



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LIBRO HOMENAJE AL DR. PEDRO NIKKEN



Coordinadores:

Allan R. Brewer-Carías - Carlos Ayala Corao

TOMO II

 editorial jurídica venezolana

2021



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN

TOMO II

Coordinadores:

Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas 2021

A12

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken / Allan R. Brewer-Carías; Carlos Ayala Corao (Coordinadores); presentación Allan Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao. -- Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021.

2 tomos

ISBN de los dos tomos de la Obra:

Tomo I: 978-1-63821-571-4

Tomo II: 978-1-63821-570-7

1. DERECHO A LA PAZ 2. DERECHOS HUMANOS 3. DERECHO INTERNACIONAL
4. DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO 5. ARBITRAJE I. Título
II. Brewer-Carías, Allan R. III. Ayala Corao, Carlos

ISBN: 978-1-63821-570-7

© Copyright 2021

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

Biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”

Telefax: (0212) 481.60.35

Sistema de Cooperación Jurídica: www.scjuridica.org.ve Centro de Investigaciones Jurídicas

Teléfono: (0212) 377.33.58

Proyecto Ulpiano: www.ulpiano.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela

La coedición entre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Editorial Jurídica Venezolana fue impresa por Lightning Source, an Ingram Company, para Editorial Jurídica Internacional Inc., 2021

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva Período 2021-2022

Presidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Secretario:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Tesorero:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

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

ÍNDICE

TOMO I

PRESENTACION.....	17
PRELIMINAR.....	21
1. Acto en homenaje a Pedro Nikken de la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas con ocasión de su fallecimiento: Palabras del académico Carlos Ayala Corao	21
2. Acuerdo adoptado por la Academia y entregado a sus familiares.....	27
I. PEDRO NIKKEN: PERSONA INTEGRAL Y CIUDADANO	
1. Pedro Nikken: El Hilandero. <i>Francisco José Virtuoso, SJ</i>	31
2. Salvar a Venezuela y proteger al hemisferio occidental. <i>Enrique ter Horst</i>	35
3. Cónchale, Pedro. <i>Ignacio Avalos Gutiérrez</i>	49
4. Pedro Antonio Nikken Bellshaw (1945-2019). <i>Oswaldo Álvarez Paz</i>	51
5. El triunfo de la esperanza sobre la experiencia. <i>Jesús Rafael González Pirela</i>	55
6. Pedro Nikken y los derechos humanos. <i>Adicea Castillo</i>	69
II. DERECHO A LA PAZ	
1. Un hombre de paz, que enfrentó la guerra: Pedro Nikken. <i>Carlos Genatios</i>	77

2. La construcción de paz y la protección de los derechos humanos. Reflexiones sobre la acción del Sistema de Naciones Unidas en el caso Venezuela. Una perspectiva desde la sociedad civil. <i>Beatriz Borges Urrutia</i>	93
3. La corrupción como obstáculo para la paz: propuesta de paz positiva en Venezuela. <i>Mauricio Rafael Pernía-Reyes</i>	113
4. Pedro Nikken. <i>Phil Gunson</i>	123
5. El control de la administración como instrumento que coadyuva a garantizar la paz en la sociedad. <i>José Gregorio Silva Bocaney</i>	127
6. La protección universal de los derechos humanos como pilar para la paz. <i>Marianna Alexandra Romero Mosqueda</i>	147
7. Pedro Nikken, hacedor de conexiones. <i>Mariela Ramírez</i>	161

III. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Pedro Nikken y el caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <i>Allan R. Brewer-Carías</i>	169
2. La independencia de la justicia como un derecho humano y una obligación internacional en la jurisprudencia interamericana. <i>Carlos Ayala Corao</i>	193
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tentación de la política <i>Héctor Faúndez Ledesma</i>	225
4. Derechos laborales. Perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <i>César Augusto Carballo Mena</i>	255
5. Control de Convencionalidad. <i>Rafael Badell Madrid</i>	279
6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Derecho procesal convencional. Un estudio desde el Derecho procesal público global. <i>Daniela Urosa Maggi y José Ignacio Hernández G.</i>	307
7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el matrimonio igualitario. <i>Gilberto Guerrero-Quintero</i>	351

IV. TEMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. ¿Derecho a la eutanasia? <i>Alberto Arteaga Sánchez</i>	377
2. El Derecho a la Alimentación y su protección en dos vertientes del Derecho Internacional. <i>Thairi N. Moya Sánchez</i>	383
3. Propuesta de un sistema anticorrupción para las américas: la ética gubernamental como garantía de efectividad en la dogmática de derechos humanos. <i>Tulio Alberto Álvarez</i>	397
4. Trata de mujeres venezolanas en el contexto de la crisis migratoria y de refugiados: Respuestas de Colombia, México y Trinidad y Tobago (2017-2020). <i>Victoria Capriles Moreno</i>	419
5. Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Venezuela. <i>Victorino J. Tejera Pérez</i>	451
6. La imperatividad de la permanencia de Venezuela dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. <i>Nilyan Santana Longa</i>	475
7. La <i>Operação Acolhida</i> -Brasil: Un ejemplo para el mundo en el respeto de los derechos humanos de los migrantes y refugiados venezolanos. <i>María Teresa Belandria Expósito</i>	489
8. Racismo y violencia policial en Venezuela. Una conversación entre venezolanos desde afuera y adentro del Imperio. <i>Keymer Ávila, Elvira Blanco Santini y Alejandro Quryat</i>	505
9. El concepto de soberanía: Obstáculo para la protección internacional de los derechos humanos. <i>Flavia Pesci Feltri</i>	517
10. Justicia transicional y cine. <i>Cosimina G. Pellegrino Pacera</i>	537
11. Universidad y derechos humanos. <i>Armando Rodríguez García</i>	557
12. El antinómico “derecho de denuncia” y la meta garantía de acceso a la justicia internacional. <i>Eduardo Meier García</i>	579
13. ¿Pueden los padres y tutores revisar la correspondencia de sus hijos o pupilos, niños y adolescentes, e inmiscuirse en su intimidad? <i>Salvador R. Yannuzzi Rodríguez</i>	617

TOMO II

V. DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. La constitución y el ciudadano. El caso venezolano. <i>Cecilia Sosa Gómez</i>	647
2. Del neoconstitucionalismo al contraconstitucionalismo. <i>Ramón Escovar León</i>	661
3. El régimen constitucional militar en la República la República Bolivariana de Venezuela. <i>Fortunato José González Cruz</i>	677
4. Estados de excepción y nudo poder. <i>Jesús María Casal</i>	699
5. Las constituciones de la independencia venezolana (1811-1830). <i>Gerardo Fernández V.</i>	727
6. Ordenamientos informales, Estado de Derecho y derechos humanos. <i>Rogelio Pérez Perdomo</i>	739
7. Debilidad de la democracia en América Latina <i>Gustavo Tarre Briceño</i>	749
8. La garantía popular de la “Constitución” (Una nueva mirada sobre la resistencia contra la opresión, sus causas y consecuencias). <i>Claudia Nikken</i>	765
9. La integridad electoral en Venezuela <i>Gabriel Sira Santana</i>	807
10. De la degradación del instituto de la reserva legal y del principio de legalidad (por la legalidad socialista) y su necesaria relectura desde el Derecho liberal. <i>Juan Domingo Alfonzo Paradisi</i>	833
11. Contenido material y límites del deber restitutivo del orden constitucional. <i>Juan Manuel Raffalli A.</i>	851
12. ¿Queréis libertad?, ¡separad el poder! <i>Julio César Fernández Toro</i>	873
13. La doctrina Betancourt consistencia principista en función de la democracia. <i>Leonardo Palacios Márquez</i>	875
14. ¿Existen actos administrativos excluidos del control de la legalidad en el ordenamiento jurídico venezolano? <i>Henrique Iribarren Monteverde</i>	911

VI. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

1. La “cláusula de prescripción” en la controversia entre Venezuela y la Gran Bretaña por la Guayana Esequiba.
Gabriel Ruan Santos..... 923
2. Venezuela y la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado de la OEA.
Claudia Madrid Martínez..... 945
3. Régimen actual de la competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras en Venezuela.
*José Antonio Briceño Laborí y
Andrea Carolina Olivares Hernández*..... 953

VII. DERECHO PENAL GENERAL E INTERNACIONAL

1. Derecho penal como garante de derechos fundamentales bajo la óptica de la filosofía liberal ¿Convivencia pacífica o enfrentamiento irreconciliable?
Tamara Bechar Alter 979
2. Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad: una guía que ofrece el derecho internacional al legislador para la formulación de amnistías.
Eduardo Trujillo Ariza..... 997
3. Evolución del concepto de genocidio
Alí Daniels 1009
4. Crímenes de lesa humanidad y estado de alarma en Venezuela.
Andrea Santacruz S. 1029
5. Militarización y politización de las policías en Venezuela. Sus efectos sobre la represión y el crimen de persecución en Venezuela a la luz de la Situación I bajo examen preliminar de la Fiscalía ante la CPI.
Fernando M. Fernández..... 1047
6. Soberanía, legalidad penal y Derecho Internacional.
Francisco Paz Yanastacio..... 1095
7. Aproximación a una caracterización jurídica del terrorismo de Estado.
Héctor Turuhpial Cariello..... 1113
8. El Terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos en Venezuela. (Algunas reflexiones sobre el informe de la Misión Internacional Independiente de Determinación de Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del 15 de septiembre de 2020).
Jesús Ollarves Irazábal 1137

