N° 22

Dr. Jesús Rojas Fernández
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de noviembre de 1927.

Don Rafael Martínez Mendoza
Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. Se incorporó el 15 de agosto de 1932. Murió el 6 de noviembre de 1961.

Dr. Víctor M. Álvarez
Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1962. Se incorporó el 25 de noviembre de 1964. Murió el 15 de noviembre de 2000.

Dr. James-Otis Rodner
Electo en sesión ordinaria del 20 de febrero de 2001. Se incorporó el 4 de diciembre de 2001.

SILLÓN N° 23

Dr. José Gil Fortoul
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 15 de junio de 1943.

Dr. Juan Penzini Hernández
Electo en sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1943. Se incorporo el 23 de septiembre de 1950. Murió el 11 de julio de 1974.

Dr. Ramón Escovar Salom
Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1974. Se incorporó el 14 de junio de 1976. Murió el 9 de septiembre de 2008.

Dr. Ramón Escovar León
Electo en sesión ordinaria del 21 de abril de 2009. Se incorporó el 21 de julio de 2009.

SILLÓN Nº 24

Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de junio de 1949.

Dr. Tulio Chiossone
Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1951. Se incorporó el 7 de octubre de 1953. Murió el 26 de diciembre de 2001.

Prof. Jesús Ramón Quintero
Electo en sesión ordinaria del 7 de mayo de 2002. Se incorporó el 5 de mayo de 2003. Murió el 1° de febrero de 2016.

Dra. Cecilia Sosa Gómez
Electa en sesión ordinaria del 21 de junio de 2016. Se incorporó el 21 de noviembre de 2017.

SILLÓN Nº 25

Dr. Pedro Hermoso Tellería
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 8 de octubre de 1935.

Dr. Julio Blanco Ustáriz
Electo en sesión ordinaria del 31 de marzo de 1936. Se incorporó el 18 de diciembre de 1937. Murió el 27 de agosto de 1952.

Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1953. Se incorporó el 28 de mayo de 1953. Murió el 4 de junio de 1977.

Dr. José Román Duque Sánchez
Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1977. Se incorporó el 4 de abril de 1978. Murió el 9 de diciembre de 1999.

Dr. Román J. Duque Corredor
Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 9 de noviembre de 2001.

SILLÓN Nº 26

Dr. Pedro M. Arcaya
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 12 de agosto de 1958.

Prof. Augusto Mijares
Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. Se incorporó el 15 de agosto de 1960. Murió el 29 de junio de 1979.

Dr. Tomás Polanco Alcántara
Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1979. Se incorporó el 2 de junio de 1980. Murió el 22 de diciembre de 2002.

Prof. Gabriel Ruan Santos
Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 2003. Se incorporó el 18 de mayo de 2004.

SILLÓN Nº 27

Dr. Pedro Itriago Chacín
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 19 de mayo de 1936.

Dr. Carlos Álamo Ybarra
Electo en sesión ordinaria del 15 de agosto de 1936. Se incorporó el 14 de octubre de 1938. Murió el 24 de febrero de 1958.

Dr. Alfonso Espinoza
Electo en sesión ordinaria del 16 de diciembre de 1959. Se incorporó el 27 de febrero de 1961. Murió el 14 de diciembre de 1969.

Dr. Oscar García-Velutini
Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1970. Se incorporó el 25 de mayo de 1971. Murió el 12 de junio de 1991.

Dr. Pedro Tinoco
Electo en sesión ordinaria del 17 de septiembre de 1991. Se incorporó el 10 de diciembre de 1991. Murió el 30 de marzo de 1993.

Dr. Luis Ignacio Mendoza
Electo en sesión ordinaria del 7 de diciembre de 1993. Se incorporó el 22 de noviembre de 1994. Murió el 24 de enero de 2017.

Prof. José Antonio Muci Borjas
Electo en sesión ordinaria el 19 de septiembre de 2017. Se incorporó el 6 de febrero de 2018.

SILLÓN Nº 28

Dr. Emilio Constantino Guerrero
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de octubre de 1920.