VIII. ARBITRAJE

1. Consideraciones sobre las cláusulas arbitrales escalonadas.
Enrique Urdaneta Fontiveros..... 1161
2. Teoría sobre la autonomía del arbitraje.
Fernando Sanquírigo Pittevil..... 1191
3. Comentarios sobre algunos elementos del arbitraje y un aporte sustantivo de Pedro Nikken al principio jurídico *estoppel*.
Irene Loreto González 1207
4. Monismo a rabiar: un “principio de equivalencia favorable” entre el arbitraje comercial doméstico y el internacional.
Javier L. Ochoa-Muñoz..... 1223
5. La definición de “inversionista”, la nacionalidad y el *treaty shopping*.
José Gregorio Torrealba R...... 1245
6. El *forum non conveniens* en la Ley de Comercio Marítimo venezolana.
Luis Cova Arria 1281

IX. DERECHO CIVIL Y PROCESAL

1. Las innovaciones de la reforma del Código Civil francés en materia de contratos y obligaciones.
José F. Annicchiarico Villagrán 1293
2. Visión constitucional de la cosa juzgada.
Fanny Trinidad Ramírez Sánchez..... 1345

X. DERECHO TRIBUTARIO

1. Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos.
Humberto Romero-Muci..... 1363
2. Infravaloración de la unidad tributaria y violación de los derechos humanos de los contribuyentes.
Luis Fraga-Pittaluga..... 1377
3. El derecho humano del contribuyente a la inexigibilidad del acto determinativo hasta que alcance definitiva firmeza.
Serviliano Abache Carvajal..... 1401

XI. MEDIO AMBIENTE

1. El derecho humano al paisaje y la calidad de vida.
Alberto Blanco-Uribe Quintero..... 1423

ÍNDICE

2. Ambiente y democracia: el binomio ciudadano-poder judicial como actores necesarios para la efectiva defensa ambiental.
Javier Elechiguerra Naranjo..... 1451
3. El delito ambiental y la violación del derecho humano al ambiente.
José G. Salvuchi Salgado 1472

XII. OTROS TEMAS

1. Rafael Caldera: un jurista cristiano.
Carlos García Soto..... 1495



Pedro Nikken

**V. DEMOCRACIA Y ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

LA CONSTITUCIÓN Y EL CIUDADANO: EL CASO VENEZOLANO

Cecilia Sosa Gómez*

SUMARIO

I. El tejido social, el modelo democrático y la Constitución. II. El “deber ser” constitucional y su perversión. III. ¿Qué es la Constitución y que representa para los venezolanos? IV. ¿Puede hacerse una expresión gráfica de la Constitución? V. ¿Es motivo de confrontación social la violación a la Constitución? VI. ¿Venezuela vive un conflicto social por las violaciones constitucionales? VII. ¿Qué explica el conflicto social? VIII. ¿Qué hemos hecho en estos años? IX. Qué hacer ante la realidad político institucional actual donde el deber de restablecer la vigencia de la constitución es tarea de todos. X. ¿Qué nos queda? ¿cuáles son los desafíos, restricciones y oportunidades de que la Constitución de 1999 recobre su verdadera vigencia?

*Para Pedro, quien dedicó su pensamiento
y acción a los demás...*

I. EL TEJIDO SOCIAL, EL MODELO DEMOCRÁTICO Y LA CONSTITUCIÓN

El desarrollo de los derechos civiles y políticos, culturales y sociales, ha permitido concebir al hombre como un ser libre y una herramienta fundamental para el logro de este fin lo constituye el Derecho Constitucional. Por ello podemos afirmar que el marco lógico, político, social y económico donde converge la esencia de los principios fundamentales que organizan el tejido social y sientan las bases del funcionamiento de los Estados modernos, es la función prominente del Derecho Constitucional, por cuanto permite delimitar el poder en procura del establecimiento de reglas de gobernabilidad para alcanzar la anhelada paz social, el respeto individual y el encuentro de los diversos grupos de interés que conforman la Nación.

* Abogado graduado en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Miembro de la Comisión Andina de Juristas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (*veporlibertad*) desde 1999. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2017).

Pero, por otra parte, tenemos que tomar en cuenta cómo la oferta electoral en América Latina en los años transcurridos del siglo XXI se ha inscrito en el cambio de Constitución. El colectivo se moviliza con la decisión de votar por una persona que a su vez ofrece solucionar los problemas sociales si lo aceptan como su líder y lo apoyan participando en la elaboración, bajo su dirección, de una nueva Constitución; así una Asamblea Nacional Constituyente se ofrece como mecanismo de participación y cambio. El nuevo mensaje político se sostiene sobre la responsabilidad de los que se han desempeñado como “representantes” del pueblo, los partidos políticos, culpables de la inmensa deuda social no satisfecha.

Conviene recordar, como dice Luis Daniel Perrone Galicia en un ensayo sobre los “Gobiernos Populares en el pensamiento político de la Independencia (1810-1830)”, que “los historiadores coinciden que en Venezuela ha estado en persecución de la democracia desde la independencia; lo que Carrera Damas ha llamado la “larga marcha hacia la democracia”. Sin embargo, ese discurso republicano y democrático no tiene su contrapartida en la evolución de gobiernos populares. El autor recuerda que la república y la democracia eran gobiernos distintos, el primero: un gobierno consustancial a la modernidad mientras la democracia era un gobierno que había quedado relegado a la antigüedad, debido a la magnitud espacial de los nuevos estados, el cual daba cabida únicamente al gobierno del pueblo por medio de sus representantes, mientras la democracia siempre había estado concentrada en espacios reducidos. Así, no podía confundirse una república representativa con una mera democracia, en la democracia se reúne el pueblo y ejerce el gobierno en persona por ello su recinto es pequeño, mientras adoptando el principio de representación, y la reunión del pueblo y administrando sus gobiernos por medio de diputados y agentes, se puede llevar el sistema republicano a toda la extensión del territorio. Este enfoque de república y democracia no calaron en Venezuela, predominando el Espíritu de las Leyes de Montesquieu.

De manera que la propuesta es refundar la República a partir de una nueva Constitución “elaborada” y aprobada por el pueblo, es una premisa que requiere que el pueblo la conozca y la haga parte de su comportamiento cívico y contribuya a cumplirla. Los órganos del poder público han sido incapaces de garantizar su cumplimiento y más bien han generado desconexión entre la norma y su práctica. Las razones que se esgrimen para justificar el problema se centran en la debilidad de las instituciones y la concentración del poder presidencial. Por otro lado, los ciudadanos por más que exijan la satisfacción de sus derechos constitucionales no encuentran al responsable que los ayude a resolverlos; más bien comprueban que la Constitución por sí sola no es el parámetro de conducta de gobernantes ni funcionarios públicos, así la República democrática se queda en el papel.

Por tanto, la fuerza de los hechos ha demostrado que el desarrollo legislativo y la prevalencia de los postulados éticos que proyectan a un Estado, dependen de la concepción política de sus gobernantes, y ello puede constatarse ante la ausencia de materialización del ejercicio democrático del modelo constitucional.

Cualquier análisis por primario que sea de las diferentes constituciones latinoamericanas, mostrará que básicamente lo que distingue a una de otra es su carácter autobiográfico que lleva a cada país en su orden constitucional a consagrar sus características propias. Siempre encontraremos que las constituciones del mundo occidental y por ende las de los países latinoamericanos tienen mucho en común. Todas afirman son democráticas en el sentido de que tanto el poder ejecutivo como legislativo dependen del voto popular y, en cada una se entrega la decisión final a una mayoría de aquellos que son titulares del derecho al sufragio. Todas consagran la separación

de poderes y algunas formas de pesos y contrapesos y controles sobre los poderes públicos; señalan el camino para que sus ciudadanos accedan al poder político, con derecho a elegir y ser electos; todas garantizan la plena vigencia de los derechos humanos y señalan los mecanismos de protección en contra de los abusos del poder del Estado. Todas contemplan su plena vigencia e incluyen las salvaguardas para su observancia y restablecimiento.

Desde una perspectiva política son varias las explicaciones que pueden darse cuando surge la debilidad de su aplicación: instituciones que fueron tomadas de otros países que no reflejan la realidad latinoamericana y que no han pasado por los procesos de transformación o adaptación indispensable para su entrada en vigor. Constituciones que responden a la etapa de industrialización europea, mientras que ahora se vive una era post industrial sin que se haya desarrollado una institucionalidad actualizada que tenga en cuenta el rechazo ciudadano a los partidos políticos, la desconfianza en los sistemas electorales, la falta de credibilidad en los gobernantes, la vuelta a la demagogia y al populismo que se creía superado preñado de promesas incumplidas, y sobre todo anhelos de participación ciudadana en el gobierno, en la toma de decisiones, en todos los niveles, y mayor control y transparencia de la función pública y presupuestaria, sin que ello se cumpla ni se establezcan los mecanismos necesarios para que operen tales afirmaciones.

Ante estas realidades, una constitución pierde su eficacia cuando los órganos del poder público son incapaces de garantizar su implementación y más bien generan la desconexión entre la norma y su práctica. Las razones que se esgrimen para justificar el problema son: la debilidad de las instituciones, la concentración de poder en el presidente. Por otro lado, los ciudadanos por más que exija la satisfacción de sus derechos no encuentran que la Constitución los ayude a resolverlos y más bien comprueban que ella no es el parámetro de conducta de los gobernantes ni funcionarios públicos.

II. EL “DEBER SER” CONSTITUCIONAL Y SU PERVERSIÓN

La voluntad política programática de la nación venezolana, reflejada en el orden constitucional debe estar aparejada con el desarrollo legislativo que se haga de ella. De acuerdo a la fórmula política contenida en la Constitución de la República, Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia; de ello deriva que los valores correspondientes a esta concepción tienen que ser desarrollados por la Asamblea Nacional en el ordenamiento jurídico y materializada en la actuación de los órganos del Estado.

Dichos valores están consagrados categóricamente dentro del modelo Constitucional: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. La desviación interpretativa de los fundamentos constitucionales ha pervertido el modelo Constitucional mediante un desarrollo legislativo y una interpretación judicial que ha modificado su esencia y busca transformarlo de un estado democrático a uno comunista.

En el caso venezolano la implementación de la Constitución llegó hasta la elección y designación de los altos funcionarios de las ramas del Poder Público, se hizo ver que toda decisión u acto jurídico estaba conforme a la Carta Magna, pero después de un tiempo fue desapareciendo la evocación a la Constitución, hasta que en diciembre de 2006 luego de obtener su reelección para continuar en el cargo de presidente, Hugo Chávez anuncia que la Constitución ya no puede permitir el cumplimiento del

proyecto de transformar a Venezuela en un estado socialista. Dice que una reforma se impone y los tres aspectos esenciales del cambio eran: que su período presidencial sin posibilidad de ser candidato en el 2013 y pueda ser reelecto indefinidamente en el tiempo; declarar al Estado venezolano como socialista; y, crear otra rama del poder público denominado Poder Popular. Ese proyecto de reforma fue rechazado en una consulta popular y de inmediato propuso la enmienda de la reelección indefinida la que fue aprobada.

De ahí en adelante, es decir desde que Hugo Chávez perdió el referendo para reformar la Constitución por medio de una consulta popular, ese texto constitucional rechazado fue aplicando de hecho a través de la dictación de leyes provenientes de la Asamblea Nacional a la cual controlaba, pero mayormente, por Decretos leyes promulgados por el propio presidente fundamentándose en leyes habilitantes dictadas por la Asamblea Nacional para complacerlo en la implantación de un Estado Socialista.

III. ¿QUÉ ES LA CONSTITUCIÓN Y QUE REPRESENTA PARA LOS VENEZOLANOS?

Debemos promover un nuevo paradigma de pensamiento ciudadano.

La Constitución es un acuerdo de voluntades para apostar por la igualdad frente al privilegio. El cumplimiento de la Constitución se mide por el nivel de satisfacción y promoción de los derechos humanos. La promoción del cumplimiento de los derechos y garantías se transforma en una oferta de políticas públicas que permitan garantizar y satisfacer los derechos humanos.

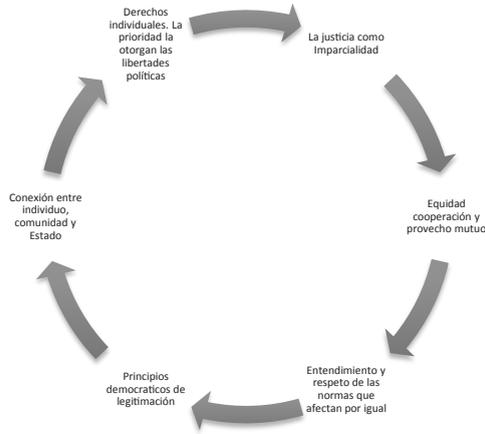
Cuando la Constitución ya no rige la actuación de los poderes públicos, y la rama ejecutiva controla y domina al resto de las ramas del poder público, nos acercan no a una vivencia de la Constitución sino a una apariencia de sometimiento a ella con un contenido diferente donde los derechos no cuentan. Los derechos individuales se diluyen en reclamos colectivistas o grupales creados para convencer que esa es la voluntad de la mayoría. Nos asocia todos los derechos a un partido político que funciona desde el gobierno, en órdenes y financiamiento, y por ello debe reconocerse todo el poder. De manera que la táctica del régimen es que se pierda la visión práctica de la Constitución porque ella solo sirve para justificar todos los mandatos imperativos que emite quien se inviste de líder de la llamada revolución bolivariana.

Ahora bien, el “acuerdo de voluntades” para apostar por la igualdad frente al privilegio, es una idea fuerza dirigida a impulsar el que las políticas públicas se orienten a los beneficiarios de las garantías constitucionales, por cuanto por cada derecho consagrado en la Constitución el Estado asume una obligación de satisfacerlo. ¿Por qué no es esa la meta esencial del Estado?

La razón es que la institucionalidad y sus procedimientos, los órganos a los que incumbe el ejercicio de sus funciones, se agotan en sí mismos, y sus altos funcionarios se convencen que al tener el poder político son ellos los que deciden que hacer y cómo hacerlo, sin ordenar sus servicios hacia el ciudadano y lo que es peor ignorando y violentando la Constitución, fracasando en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la Carta Magna para solventar los derechos sustanciales de la persona humana. A esto se agrega que los ciudadanos más que reclamar y exigir el cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado para con cada uno de sus derechos constitucionales, se queda en comprobar el incumplimiento de tales obligaciones y deberes.

ESTADO, COMUNIDAD, INDIVIDUO

Libertad, democracia y derechos individuales



Es necesario imponer canales de conducción a la comprensión de la Constitución, que permitan al individuo 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 dádiva, nos hace un favor y por ello estamos obligados a agradecerse. 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 derechos humanos constitucionales. 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.

IV. ¿PUEDE HACERSE UNA EXPRESIÓN GRÁFICA DE LA CONSTITUCIÓN?

Crear sociedad, una sociedad abierta, donde el ciudadano se apodere socialmente del control constitucional.

Tenemos una distribución triangular entre el Poder, el Derecho y la Igualdad (las oportunidades iguales para todos) e una Constitución democrática. De la dinámica actual de esos tres conceptos, podemos objetivizar las relaciones normadas por el Estado de Derecho (Poder y Derecho), por el Estado Social (Derecho e Igualdad), y

por el Estado Ciudadanía (Igualdad y Poder). Los equilibrios de estos vértices entre sí se lograrán poniendo en el medio del triángulo al ciudadano ejerciendo el control y el monitoreo del cumplimiento de la Constitución, con el modo prescriptivo, distinto a la siniestra práctica del precepto o valoración oficial que se oculta, para luego sorpresivamente castigar.



Cuando se dice “hay que defender la Constitución” se ha obrado con mucha irresponsabilidad e ignorancia. Debemos combinar defensa con cumplimiento y esto nace de su conocimiento y comprensión. No se puede defender lo que se desconoce y lo que no se siente, lo que nos es extraño y ella será extraña hasta que no forme parte de nuestras vivencias. Por ello, nuestro enfoque debe ir dirigido a crear sociedad, una sociedad abierta, donde el ciudadano se apodere socialmente del control del cumplimiento del texto, y no una sociedad cerrada, donde los organismos judiciales sean los que posean el único control.

V. ¿ES MOTIVO DE CONFRONTACIÓN SOCIAL LA VIOLACIÓN A LA CONSTITUCIÓN?

La defensa de la Democracia es la defensa de la Constitución.

Lograr el cumplimiento de la Constitución pasa inexorablemente por la comprensión que de ella haga la gente. Es decir, pasa por un determinado tamiz valorativo, de la internalización y externalización que efectúe el ciudadano común. No se trata de crear un modelo de comprensión, pero sí de entender que ella es un límite que encuadra a los gobiernos, y al mismo tiempo, nos ordena cómo comportarnos en cuestiones que tienen que ver con la esencia de la vida social: los deberes ciudadanos.

En el país tenemos un modelo de comprensión de la Constitución –y por cierto no es nada cercano ni amigable, dado que solo se nos dice cómo debe ser defendida o a luchar por ella, cuando la percepción generalizada del libro fundamental es pesada y fría.

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 to-

dos 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. Solo 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.



Acercar la Constitución al ciudadano o el ciudadano a la Constitución, pasa en primer lugar por redescubrirle a la gente un texto que es misterioso para ellos, al cual normalmente se acercan con prejuicios creados por segundas versiones. Destacar en ella, los valores que día a día vivimos en la calle. Por ejemplo, uno de ellos, cada vez más comprendido, sin lugar a dudas en nuestra sociedad civil venezolana del 2020, es el valor de la Democracia.

Quizás la gente no está enteramente consciente conceptualmente de “qué es”, pero sabe precisar lo que “no lo es” y los modelos políticos que la niegan. De ahí que resulta una tarea de impostergable importancia ciudadana, hacer entender los lazos intensos e indisolubles que nuestra Constitución tiene con la Democracia.

Por tanto, no sería auténtico afirmar que la falta de cumplimiento de la Constitución es motivo de confrontación social en sentido estricto, pero sí lo es visto como necesidades esenciales a resolver, la vida, el hambre, la enfermedad, la falta de justicia, de servicios básicos, la educación, el trabajo que es la manera en que la población venezolana entiende la relación con el Estado.

VI. ¿VENEZUELA VIVE UN CONFLICTO SOCIAL POR LAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES?

El venezolano no asocia necesariamente la falta de solución de sus problemas a la violación de la Constitución, más aun, no exige el cumplimiento de sus derechos, invocándola como medio para obtener respuesta de un Estado que está obligado a garantizarlos. Estamos hablando del derecho a la vida, al empleo, a un salario digno, a la vivienda, a la educación, a la propiedad, entre otros. Por tanto, la medición de la conflictividad social se orienta a la desesperación colectiva o concurrente en grupos

muy numerosos de la población que no encuentran respuesta a sus demandas, y que siendo derechos individuales se hacen problemas colectivos al generalizarse.

En Venezuela, aunque cueste aceptarlo el conflicto social es la lucha por los valores y recursos escasos con intereses sociales contrapuestos y en confrontación, donde se enfrentan quienes pretenden dominar y otros buscan neutralizar a sus rivales, estamos inmersos en una lucha que trasciende lo individual y donde todos quieren que el conflicto acumulado durante años, ceda y se pase a resolverlo.