Dr. Rafael Cabrera Malo
Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 30 de junio de 1924. Murió el 3 de julio de 1935.

Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi
Electo en sesión ordinaria del 30 de octubre de 1935. No se incorporó. Murió el 12 de mayo de 1959.

Dr. Carlos Montiel Molero
Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 12 de febrero de 1954. Murió el 6 de marzo de 1981.

Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández
Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 31 de mayo de 1982. Murió el 29 de septiembre de 2001.

Dr. José Andrés Octavio
Electo en sesión ordinaria de 19 de febrero de 2002. Se incorporó el 30 de julio de 2002. Murió el 23 de enero de 2009.

Dr. Juan Francisco Porras Rengel
Electo en sesión ordinaria del 6 de octubre de 2009. No se incorporó. Murió el 12 de agosto de 2010.

Prof. Carlos Ayala Corao
Electo en sesión ordinaria de 18 de enero de 2011. Se incorporó el 8 de mayo de 2012.

SILLÓN Nº 29

Dr. Lorenzo Herrera Mendoza
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 20 de septiembre de 1966.

Dr. Gonzalo Parra-Aranguren
Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1967. Se incorporó el 16 de octubre de 1968. Murió el 3 de diciembre de 2016.

Dr. Cesar Augusto Carballo Mena
Electo en sesión ordinaria del 16 de mayo de 2017. Se incorporó el 5 de diciembre de 2017.

SILLÓN Nº 30

Dr. Carlos Alberto Urbaneja
Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de agosto de 1917.

Dr. Victorino Márquez Bustillos
Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1918. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 10 de enero de 1941.

Dr. José Manuel Hernández Ron
Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1941. Se incorporó el 30 de mayo de 1942. Murió el 28 de agosto de 1957.

Dr. Darío Parra
Electo en sesión del 16 de diciembre de 1957. Se incorporó el 17 de abril de 1964. Murió el 26 de septiembre de 1997.

Dr. Boris Bunimov Parra
Electo en sesión ordinaria del 20 de enero de 1998. Se incorporó el 16 de noviembre de 1999. Murió el 21 de junio de 2004.

Prof. Alberto Baumeister Toledo
Electo en sesión ordinaria del 2 de noviembre de 2004. Se incorporó el 23 de junio de 2005. Murió el 26 de enero de 2018.

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas
Electo en sesión ordinaria el 5 de junio de 2018. Se incorporó el 6 de noviembre de 2018.

SILLÓN Nº 31

Dr. Gustavo Manrique Pacanins
Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 2 de marzo de 1967.

Dr. Eloy Lares Martínez
Electo en sesión ordinaria del 15 de junio de 1962. Se incorporó el 11 de octubre de 1967. Murió el 4 de febrero de 2002.

Dr. Emilio Pittier Sucre
Electo en sesión ordinaria del 7 de mayo de 2002. Se incorporó el 4 de mayo de 2004. Murió el 9 de agosto de 2017.

Prof. Salvador Yannuzzi Rodríguez
Electo en sesión ordinaria el 17 de abril de 2018. Se incorporó el 05 de febrero de 2019.

SILLÓN Nº 32

Dr. Celestino Farrera
Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 6 de mayo de 1939.

Dr. Pedro Arismendi Lairet
Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1939. Se incorporó el 15 de marzo de 1956. Murió el 30 de abril de 1961.

Dr. José López Borges
Electo en sesión ordinaria del 2 de octubre de 1961. No se incorporó. Murió el 21 de junio de 1973.

Dr. Luis Loreto Hernández
Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1974. Se incorporó el 20 de febrero de 1976. Murió el 28 de junio de 1987.

Dr. Gustavo Planchart Manrique
Electo en sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1987. Se incorporó el 3 de noviembre de 1989. Murió el 8 de diciembre de 2012.

Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia.
Electo en sesión ordinaria del 2 de abril de 2013. Se incorporó el 22 de octubre de 2013.

SILLÓN Nº 33

Dr. Rafael Marcano Rodríguez
Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 5 de septiembre de 1945.