De manera que la conflictividad social es de naturaleza política y la voluntad de resolver los problemas de todos y para todos es de naturaleza social. Por eso el conflicto social empieza con una emoción desbordada y no obedece a una racionalidad de objetivos, y se observa en los ciudadanos una indiferencia aparente por graves hechos que impactan la vida pública, al no considerar que esos hechos afectan su vida cotidiana, esa que todos los días se hace más difícil, problemas diarios sin resolverse.

Por tanto, la persona se pregunta cómo enfrente y resuelva el problema, solo no puedo hacerlo, cómo curarme o curar a un hijo, como tener una vivienda digna, como tener acceso a los hospitales, y la primera idea que le surge (fuera de la Constitución) es “tengo que pedírselo al presidente de la República y si no me lo resuelve, tengo que unirme a otros ciudadanos que tengan el mismo problema que yo”. Es difícil encontrar a los ciudadanos que empiecen este ciclo exigiendo lo que le corresponde en tanto se los garantiza la Constitución y se produzca la unión social por la obtención de la garantía de su derecho. Por eso la conflictividad social venezolana está planteada aún por ser un país de ciudadanos insatisfechos y no por la violación de la Constitución.

VII. ¿QUÉ EXPLICA EL CONFLICTO SOCIAL?

A partir de las teorías de conflicto social se busca revelar una percepción de la sociedad, en este caso de la sociedad venezolana, que está a la búsqueda tanto de orden e integración como de innovación y cambio. Una sociedad cuando se mueve, tanto a partir de individuos como de grupos, demanda maximizar sus beneficios, y ello inevitablemente produce un cambio, que puede envolver un conflicto físico o puede expresarse en confrontaciones verbales.

Por tanto, más que tratar de buscar el origen o causas del conflicto, la dirección correcta es visualizar las situaciones o maneras a través de las cuales ese conflicto puede resolverse a fin de lograr una solución estable y duradera. Hasta ahora esta vía es rechazada por quienes detentan el Ejecutivo y por el resto de las ramas del Poder Público que controla. La Fuerza Armada Nacional actúa como observadores pasivos de los problemas sociales que atañen al cuerpo social, dedican su tiempo a sostener en el poder a una persona que lo usurpa, sale a perseguir opositores y a juzgar civiles, todo lo cual se rechaza por el colectivo social, siembra el miedo y la parálisis a la reacción de defender de manera unida los abusos a los derechos humanos.

Lo interesante es que el conflicto es el factor principal del cambio social y de no aceptarse que hay oposición de intereses, necesidades y valores no satisfechos, la estabilidad social está en juego.

En definitiva, un conflicto será social cuando trasciende lo individual y procede de la propia estructura de la sociedad. Una sociedad como la venezolana de ciudadanos insatisfechos, que organizada o espontáneamente se convierten en grupos de presión para exigir que se resuelvan los problemas que atañen a la vida como personas, sea por inseguridad, o por falta de atención médica oportuna, o por estar en una cárcel donde pelagra su vida, por discriminación, u otros medios más agresivos como la

muerte, la persecución, la tortura, se convierten en un conflicto social que tiene identificado la causa de su lucha, no causada necesariamente por otros grupos sociales, sino en la suma de la ineficiencia, corrupción, acciones políticas para mantenerse en el poder y control del Estado y de la población.

A esto puede agregarse cómo los conflictos sociales se originan en la satisfacción relativa de las necesidades hacia una parte de la población, mientras otra parte de la población es excluida y queda fuera de las ofertas que se les hacen a sus pretendidos seguidores, lo que genera malentendidos, desconfianza y falta de comunicación. El conflicto puede ser latente, es decir que no ha explotado y los signos de violencia se expresan, y solo lograrán unirse cuando sufran las mismas carencias y la pretendida satisfacción de sus necesidades básicas comience a mermar.

VIII. ¿QUÉ HEMOS HECHO EN ESTOS AÑOS?

A la fecha, no hemos resuelto el conflicto político, hemos avanzado en acogernos a la restauración constitucional, es decir hacer valer el restablecimiento de la vigencia de la Constitución. En realidad, la iniciativa la tuvo la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, cuando dictó el Estatuto para la Transición a la Democracia en fecha 5 de febrero de 2017. Ahora bien el transcurso del tiempo sin cumplir las expectativas del Estatuto en cuanto al cese a la usurpación ha producido una disminución de apoyo de la sociedad civil hacia el sector político representado en la Asamblea y ello no tanto por que cambiara de opinión más bien por el impacto de la crisis social y económica (compleja) que se agrava y el usurpador sigue actuando de hecho como si fuera el presidente de la República, y los meses han pasado sin que se hubiera logrado sacarlo del cargo que usurpa.

Debe reconocerse que lo que hizo la sociedad civil hasta el agotamiento por años fue oponerse al régimen, estando en la calle cada vez que se le convocaba (desde el 2002) más allá de los errores políticos y constitucionales cometidos por líderes para ese entonces de la oposición y mostrando su poder numérico en las manifestaciones multitudinarias contra la tiranía, invocando el artículo 350 el cual consagra “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

A partir de 2014 perfectamente asociada a la realidad política se comienza a reconocer que solo desconocer a un régimen que tiene la Fuerza Armada Nacional y todos los cuerpos de seguridad dispuestos a mantener el poder político por la fuerza de las armas y equipos antimotines para matar y herir manifestantes, en función de un proceso revolucionario que se vende como que nunca tendrá fin y estará para siempre, se incorpora en la calle la lucha por restablecer la vigencia de la Constitución de 1999.

El abuso permanente y la violación de los derechos humanos dada la represión militar y policial fue inclemente y si ya antes la violación de derechos humanos venía de muy de atrás a esa fecha, se utilizó en ese tiempo para ya no solo infringir dolor y muerte a personas, causarles daños a su dignidad, detenerlos a fuerza de golpes, vejar ciudadanos, enjuiciar personas imputándole delitos sin investigación alguna, detenidos por años sin juicio, violándole todos los principios de justicia, usando los tribunales penales para que “legalizaran” todas las tropelías cometidas y luego, enjuiciando a civiles por tribunales militares.

¿De qué manera puedo resistir a un régimen usurpador y no Constitucional? La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia me dijo hace ya tiempo, que el

derecho a la resistencia tiene dos grados: Resistencia a la opresión y Resistencia a la tiranía. Este derecho procede cuando el régimen actúa con absoluta arbitrariedad, y como consecuencia o efecto “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos” (art. 138 de la CRBV)

El Derecho a la Resistencia, la opresión o la tiranía puede surgir ciertamente de los regímenes de fuerza proveniente de un pronunciamiento o acción militar, pero también de otros supuestos como son los actos de regímenes que, aun teniendo un origen democrático, en el tiempo se deslegitima y manipulan la Constitución de la República menoscabando su esencia.

Por tanto, es deber institucional del Estado:

1. Promover que los problemas no resueltos son derechos que la Constitución reconoce, y que el Estado está en la obligación de darle la satisfacción en los términos que la Constitución establece, sin olvidar los deberes que le corresponden a cada persona en contrapartida. La exigencia del cumplimiento de las garantías del ejercicio de cada derecho no tiene el nombre ni el apellido de quien desempeñe la función pública a quien corresponde satisfacer ese derecho.
2. Formar a la ciudadanía en la cultura de la Constitución en lo relativo a los derechos humanos que destaque los comportamientos que le corresponden a los ciudadanos, sus deberes y la contrapartida de las obligaciones del Estado, así como los términos en que debe cumplirlas. De esta manera cambiamos el paradigma de pedir por la de exigir.
3. Crear un monitoreo con poder prescriptivo del cumplimiento de la Constitución en lo referente a la garantía de satisfacción en el cumplimiento de los derechos humanos, que identifique el nivel de respuesta de las cargas a las que está obligado el Estado para responder por su bienestar. Evaluación permanente de las políticas públicas. Debe igualmente identificarse la rama del Poder Público (horizontal o vertical) y el organismo que tiene que dar respuesta a su satisfacción. Ello permitirá medir la insatisfacción en el cumplimiento de derechos constitucionales.
4. Determinar cuáles son los comportamientos exigidos o prohibidos en la Constitución a quienes se les reconoce u otorgan derechos humanos en las distintas nueve áreas temáticas de derechos (generales, nacionalidad y ciudadanía, civiles, políticos, sociales y de las familias, culturales y educativos, económicos, pueblos indígenas, ambientales) Es decir destacar los comportamientos que la Constitución exige a quien se le reconoce titular del derecho.
5. Medir (jurimetría) las leyes que se han dictado para cumplir o violar la Constitución en materia de los derechos humanos, y aquellas que no se han dictado, en particular cómo se ha legislado la carga que le corresponde al Estado constitucionalmente, la igualdad de oportunidades y el tratamiento igualitario, de las personas, claridad en la identificación de los destinatarios de esas leyes ya que rigen para toda la sociedad, sin hacer discriminaciones en sus textos.
6. Rechazar, perseguir y denunciar represión militar-policial contra la ciudadanía, cuando esta exige lo que en derecho le corresponde: cuando los ciudadanos emplacen públicamente el cumplimiento de la garantía de los derechos constitucionales que a toda persona corresponde.
7. Vociferar por la restauración constitucional, tanto quien detente autoridad como los ciudadanos sin ella, todos estamos obligados a hacer valer el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, es realmente el derecho que permite recobrar la democracia (Sentencia Sala Constitucional del TSJ de 22 de enero de 2003) mecanismo consagrado en la Constitución de la República que mate-

realiza las acciones suficientes y necesarias de legítima resistencia ciudadana, ante un régimen usurpador, ilegítimo y no constitucional. “El derecho a la restauración democrática (defensa del régimen constitucional) contemplado en el artículo 333 de la Constitución, es reconocido como un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional”; del cual forma parte la desobediencia civil contemplada en el artículo 350 de la Constitución.

IX. QUÉ HACER ANTE LA REALIDAD POLÍTICO INSTITUCIONAL ACTUAL DONDE EL DEBER DE RESTABLECER LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ES TAREA DE TODOS

Es a partir del fraudulento acto comicial del 20 de mayo de 2018, en el cual Nicolás Maduro se inviste de presidente de la República, que las fuerzas democráticas vienen impulsando un proceso político de restauración del orden constitucional y democrático, que se fundamenta en el artículo 7 y 333 asociado al 350 constitucional.

El artículo 333 constitucional tiene establecido la obligación de protección de la Constitución, y garantizar su vigencia. El texto establece:

Esta Constitución no perderá su vigencia **si dejare de observarse por acto de fuerza** o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, **todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia** (Resaltado nuestro).

Así la Asamblea Nacional el 5 de febrero decretó el “Estatuto que rige la Transición de la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, acto normativo que rige la transición democrática en Venezuela ante la derogatoria por vía de hecho por un medio distinto al establecido en ella, como es el voluntarismo político en actos absolutamente opuesto al texto constitucional, fundamentándose en sentencias judiciales para dar la apariencia de comportamientos constitucionales, leyes emanadas de una Asamblea Nacional Constituyente que no fue consultada al pueblo su voluntad de si quería o no cambiar la Constitución; decretos de emergencia que se renuevan cada sesenta días sin respetar el límite de tiempo constitucional, todo para impedir el funcionamiento y ejercicio de sus competencias de la Asamblea Nacional legítima.

El Estatuto para la Transición tiene siete capítulos, a través de los cuales se exponen las vías para el restablecimiento del orden constitucional y la reconstrucción institucional: (i) el cese de la usurpación de la presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros; (ii) instalación de un gobierno provisional, hasta tanto se elija constitucionalmente un nuevo presidente; (iii) realización de elecciones libres.

El Estatuto estableció que el presidente de la Asamblea Nacional es el presidente de la República, y el cumplimiento del mismo en el orden interno no se ha adelantado suficiente, visto que no ha sido posible lograr el cese de la usurpación. Es decir, la salida de un presidente de facto. Todo indica que se diera importancia a que ello se lograba con la participación y apoyo del sector militar, con la esperanza que defendieran la democracia y regresaran a la institucionalidad; sin atender que los miembros de la cúpula han sido los ejecutores de acciones fuera de la ley, que informados o formando parte de mafias, que permitiendo la entrada de paramilitares de otros países al territorio, que ejecutaron violaciones graves de derechos humanos que en casos son crímenes de lesa humanidad, la responsabilidad penal de sus actos u omisiones en

diferente grado de delitos y crímenes contra los derechos humanos, de la violación de la soberanía territorial, y otros, no les servirá de excusa el cumplimiento de órdenes superiores (arts. 23 y 29 de la Constitución).

La soberanía del pueblo tiene una obligación para con la Constitución que aprobó, que es defenderla y restaurar su vigencia. Nos toca exigir masivamente el ejercicio de nuestros derechos humanos, demandarle al usurpador su salida del cargo y ahí está la Consulta Popular que ya lo decidió.

Ahora bien, el 26 de diciembre de 2020, la Asamblea Nacional dicta una reforma al Estatuto que rige la Transición a la Democracia para restablecer la vigencia de la Constitución cuyo objeto no es otro que mantener la permanencia del Poder Legislativo legítimo, luego del 5 de enero de 2021, ante la imposibilidad de la realización de elecciones parlamentarias libres, justas y verificables. Es decir, se dio fin al período legislativo y la Asamblea Nacional reconoce la imposibilidad del no cese de la usurpación.

Este nuevo instrumento jurídico se fundamentó en la necesidad de mantener el ejercicio de la soberanía popular a través de la representación depositada en la Asamblea Nacional legítimamente electa, que concluiría su período el 5 de enero de 2021, y para ello se requería de un sustento constitucional que permitiera esta permanencia temporal en los cargos de los diputados electos, de tal manera que pudiera materializarse la voluntad expresada en la consulta popular cuando rechazó las pseudo-elecciones convocadas por Nicolás Maduro el 6 de diciembre de 2020, visto que el pueblo no podía quedar sin el ejercicio de su soberanía y representación popular.

Ante la realización de unas elecciones parlamentarias fraudulentas, la Asamblea Nacional nuevamente reacciona ejerciendo la responsabilidad asumida en el Estatuto originario (el cual, a su vez, nace en virtud del fraude electoral para elegir presidente de la República, cometido el 20 de mayo del 2018) y procede vista la obstinación autocrática con la cual el régimen se ha cerrado a la realización de elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables. Y se orienta al mantenimiento de un marco jurídico y constitucional que permitiera no solo desconocer los resultados electorales de fraudulento evento del 6 de diciembre de 2020 y entre otros temas, garantizar la continuidad constitucional del poder Legislativo Nacional.

Llamarlo nuevo Estatuto obedece a que la transición democrática no se realizaría por fases progresivas, primero el cese de la usurpación, luego la instalación del Gobierno Provisional y finalmente, la realización de elecciones libres, transparentes y competitivas. En la Reforma del Estatuto se suprimen dos artículos, el artículo 2 que fijaba el itinerario de democratización y reinstitucionalización en las etapas antes indicadas; y el artículo 7 que establecía el cumplimiento progresivo de los objetivos establecidos en el artículo 6 de acuerdo a las tres etapas de la transición democrática consagradas en el artículo 2 como son: 1. La liberación del régimen dictatorial, que ocurrirá con el cese de los poderes de facto que ejerce Nicolás Maduro Moros. 2. La conformación de un Gobierno provisional de unidad nacional que asegure restablecer el sistema democrático y convocar elecciones libres. 3. El restablecimiento del Estado democrático con la celebración de elecciones libres, transparentes y competitivas en el menor tiempo posible.

Ahora bien, no obstante haberlos suprimido se observa que en otros artículos que se mantienen vigentes recoge la secuencia del itinerario de democratización como etapas de liberación del régimen.

De manera que las implicaciones que tienen las órdenes impartidas por el pueblo luego de ser consultado comprometen el cumplimiento por la Asamblea Nacional y a

los propios electores. Este es el compromiso decisivo de la representación popular y del ejercicio directo de la soberanía, por cuanto ya el pueblo convocó las elecciones presidenciales y parlamentarias, comprendiéndose que se pasa a un proceso electoral al cual le falta fecha y apoyo internacional para que se cumpla, garantizando que sean limpias, plurales, transparentes y competitivas.

X. ¿QUÉ NOS QUEDA? ¿CUALES SON LOS DESAFÍOS, RESTRICCIONES Y OPORTUNIDADES DE QUE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 RECIBIRE SU VERDADERA VIGENCIA?

Recuperada la democracia y por ende la auténtica vigencia de la Constitución de 1999, parece necesario aplicar determinados principios que coadyuven en esa dirección:

- Mantener la reflexión permanente sobre la garantía, protección y cumplimiento de la Constitución.
- La despersonalización del poder, insistir en su aplicación.
- Crear el vínculo entre Constitución e identidad nacional.
- Eficacia de los controles de cumplimiento constitucional.
- Lograr una enseñanza popular masiva de los valores, principios y derechos democráticos. Ello permite una democracia militante en la defensa de sus valores y principios. La defensa del orden fundamental libre y democrático. El cuidado de las estructuras esenciales de democracia en libertad se logra mediante una educación cívica.
- La profundización de los derechos fundamentales es una tarea sin pausa. Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, sea cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) tienen que ser implementados en cumplimiento de una norma jurídica que lo consagra y le da la condición de sujeto titular de situaciones jurídicas o autor de actos que son ejercicio de estas (tomado de Luigi Ferrajoli).
- Aumentar la conciencia constitucional y la autoridad de la Constitución.
- Promover que la función de la cultura de derecho y las responsabilidades de las ramas del poder público y de los ciudadanos.
- Desarrollar mensajes que creen conciencia de defensa social de la Constitución. Por ejemplo: Cumplir la Constitución es construir una sociedad en la que se resuelve los problemas de la gente.

Todo lo que se realice para reinstitucionalizar el Estado y lograr su funcionamiento tiene un fin esencial consagrado en la Constitución de la República de Venezuela de 1999, como es la individualidad de la persona, cuando en el artículo 3 reconoce y garantiza el derecho a la inviolabilidad del ser humano: “defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad” y luego asegurar la prosperidad y bienestar del pueblo, ambos como fruto y reacción al totalitarismo.

DEL NEOCONSTITUCIONALISMO AL CONTRACONSTITUCIONALISMO

Ramón Escovar León*

SUMARIO

I. Introducción. II. La idea del derecho en la revolución bolivariana. III. Justicia constitucional y democracia. IV. La Constituyente según Vladimir Ilich Lenin. V. La noción de pueblo en el contraconstitucionalismo. VI. La justicia constitucional contra la democracia. VII. Comentarios adicionales sobre el contraconstitucionalismo. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Escribir en un libro homenaje para Pedro Nikken es muy significativo para mí, por cuanto fue mi profesor de Derecho Civil II (Bienes y Derechos Reales) en la Universidad Católica Andrés Bello. El profesor Nikken se caracterizó por su inteligencia, cultura humanística y calidad humana. El legado que deja a Venezuela es relevante.

El tema que voy a desarrollar es el neoconstitucionalismo, el cual es un concepto que surge a partir de algunas constituciones europeas de la postguerra, concretamente de la italiana (1947) y de la alemana (1949), así como de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Europa. Estas cartas políticas consagran un amplio catálogo de derechos fundamentales, al tiempo que plasman los valores de libertad e igualdad, y establecen límites al poder. Para que esto último pueda llevarse a cabo satisfactoriamente, es indispensable un esquema de separación de poderes que pueda garantizar el equilibrio institucional.