Dr. Antonio Pulido Villafañe
Electo en sesión ordinaria del 1° de diciembre de 1945. Se incorporó el 4 de junio de 1965. Murió el 6 de febrero de 1973.

Dr. José Joaquín González Gorrondona
Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1973. Se incorporó el 14 de agosto de 1975. Murió el 15 de agosto de 1988.

Dr. Alfredo Morles Hernández
Electo en sesión ordinaria del 21 de febrero de 1989. Se incorporó el 30 de abril de 1991.

SILLÓN N° 34

Monseñor Nicolás E. Navarro
Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión ordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 6 de noviembre de 1960.

Dr. Luis Villalba Villalba
Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1961. Se incorporó el 25 de marzo de 1963. Murió el 24 de enero de 1999.

Dr. Enrique Lagrange
Electo en sesión ordinaria del 20 de abril de 1999. Se incorporó el 6 de marzo de 2001. Murió el 9 de octubre de 2018.

Dr. Héctor Faúndez Ledesma
Electo en sesión ordinaria el 07 de mayo de 2019. Se incorporó el 01 de octubre de 2019.

SILLÓN N° 35

Don Laureano Vallenilla Lanz
Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 16 de noviembre de 1936.

Dr. Simón Planas Suárez
Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1937. Se incorporó el 15 de julio de 1938. Murió el 3 de marzo de 1967.

Dr. Numa Quevedo
Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1967. Se incorporó el 3 de octubre de 1968. Murió el 6 de febrero de 1981.

Dr. Carlos Sosa Rodríguez
Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 15 de julio de 1982. Murió el 30 de junio de 1997.

Dr. Carlos Leáñez Sievert
Electo en sesión ordinaria del 18 de noviembre de 1997. Se incorporó el 5 de octubre de 1999.

INDIVIDUOS DE NÚMERO FALLECIDOS

A

Dr. Juvenal Anzola
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. José Ramón Ayala
Dr. Carlos Álamo Ybarra
Dr. Pedro Arismendi Lairet
Dr. José Loreto Arismendi
Dr. José Loreto Arismendi, hijo
Dr. Pedro M. Arcaya
Dr. Félix S. Angulo Ariza
Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

B

Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Luis I. Bastidas
Dr. Julio Blanco Ustáriz
Dr. Cristóbal Benítez
Dr. Ángel Francisco Brice
Dr. Arminio Borjas
Dr. Pedro M. Brito González
Dr. Juan Francisco Bustillos
Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Alberto Baumeister Toledo

C

Dr. Rafael Cabrera Malo
Dr. Alonso Calatrava
Dr. Domingo Antonio Coronil
Dr. Raúl Crespo Vivas
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Rafael Caldera
Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

D

Dr. Julio Diez
Dr. José Román Duque Sánchez
Dr. René De Sola

E

Dr. Ramón Escovar Salom
Dr. Alfonso Espinoza

F

Dr. Celestino Farrera
Dr. Luis H. Farías Mata

G

Dr. Pablo Godoy Fonseca
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Pedro Pablo Guzmán, h.
Dr. José Joaquín González Gorrondona
Dr. Oscar García Velutini
Dr. Esteban Gil Borges
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Carlos F. Grisanti
Dr. Emilio Constantino Guerrero
Dr. Francisco Guzmán Alfaro

H

Dr. José Manuel Hernández Ron
Dr. Pedro Hermoso Tellería
Dr. Gustavo Herrera
Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

I

Dr. Pedro Itriago Chacín

J

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

L

Dr. Tomás Liscano
Dr. José Antonio López Borges
Dr. Luis Loreto Hernández
Dr. René Lepervanche Parpacén
Dr. Pedro José Lara Peña
Dr. Eloy Lares Martínez
Dr. Francisco López Herrera
Dr. Enrique Lagrange

M

Dr. Félix Montes
Dr. Rafael Marcano Rodríguez
Dr. Gustavo Manrique Pacanins
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza
Dr. Juan José Mendoza
Don Rafael Martínez Mendoza
Dr. Manuel Maldonado
Dr. Carlos Morales
Dr. Cristóbal L. Mendoza
Prof. Augusto Mijares
Dr. Carlos Mendoza Goiticoa
Dr. Carlos Montiel Molero
Dr. Francisco Manuel Mármol
Dr. Victorino Márquez Bustillos
Dr. Ezequiel Monsalve Casado
Dr. Isidro Morales Paúl
Dra. Tatiana de Maekelt
Dr. José Mélich Orsini
Dr. Luis I. Mendoza

N

Monseñor Nicolás E. Navarro
Dr. José S. Núñez Aristimuño
Dr. Humberto Njaim
Dr. Pedro Nikken

O

Dr. José Andrés Octavio

P

Dr. Néstor Luis Pérez
Dr. Simón Planas Suárez
Dr. Luis Gerónimo Pietri
Dr. Juan Penzini Hernández
Dr. Alejandro Pietri, hijo
Dr. Antonio Pulido Villafañe
Dr. Darío Parra
Dr. Rafael Pizani
Dr. Tomás Polanco Alcántara
Dr. Juan Porras Rengel
Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Dr. Gonzalo Parra Aranguren
Dr. Emilio Pittier Sucre

Q

Dr. Numa Quevedo
Prof. Jesús Ramón Quintero

R

Dr. Pedro Miguel Reyes
Dr. Jesús Rojas Fernández
Dr. José Santiago Rodríguez
Dr. Pablo Ruggeri Parra
Dr. Arístides Rengel Romberg

S

Dr. Edgard Sanabria
Dr. Jesús Leopoldo Sánchez
Dr. Carlos Sequera
Dr. Carlos Siso
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez
Dr. Carlos Sosa Rodríguez
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta

T

Dr. José Antonio Tagliaferro
Dr. Pedro Tinoco
Dr. Enrique Tejera París

U

Dr. Carlos Alberto Urbaneja
Dr. Alejandro Urbaneja
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Dr. Diego Bautista Urbaneja
Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco
Dr. Enrique Urdaneta Maya
Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi
Dr. Arturo Uslar Pietri

V

Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. Manuel Alfredo Vargas
Don Laureano Vallenilla Lanz
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta
Dr. Luis Villalba Villalba
Dr. Pascual Venegas Filardo

Y

Dr. Francisco Gerardo Yanes

PRESIDENTES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

Dr. Pedro M. Arcaya, Presidente de la Academia desde la sesión de instalación del 19 de marzo de 1917 hasta la sesión ordinaria de 30 de septiembre de 1922.
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Arminio Borjas
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. Celestino Farrera
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. J.J. Mendoza
Dr. Néstor Luis Pérez
Dr. Tomás Liscano
Dr. José Manuel Hernández Ron
Dr. Simón Planas Suárez
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Dr. Francisco Manuel Mármol
Dr. Ángel Francisco Brice
Dr. José Loreto Arismendi, h.
Dr. René De Sola
Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta
Dr. Eloy Lares Martínez
Dr. Julio Diez
Dr. Oscar García-Velutini
Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla
Dr. Pascual Venegas Filardo
Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. José Muci-Abraham
Dr. Tomás Polanco Alcántara
Dr. Isidro Morales Paúl
Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. Gonzalo Parra Aranguren
Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Dr. Allan R. Brewer-Carías
Dr. José Luis Aguilar Gorrondona
Dr. José Mélich Orsini
Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Alfredo Morles Hernández
Dra. Tatiana B. de Maekelt
Dr. Román J. Duque Corredor
Dr. Enrique Lagrange
Dr. Luis Cova Arria
Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Prof. Gabriel Ruan Santos
Dr. Humberto Romero-Muci