A los dos textos constitucionales antes mencionados se añaden las denominadas constituciones de la transición de Portugal (1976) y España (1978) que se producen en países que han padecido dictaduras militares que tenían en común, entre otras cosas, la represión, la ausencia de elecciones y la violación permanente de los Derechos Humanos. Como reacción a esta circunstancia, incluyen unos catálogos amplios de derechos fundamentales. Podría decirse entonces que hay una relación simétrica entre neoconstitucionalismo y proyección de los derechos fundamentales.

* Abogado *summa cum laude* (UCAB: 1974). Licenciado en letras *magna cum laude* (UCV: 2016), Magister en Administración de Empresas, mención Finanzas ((UCAB: 1997). Doctor en Derecho (UCV: 1990). *Visiting scholar* Universidad de Stanford (1990). Profesor titular en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello.

La corriente inversa al neoconstitucionalismo es el contraconstitucionalismo como lo he denominado en un artículo publicado en *El Nacional*¹. Bajo esta modalidad la interpretación constitucional se hace para consolidar un proyecto político, y en ese camino se violentan las reglas de la lógica y de la argumentación.

Todo esto demuestra que la justicia constitucional ha sido un fracaso. La idea del derecho que sirve de fundamento a la interpretación de las normas y principios constitucionales se basa en los intereses políticos del autoritarismo y en la restricción o aniquilamiento de los valores republicanos. Es a ello a lo que me voy a referir en lo que viene a continuación.

II. LA IDEA DEL DERECHO EN LA REVOLUCIÓN BOLIVARIANA

El más importante exponente de la idea del Derecho chavista ha sido José Delgado Ocando quien en una oportunidad 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”², –fuente intelectual de la jurisprudencia del chavismo–. No pretendo aquí personalizar mis críticas en Delgado Ocando, sino resaltarlo como líder ideológico y mejor expositor de las razones –si es que las hay– que inspiran toda la jurisprudencia de la Sala Constitucional, dictada para someter a la Asamblea Nacional y a los venezolanos.

Además del texto antes citado, hay otros dos trabajos de Delgado Ocando que dialogan entre sí. En primer lugar, “Revolución y Derecho”³; y, en segundo lugar, su discurso de apertura del año judicial del 11 de enero de 2001⁴.

En el primero de los textos mencionados, el autor hace un análisis marxista de la ciencia jurídica. En ese sentido, destaca que el Derecho debe ser puesto al servicio de la “revolución” y formula declaraciones como esta:

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 fracase⁵.

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, en el mencionado discurso de apertura del año judicial del 2001, 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 político⁶.

¹ *El Nacional*, 6 de diciembre de 2020. En: <https://www.elnacional.com/opinion/el-contraconstitucionalismo/>, consultado el 15 de marzo de 2021.

² José Delgado Ocando, *Estudios de Filosofía del Derecho, Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2003, p. 717.

³ José Delgado Ocando, “Revolución y Derecho”, en: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, Tomo IV, pp. 2595-2600.

⁴ José Delgado Ocando, *Discurso de orden. Apertura de las actividades judiciales*, 11 de enero de 2001, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 2, Caracas, 2001.

⁵ José Delgado Ocando, “Revolución y Derecho”, ob. cit., p. 2598.

⁶ Delgado Ocando, *Discurso de orden*, ob. cit., pp. 25-28.

En efecto, de acuerdo con la tesis del entonces Magistrado, la elaboración jurídica llevada a cabo por las jurisprudencias del máximo tribunal “son 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”⁷.

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 discutible –por las consecuencias que produjo– sentencia de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de enero de 1999, que declaró el carácter originario y, por lo tanto, plenipotenciario del proceso constituyente, en abierta violación de la Constitución de 1961⁸.

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. Aunque inicialmente era algo ambiguo, el llamado proyecto se refería a los intereses políticos de Hugo Chávez. Más recientemente, el mismo corresponde al “Plan de la Patria”. 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. La doctrina constitucional venezolana⁹, ha respondido a este espíritu de sumisión judicial al poder político. Si bien en el pasado el Poder Judicial fue objeto de intervenciones de intereses partidistas, un reconocimiento tan claro como el que nos presenta el jurista revolucionario no tiene antecedentes.

La evolución de las sentencias de la Sala Constitucional a favor del proyecto revolucionario ha ido en franco deterioro en lo que atañe a su estilo lingüístico y argumentativa. Los más recientes fallos, preparados con una rapidez vertiginosa, 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 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”.

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 acudir 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.

⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁸ Véase *Ibid.*, pp. 13-15. En la sección II de su discurso el jurista revolucionario se explana en alabanzas a la citada sentencia de la SPA del 18 de enero de 1999 (*cit*).

⁹ Francisco José Delgado, *La idea del Derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

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 metodológicos 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*: “Cuando yo empleo una palabra (...) significa lo que yo quiero que signifique...; ni más ni menos. La cuestión es quien es el que manda; eso es todo”¹⁰. En nuestro caso, el que manda es el defensor del “proyecto político prevalente”. Eso y nada más.

III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

La posibilidad de que se dicten decisiones antidemocráticas por parte de la justicia constitucional ha sido expuesta por John Hart Ely, uno de los constitucionalistas más influyentes en el mundo jurídico norteamericano. Su obra canónica *Democracia y desconfianza*¹¹ es una referencia en las discusiones más elevadas sobre el papel de la justicia constitucional en una democracia. Es una cita recurrente en la doctrina constitucional contemporánea¹².

Hay una desconfianza natural de los ciudadanos en los procesos políticos dominados por los intereses partidistas. Así ocurre en aquellos sistemas donde las tendencias ideológicas se adueñan de la justicia constitucional, al someter la interpretación constitucional a simpatías políticas y no a los beneficios generales de la sociedad. Si no hay confianza en la justicia constitucional, esta se convierte en una amenaza para la libertad. La jurisdicción constitucional se deslegitima en la medida en que sus sentencias son instrumentos del poder para aniquilar derechos o para beneficiar a determinados sectores.

Frente a los problemas constitucionales complejos se debe escoger entre las distintas opciones aquella que se ajuste más a los valores republicanos. Entre los problemas difíciles se pueden mencionar los derechos de los homosexuales, el aborto, la eutanasia y otros equivalentes por su complejidad. En Venezuela se debe añadir las materias que involucren derechos humanos, libertades ciudadanas y, sobre todo, la transparencia e igualdad electoral. Si la justicia constitucional obstaculiza estos valores, se convierte en un factor de perturbación de la libertad y los derechos ciudadanos. Una república necesita jueces imparciales que defiendan las reglas democráticas consagradas en la Constitución, y no jueces sometidos a una ideología o a intereses partidistas sectarios.

Ely propone que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos —que es el sistema que analiza— no puede anular por inconstitucionales actos del poder legislativo, en vista de que esto es antidemocrático. Además, expone dos reglas nucleares adicio-

¹⁰ Lewis Carroll, *Alicia en el País de las Maravillas y A Través del Espejo*, 4ª ed., trad. Ramón Buckley, Cátedra, Madrid, 1999, p. 316.

¹¹ John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 1-12, *passim*.

¹² Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 210 ss.

nales que deben orientar al juez constitucional: defender la representación popular y facilitar los caminos de la alternancia política¹³. El papel del juez constitucional es, en definitiva, garantizar el voto para que todos los sectores políticos puedan participar en igualdad de oportunidades. Por eso la justicia constitucional sí tiene un papel relevante que jugar en la democracia; pero siempre como instrumento que facilite el juego político y no que los obstaculice.

La restricción de los derechos y de la libertad en función de unos “valores superiores” defendidos por una élite —o *nomenklatura*— no democrática lo explica Ely a través del “principio del Führer”. Este principio se sustenta en la afirmación de Hitler: “Mi orgullo es que no reconozco a ningún estadista del mundo que, con mayor derecho que yo, pueda decir que él representa a su pueblo”¹⁴. En otras palabras, la fuente del Derecho es la voluntad del Führer tal como pretendió justificarlo la protuberante inteligencia de Carl Schmitt, al sostener la tesis según la cual la voluntad de un dictador podía ser fuente de Derecho. Esta chocante afirmación se traduce en que en los regímenes totalitarios, los jueces hacen lo que diga el tirano y de esa manera convierten en realidad la propuesta de Schmitt.

El “principio del Führer” permitió modificar las sólidas instituciones jurídicas del sistema romano-germánico y lo sustituyó por el sistema jurídico nazi. La figura del magistrado independiente fue sustituida por jueces incondicionales al programa del nacionalsocialismo. La fuente del Derecho dejó de ser la prestigiosa Constitución de Weimar, reemplazada, en primer lugar, por la voluntad del *Führer*; y, en segundo lugar, por el nefasto programa del partido nazi. En ese contexto, el nazismo alimentaba al Poder Judicial, al tiempo que los estudios jurídicos fueron modificados para cambiar el perfil del abogado alemán por el del abogado nazi. Si a esto se suma —explica Ely— la definición soviética de democracia¹⁵, tendríamos el cuadro completo en el cual la élite que controla el poder evitará “como sea” que el pueblo decida por medio del voto libre.

Así las cosas, hay dos nociones necesarias en una democracia: la justicia constitucional y el sistema electoral libre y transparente. Son el *yin* y el *yang* del sistema, y constituyen dos pilares nucleares para garantizar que sean las mayorías quienes decidan. La justicia constitucional debe garantizar el sistema electoral en caso de desvaríos. No es una élite que se atribuye la representación del “pueblo”, como lo creía Hitler; ni un estado que todo lo controla, como lo predicaba Stalin.