SECRETARIOS DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

Dr. Cristóbal L. Mendoza
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza
Dr. Diego Bautista Urbaneja
Dr. Juvenal Anzola
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta
Don Rafael Martínez Mendoza
Prof. Augusto Mijares
Dr. Carlos Montiel Molero
Dr. Víctor M. Álvarez
Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez
Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Luis Cova Arria
Prof. Alberto Baumeister Toledo
Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Prof. Gabriel Ruan Santos
Dr. Humberto Romero-Muci
Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia
Dr. Luciano Lupini Bianchi
Dr. Rafael Badell Madrid

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ALEMANIA
Dr. Erik Jayme

ARGENTINA
Dr. Diego Fernández Arroyo
Prof. José Claudio Escribano
Dr. Juan Carlos Cassagne
Prof. Eduardo Sambrizzi

BRASIL
Dr. José Manuel Arruda Alvim
Dra. Claudia Lima Marques

COLOMBIA
Prof. Jorge Vélez García
Prof. Guillermo Sarmiento Rodríguez
Dr. Mauricio Plazas Vega
Prof. Fernando Sarmiento Cifuentes
Prof. Cesáreo Rocha Ochoa
Prof. Gilberto Álvarez
Prof. Antonio Trujillo

CHILE
Prof. Alejandro Guzmán Brito
Prof. José Luis Cea Egaña
Prof. Claudio Grossman

ECUADOR
Dr. Juan Yepes del Pozo

EE. UU. DE AMERICA
Dr. Symeon Symeonides

ESPAÑA
Dr. Juan Velarde Fuertes
Dr. Rafael Navarro-Valls
Dr. César García Novoa
Prof. Miguel Herrero Miñón
Prof. Santiago Muñoz Machado

FRANCIA
Prof. Pierre Michel Eisemann

ITALIA
Prof. Sandro Schipani
Prof. Natalino Irti

JAPÓN
Dra. Yuko Nishitani

MÉXICO
Dr. Leonel Pereznieto Castro
Prof. Bernardo Fernández del Castillo
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor

PERÚ
Prof. Carlos Soto Coaguila
Prof. Augusto Ferrero

REPUBLICA DOMINICANA
Dr. Manuel Morales Lama

URUGUAY
Dr. Didier Opertti Badán

COMISIONES PERMANENTES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Derecho Civil y Mercantil

Luis Cova Arria
José Muci-Abraham
Luis Guillermo Govea U.
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Carlos Eduardo Acedo Sucre
Enrique Urdaneta Fontiveros
Alfredo Morles Hernández
James-Otis Rodner
Luciano Lupini Bianchi

Derecho Público Eclesiástico, Derecho Español y Derecho Administrativo

Rafael Badell Madrid
Allan R. Brewer-Carías
Josefina Calcaño de Temeltas
Carlos Ayala Corao
Henrique Iribarren Monteverde
Hildegard Rondón de Sansó
Gabriel Ruan Santos
Luis Ugalde

Derecho Romano, Principios de Legislación, Sociología y Legislación Comparada

Eugenio Hernández-Bretón
Carlos Leañez Sievert
Luciano Lupini Bianchi

Economía Política, Leyes de Hacienda y Leyes Especiales

Humberto Romero-Muci
James-Otis Rodner
Gabriel Ruan Santos

Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Privado

Eugenio Hernández Bretón
José Guillermo Andueza
Carlos Ayala Corao
Fortunato González Cruz
Carlos Leáñez Sievert
José Muci-Abraham
Allan R. Brewer-Carías
Rafael Badell Madrid

Derecho Penal, Procedimiento Civil, Enjuiciamiento Criminal, Medicina Legal y Antropología

Alberto Arteaga Sánchez
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Eugenio Hernández-Bretón
Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Derecho Laboral

Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León
Luis Napoléon Goizueta
Oscar Hernández Álvarez

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A SER PUBLICADOS EN EL BOLETÍN Y EN LA PÁGINA WEB DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha considerado conveniente adoptar normas destinadas a uniformar el contenido de los trabajos y artículos presentados tanto para su publicación en el Boletín de la Academia, como para la página web, así como los trabajos expuestos en los foros, conferencias, concursos y cualquiera otros eventos coauspiciados por la ACIENPOL.

Las normas que ha acogido la ACIENPOL son las que corresponden al Manual de Estilo de Chicago, dictadas por la *University of Chicago* con el objetivo estandarizar los métodos de investigación, referidos a la documentación y referencias bibliográficas, y que se considera una de las guías de estilo, uso y gramática más aceptadas y accesibles. El Manual de Estilo de Chicago fue publicado, por primera vez, en el año 1906 y en la actualidad se encuentra en su décimo séptima edición (2017), y se ha convertido en una referencia fundamental para editores, escritores, redactores y diseñadores. Hemos efectuado algunas adaptaciones respecto de la forma de citar bibliografía, para facilitar el método.

Las referidas normas se han adoptado con el propósito de dar al cuerpo del Boletín, a la página web de la ACIENPOL y a cualquiera

otra de sus publicaciones, una apariencia uniforme y una presentación acorde con las funciones académicas de la Corporación, así como para facilitar y agilizar el proceso de compilación, revisión, corrección y publicación del Boletín de la ACIENPOL.

En el sentido anterior, estas normas deberán ser cumplidas por todos los que deseen realizar algún aporte documental para su incorporación en el Boletín de la ACIENPOL, así como por las ponencias que consignen los participantes en los Foros y demás eventos que realiza la Corporación, incluidos los trabajos de incorporación de los académicos y demás conferencias, estudios o investigaciones de interés académico que se pretendan publicar en el Boletín de la ACIENPOL, o presentar en los certámenes científicos organizados por la Corporación. Se aplicarán también a todo el material que se publique en la página web de la Academia.

1. Criterios tipográficos (Tipo y tamaño de letra)

1.1. Título

La primera línea del documento contendrá el título en formato centrado, en letra Times New Roman, tamaño 12 y en negritas.

1.2. Identificación del autor

Inmediatamente después del título, aparecerán los nombres y apellidos del autor, alineado a la derecha del documento. Igualmente en letra Times New Roman, tamaño 12 y en cursivas (sin negritas).

Se utilizará llamado a pie de página (*) junto a la identificación del autor para incluir un breve currículum del autor (no superior a 5 líneas), en el cual figurará grado académico, afiliación institucional, entre otros.

1.3. Del cuerpo del documento

El texto contentivo del cuerpo del documento deberá presentarse en letra Times New Roman, tamaño 12 y en formato justificado.

Los diferentes apartados de la publicación irán en negrita, en mayúscula sólo la primera letra con el mismo tipo y tamaño de fuente que el cuerpo del texto.

Los párrafos llevarán sangría en la primera línea.

Las palabras en idioma diferente al original del trabajo deben ir en cursiva.

1.4. De las notas al pie de página

El texto contentivo de las notas al pie de página deberá presentarse en letra Times New Roman, tamaño 10.

Las notas de pie de página deberán ser insertadas en la página correspondiente al llamado de pie de página (no al final de todo el documento) y en formato de número (1, 2, 3…).

1.5. Interlineado

El interlineado del texto del cuerpo del documento, como de las notas al pie de página, será el mínimo (1 punto).

2. Número y tamaño de páginas

Los trabajos a ser publicados en el Boletín deberán ser presentados en formato Word, hoja tamaño carta y no deberán exceder de cuarenta (40) páginas. Este límite máximo de 40 páginas no se aplicará a los trabajos de incorporación de los académicos y a las respuestas de los recipiendarios de los trabajos de incorporación; Tampoco se aplicará a los trabajos de investigación presentados por los académicos que se consideren de relevancia fundamental ni a los trabajos de investigación presentados para participar en los certámenes científicos realizados por la ACIENPOL y en cualquier otro caso en que así sea decidido por la Comisión de Publicaciones de la ACIENPOL.

3. Referencias bibliográficas

3.1. Incluidas en notas al pie de página

Las notas bibliográficas incluidas en pie de página deberán tener el siguiente formato:

3.1.1. Para libros:

Nombres y apellidos del autor o los autores, título de la obra (en formato cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación. Número de página(s).