Para muchos los poderes del juez constitucional han estado bajo sospecha y por eso su facultad de anular actos del poder legislativo —elegido democráticamente— debe ser eliminada. Aquí se corre el riesgo de que no habría control sobre una ley con apariencia de inconstitucional, pero es un riesgo menor al lado de lo que significa el poder desbordado del juez constitucional.

La obra de John Hart Ely es una valiosa contribución para reflexionar sobre estos problemas que afectan los valores de la democracia.

IV. LA CONSTITUYENTE SEGÚN VLADIMIR ILICH LENIN¹⁶

Afirma Lenin que “En nuestra revolución se convoca la Asamblea Constituyente con arreglo a las listas presentadas a mediados de octubre de 1917, en condiciones

¹³ John Hart Ely, ob. cit., pp. 77 ss.

¹⁴ *Ibid.*, p. 68.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Estas ideas fueron inicialmente expuestas en *Prodavinci*, 1 de agosto de 2017.

que excluyen la posibilidad de que las elecciones a esa Asamblea Constituyente sean una expresión exacta de la voluntad del pueblo, en general, y de las masas trabajadoras, en particular”¹⁷. Con estas palabras se pretende sostener que en revolución una asamblea constituyente no tiene que ser expresión de la voluntad de los electores. El interés de la revolución así lo exige.

En este sentido, el revolucionario ruso expone sus reflexiones sobre la asamblea constituyente y señala que una constituyente revolucionaria no puede ser “expresión exacta de la voluntad del pueblo”¹⁸. También agrega: “Por eso, incluso desde el punto de vista formal, la composición de los elegidos a la Asamblea Constituyente no corresponde, ni puede corresponder, a la voluntad de la masa de electores”¹⁹; es decir, no puede responder a la voluntad de los electores sino a los ideales “superiores” de la revolución.

Para Lenin lo importante en una asamblea constituyente es que esta sea sometida al poder de los “Soviets”. Por eso dice: “Hoy está claro por completo para el pueblo entero que la Asamblea Constituyente quedaría condenada inevitablemente a la muerte política si se divorciase del Poder los Soviets”.

Lenin pone un énfasis en la necesaria represión: “Solo una implacable represión militar de esa insurrección de esclavistas [los burgueses y terratenientes] puede garantizar de verdad el triunfo de la revolución proletaria y campesina”²⁰. Esta es, para el legendario padre de la Revolución bolchevique, un instrumento fundamental y justificado en la lucha, cuando se trata de que una minoría someta a una mayoría.

En el mensaje leninista no escapa la invocación a la paz como “objetivo” de la constituyente: “El problema de la paz es uno de los más candentes de la vida del pueblo. En Rusia se ha emprendido una lucha verdaderamente revolucionaria por la paz solo después de triunfar la revolución del 25 de octubre”²¹. En el pensamiento de Lenin para que haya paz debe triunfar la revolución. Entonces la “paz” como objetivo revolucionario justificó los hechos sangrientos acontecidos con posterioridad.

Cuatro elementos destacan del ensayo de Lenin. En primer lugar, la lista de electores no debe representar la voluntad general del pueblo sino los intereses de los soviets. En segundo lugar, el triunfo de la constituyente depende de los soviets y no del pueblo. En tercer lugar, la revolución se debe ocupar de la paz, una vez haya triunfado. Y, en cuarto lugar, las discrepancias de los burgueses y terratenientes justifican una “implacable represión militar”.

Lo que vino después es una historia conocida, pues el pueblo ruso fue sometido a una férrea dictadura —con represión, campos de concentración y millones de muertes— que Stalin desarrolló con gran crueldad. Esta experiencia concluyó con la caída del muro de Berlín. La cronología histórica del auge y caída de la Unión Soviética evidenció el fracaso del modelo marxista-leninista. Se pensó que el fracaso del modelo bolchevique haría imposible el regreso de la dictadura al estilo de la experiencia

¹⁷ Vladimir Illich Lenin, *La revolución proletaria y el renegado Kautsky*, trad. Grupo de traductores de la Fundación Federico Engels, Fundación Federico Engels, Madrid, 2007, p. 108.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 109.

²⁰ *Ibid.*, p. 110.

²¹ *Ibid.*, p. 111.

soviética²². Esto fue una equivocación porque los escombros de esta experiencia llegaron vía naufragio a las costas venezolanas.

Las razones de la caída del bloque soviético son variadas. Fue el desplome de un modelo que ocupaba en 1980 la mitad de Europa. Quienes vivían bajo la represión y las carencias cercados por el comunismo observaban con atención lo que ocurría en sus países vecinos. La democracia y la libertad irradiaban permanentemente su ejemplo y sus señales hasta que hizo efecto y vino la explosión social con un hecho demoledor: la caída del Muro de Berlín²³.

La afirmación de Karl Marx de que el capitalismo contenía la semilla de su propia destrucción fue otra equivocación., como lo demuestran los sistemas de China y de Vietnam. Estos países mezclan el totalitarismo marxista-leninista con la economía de mercado de corte capitalista. Es el camino que comienza a recorrer, cambiando lo cambiante, el caso venezolano.

En este contexto el control de todos los poderes es un elemento común. Es lo que ocurrió con la fraudulenta asamblea nacional constituyente que culminó en diciembre de 2020. Esta simulación de democracias continuó con la elección de una Asamblea Nacional (6 de diciembre de 2020) sin garantías electorales y con políticos inhabilitados.

La explicación de la inconstitucional asamblea constituyente que se impuso a fuerza de bayonetas encuentra explicación en la visión de Lenin. Tanto el modelo leninista como el que amenaza a Venezuela comparten un objetivo político concreto: darle permanencia a una dictadura. El régimen soviético se hizo para sustituir el modelo zarista por el comunista; el venezolano pretende fulminar el sistema republicano y sustituirlo por el Estado comunal.

La versión venezolana de la constituyente comunal fue un fracaso, no solo por la falta de credibilidad de las cifras anunciadas por el Consejo Nacional Electoral, sino porque pretende acabar con nuestra esencia republicana. Y esta es, justamente, la conquista de nuestra independencia, que, además, se ha mantenido de manera uniforme en nuestras 25 constituciones. A esto se suma que la constituyente lo que pretende es evadir una confrontación electoral con árbitros confiables y fulminar cualquier vestigio de valor democrático que pudiese quedar.

No es posible cambiar la república por un Estado comunal sin ir contra nuestra cultura política, como lo pretenden algunas de las leyes incluidas en el “Plan legislativo nacional 2021”. Es la tradición republicana la que se busca proteger, porque es el modelo de Estado plasmado en nuestra acta de nacimiento. La república significa la libertad del ser humano y el libre desenvolvimiento de su personalidad. El Estado comunal, al contrario, supone el control del ciudadano y la imposibilidad de que cada cual desarrolle las cualidades que configuran su manera de ser y le diferencia de los demás. La comuna no es una forma de participación ciudadana sino una conducta impuesta por el gobierno: es una negación de la democracia.

La Constitución del año 1999, al contrario de lo que ha buscado la extinta constituyente, predica la democracia participativa. Pero ahora lo que se pretende es buscar las formas para controlar la sociedad. De nuevo aparece Lenin con su proclama: “Todo el

²² Véase David Remnick, *La tumba de Lenin. Los últimos días del imperio soviético*, trad. Cristóbal Santa Cruz, Tercer Mundo Editoriales, Bogotá, 1995; Prólogo, p. xii. Archie Brown, *The rise and fall of communism*, Random House, 2009, que demuestran inequívocamente que el marxismo-leninismo no es viable y solo se sostiene por el uso desbordado de la violencia.

²³ Archie Brown, ob. cit., pp. 549 ss.

poder para los Soviets”. Como diría un socialista del siglo XXI: “todo el poder para las comunas”. No hay originalidad sino un trasplante de esquemas fracasados.

El ambiente que precedió la votación de la constituyente de 2017 fue de amenazas, como aquella según la cual “lo que no se pudo con los votos, lo haríamos con las armas”, que es una manera de decir que están dispuestos a usar la violencia desbordada para defender la revolución y mantenerse en el poder, como lo proclamaba Lenin.

A lo señalado se le debe añadir la presión y las amenazas contra funcionarios públicos para que fueran a sufragar. Si el derecho al voto es el ejercicio de la libertad, lo que ocurrió fue la negación de la libertad. Y aquí vuelve a aparecer Lenin, quien repudiaba los derechos humanos, porque para él no había obstáculo que debiera impedir la revolución. Asimismo, se burlaba de que la asamblea nacional constituyente fuese la máxima expresión de la democracia, y, por eso, había que manipularla para convertirla en un instrumento de la revolución y de la lucha de clases en la Rusia de la época. La constituyente del Psuv no es más que una copia del pensamiento leninista. Toda la institucionalidad en Venezuela dejó de funcionar y la constituyente fue un factor de perturbación de la vida nacional.

Por todo lo anterior, de lo que se trata es de buscar una solución que logre la convivencia entre los venezolanos y garantice el porvenir a las nuevas generaciones. La respuesta no es la confrontación permanente sino la libertad para todos. Para ello es fundamental que los líderes del Psuv vean la realidad y busquen con la oposición un proceso de negociación que permita que Venezuela mantenga su tradición y pueda vivir en una república.

Con más presos, más hambre, más miseria y con el aumento de la ingobernabilidad no se resuelven los graves problemas que gravitan sobre los venezolanos. Superar este cuadro no sería difícil si hubiese voluntad y humildad.

V. LA NOCIÓN DE PUEBLO EN EL CONTRACONSTITUCIONALISMO

Otro de los rasgos de este modelo contraconstitucional es la manipulación de la noción de pueblo por parte del Ejecutivo y de la Sala Constitucional. A ello me voy a referir en las líneas que siguen.