Ej.: José Guillermo Andueza, *El Congreso. Estudio jurídico,* tercera edición, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1975. p. 17.

3.1.2. Para revistas u obras colectivas:

Nombres y apellidos del autor o los autores, título del trabajo (entre comillas), nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación fecha de publicación. Número de página(s).

Ej.: Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la naturaleza y alcance de la intervención del Procurador General de la República en juicios en los que esta tenga interés", en *Revista de Derecho Público,* Nro. 21, enero-marzo 1985, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1985. pp. 44-61.

Ej.: Luis Cova Arria, "El arbitraje marítimo", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 153, enero-diciembre 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014. pp. 117-132.

- Nota: Cuando en notas siguientes se cite la misma obra de un autor, se utilizará la abreviatura ob. cit. (Obra citada), luego del nombre del autor, y, si se han citado más de dos obras del mismo autor, será necesario repetir el nombre de la obra.

Ej.: Allan R. Brewer-Carías, ob.cit., p. 50.

- Nota 2: Se utilizará la abreviatura Ibíd. o Ibídem, si en la nota inmediatamente siguiente se cita el mismo libro pero distinto pasaje.

Ej.: [1] Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIII Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010. p.39.

[2] *Ibíd*. p. 318.

- Nota 3: Se utilizará la abreviatura Ídem, si en la nota inmediatamente siguiente se cita el mismo libro, distinto pasaje pero misma página.

Ej.: [1] Arístides Rengel Romberg, *Tratado de derecho procesal civil venezolano*, Tomo I: Teoría General del Proceso, XIII Edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2013. p.63.

[2] Ídem.

3.2. Incluidas en la bibliografía

Las referencias bibliográficas incluidas en la bibliografía deberán limitarse a las fuentes citadas en el texto, deberán ser colocadas al final del trabajo, en orden alfabético y tener el siguiente formato:

3.2.1. Para libros:

Apellidos (en mayúsculas), nombres del autor o los autores, título de la obra (en formato cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación.

Ej.: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de derecho mercantil,* Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986.

3.2.2. Para revistas u obras colectivas:

Apellidos (en mayúsculas), nombres del autor o los autores, título del trabajo (entre comillas), nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva), volumen o tomo, edición, editorial, lugar de publicación fecha de publicación.

Ej.: FARÍAS MATA, Luis H., "Acto administrativo, materia del recurso contencioso de anulación", en *XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1993.

4. Referencias jurisprudenciales

Identificación de la Sala/Tribunal/Juzgado/Corte, número de sentencia, fecha de la sentencia. Lugar de consulta, fecha de consulta (en caso de consulta en línea).

Ej.: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nº 207 del 31 de marzo de 2014. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HTML , consultado en fecha 12 de julio de 2019.

Ej.: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982, caso "Depositaria judicial", consultada en *XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 70-93.

5. Legislación

Los documentos normativos deberán ser identificados en el siguiente orden: País. *Título*. Publicación, fecha de publicación.

Ej.: Venezuela. *Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria*, publicada en Gaceta Oficial No. 41.305, del 21 de diciembre de 2017.

6. Referencias electrónicas

En el caso de libros o artículos consultados en línea (página web), es preciso citar como se indica en los puntos anteriores (3.1 y 3.2), e incluir, al final de la cita: Disponible en: (dirección web), consultado en fecha: …

Ej.: Gabriel Ruan Santos, "La presunción de legitimidad de los actos administrativos", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 152, enero-diciembre 2013, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013. pp. 117-132. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/Boletin%20152.pdf; consultado en fecha 17 de julio de 2014.

Ej.: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, "*Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la "Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia", dictada por la Asamblea Nacional Constituyente"*, Caracas, diciembre, 2017. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20Ley%20Contra%20el%20Odio.%20Acienpol.pdf, consultado en fecha 8 de mayo de 2018.

7. De la publicación de estas normas

Las presentes normas se publicarán en el Boletín de la ACIENPOL y en la página web de la Academia.