La noción de “pueblo” puede adquirir distintos significados según la ideología y el contexto dentro del cual se emplee este vocablo. Sin embargo, desde un punto de vista semántico este sustantivo colectivo no deja margen para la duda, como se evidencia en el significado que la Real Academia Española (2014) registra para esta palabra en su tercera acepción: “Conjunto de personas de un lugar, región o país”. Por su parte, María Moliner (1966), en su célebre *Diccionario de uso del español*, define el término como el “Conjunto de los habitantes de un país”. Con el mismo sentido parece emplearse en la sentencia vinculante de la propia Sala Constitucional que definió pueblo como: “el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades” (sentencia N° 24 / 22 de enero de 2003).

Asimismo, en este último texto se señala que “la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional”; concepto que la sentencia toma de Jean-Jacques Rousseau y su *contrato social*, porque la noción de pueblo, al ser sujeto de la soberanía, está estrechamente ligada al concepto de autodeterminación y al principio de integridad territorial.

En claro contraste con lo anterior, el madurismo restringe la noción de pueblo a un “conjunto de personas seguidoras del gobierno, con exclusión de quienes se le oponen”. Y esta es la noción que acogen las “bases comiciales” para elegir la constituyente del año 2017²⁴, al hacer suyas esa visión limitada e interesada de pueblo; al considerar, sin más, que lo integran las comunas y los empleados públicos, es decir, aquellos que le pueden garantizar al presidente Maduro los resultados electorales que desea. En su discurso político el pueblo incluye al propio grupo y a sus seguidores, que suelen ser legitimados; y excluye a los otros, con la respectiva deslegitimación de la que suelen ser objeto los adversarios políticos.

La noción de pueblo no fue discutida en los referéndums correspondientes al proceso constituyente de 1999; ni tampoco en los debates del año 2007 sobre la reforma constitucional; ni en el de 2009 cuando se sometió a votación la reelección indefinida de los cargos de elección popular.

Es decir, Chávez no discriminó, al menos en la práctica, aunque sí en su discurso, cada vez que convocó al “pueblo” en los procesos antes señalados. Nicolás Maduro, al contrario, tiene un referente distinto al de Hugo Chávez en este aspecto, pues el primero, en un deliro semántico, distorsiona el significado del sustantivo colectivo pueblo, no solamente en el discurso si no, lo que es más grave, en la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que pretende poner en marcha, a su minúsculo grupo de seguidores. Como consecuencia de esto, entre otras cosas, su gobierno se ha debilitado, lo que lo ha llevado a incrementar la represión, la intolerancia y el uso abusivo de las instituciones que controla; al tiempo que manipula para falsear el concepto de pueblo en su pretensión de llevar a cabo una constituyente sin llamar al soberano, en toda su extensión, a decidir.

La única elección prevista es la de los constituyentes, bajo la modalidad del “entubamiento electoral”, como se conoce en el lenguaje político vernáculo. En parte esto explica las razones por las cuales se pretende llevar a cabo una ANC con unas “bases comiciales” y sin la necesaria consulta electoral que exige la Constitución: la primera, para activar la convocatoria; la segunda, para aprobar o no la nueva Constitución.

Así las cosas, la propuesta de la ANC comunal tuvo mayoritariamente como electores a los cuadros del partido de gobierno; esto fue, más bien, de una constituyente del Psv. A esto se añade que los “juristas” socialistas han interpretado literalmente el artículo 348 de la Constitución que faculta al presidente para la iniciativa del proceso constituyente. Eso y nada más. La convocatoria propiamente dicha corresponde al pueblo, como lo establece el artículo 347 de la Constitución: “El pueblo es el depositario del poder constituyente originario”, norma que no distingue la noción de pueblo ni discrimina entre simpatizantes y adversarios.

En consonancia con lo anterior, el artículo 5 de la Constitución no deja margen para la duda: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo”. Entonces, el poder constituyente originario corresponde al pueblo, quien ejerce su soberanía mediante el sufragio, y no al presidente de turno. Este asunto no ameritaría discusión alguna pues está claramente explicitado en la Carta Magna. Sin embargo, hay que traerlo a colación ya que se llevó a cabo una constituyente simulada, sin referéndum y con unas bases comiciales que son, más bien, un oxímoron, una *contradictio in terminis*, ya que carecieron de comicios.

²⁴ Constituyente que tenía como objetivo redactar una Constitución que nunca presentó al país. Más bien se dedicó a dictar unas supuestas “leyes constitucionales” no previstas en la Constitución. Su duración fue desde de agosto de 2017 hasta el 18 de diciembre de 2020.

De todo lo anterior se desprende que tanto en el discurso de Nicolás Maduro como en sus acciones la noción de *pueblo* va a contrapelo del significado que tiene esta palabra en los diccionarios, en la tradición venezolana y, más grave aún, en la Constitución.

Aquí cabe recordar lo que decía Lewis Carroll en *A través del espejo*: “Cuando uso una palabra, ella significa exactamente lo que decido que signifique, ni más ni menos. La cuestión es quién es el que manda; eso es todo”²⁵.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CONTRA LA DEMOCRACIA

En el año 2017 del profesor Humberto Njaim publicó en su cuenta de Twitter dos reflexiones que vale la pena recordar. En la primera dijo: “Va a ser difícil en el futuro explicar que la jurisdicción constitucional es necesaria (2 de junio de 2017); y en la segunda afirmó que, “La jurisdicción constitucional se ha convertido en un impedimento para la discusión democrática en la ciudadanía y en las legislaturas” (3 de junio de 2017). Estas afirmaciones son una invitación para una discusión abierta sobre lo que ha significado la justicia constitucional en nuestro país.

La experiencia vivida por los venezolanos en estos últimos veintiún años evidencia que la justicia constitucional, tal como fue concebida, y como ha sido entendida en los últimos años, se ha convertido en un instrumento que restringe los derechos ciudadanos y que afecta con golpes lacerantes la idea misma de la democracia.

Este tema ha sido abordado por el filósofo del derecho Jeremy Waldron quien combina la teoría general del derecho con la teoría política para concluir que la justicia constitucional, más allá de que estemos o no de acuerdo con sus decisiones, atenta contra la democracia²⁶. Esta tesis luce acertada en el caso venezolano; pero es discutible en jurisdicciones constitucionales reconocidas, como la colombiana.

Igualmente plantea Waldron el asunto de la legitimidad democrática de los parlamentos como base de sustentación de la autoridad de las leyes que promulga.²⁷ Esto pone de relieve la importancia de los sistemas electorales para determinar su legitimidad del parlamento. Si el poder legislativo es producto de unas elecciones no ofrecen garantías electorales, la ley que de él emana carecerá de la legitimidad democrática a la que se refiere Waldron.

La justicia constitucional, en el sistema jurídico chavista, es una mezcla de la tesis de Kelsen sobre el control concentrado de la constitucionalidad en manos de un Tribunal Constitucional, y el *judicial review* creado por el legendario juez John Marshall

²⁵ Lewis Carroll, ob. cit., p. 316.

²⁶ Jeremy Waldron, *Political Political Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 2016, pp. 295 ss.

²⁷ Jeremy Waldron, *Democracia y desacuerdo*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 66. Afirma Waldron que “El valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la autoridad de su producto (la legislación en tanto que derecho positivo) es el de legitimidad democrática. Pero no todos los juristas aceptan dicha asociación. Algunos menosprecian las credenciales democráticas de las leyes porque dudan de la representatividad democrática del Parlamento o del Congreso, o porque se quedan fascinados por las dificultades formales de la teoría de la elección pública, o simplemente porque no otorgan a la democracia otro valor que no sea instrumental o derivativo. A pesar de ello, la mayoría de los estudiosos de la legislación consideran que la exigencia de legitimidad democrática, siempre que podamos justificarla, es el mejor argumento que se puede dar en favor de la autoridad de una ley. Puesto que las credenciales democráticas y representativas del Parlamento ofrecen por sí mismas la mejor razón que un tribunal o un ciudadano puedan tener para someterse a sus decisiones” (*Ibid.*, pp. 66-67).

en su célebre decisión *Marbury-Madison* (1803), que es el tipo de control difuso que se ejerce para acoplar las leyes con el sentido del Texto Fundamental.

Surge así el control de la constitucionalidad de las leyes. El mecanismo ideado por Kelsen supone que el Tribunal Constitucional tiene como misión proteger la Constitución; en especial, en aquellos casos en los que la sociedad transita del autoritarismo a la democracia. En este cuadro, dicho órgano debe proteger los derechos fundamentales y fortalecer el sistema democrático y la libertad de posibles abusos por parte del poder. Es decir, la justicia constitucional debe garantizar los derechos de los ciudadanos, y no perseguirlos como ocurre hoy en Venezuela.

En nuestro país —al contrario a lo expuesto por Kelsen— el Tribunal apuntala el autoritarismo, restringe los derechos humanos y los vulnera directamente convirtiéndose en un mecanismo de apoyo al régimen autoritario. Un tribunal o sala constitucional que no atiende a su esencia se convierte, sin dudar, en un factor perturbador e inconveniente para la democracia.

El modelo difuso o del *judicial review*, presenta el dilema de si es posible que un órgano no electo (el Tribunal Constitucional o Sala Constitucional) pueda anular leyes dictadas por el Parlamento que ha sido electo por el pueblo. Este esquema presenta como riesgo la invasión de las competencias del Poder Legislativo al disponer de la facultad para anular leyes; y es contra dicha facultad que Jeremy Waldron enfoca sus reparos.

El núcleo de su posición se centra en la distinción de los derechos que forman parte de la noción de democracia. En este sentido, Roberto Gargarella y José Luis Martí, quienes presentan la edición española de la citada obra de Waldron *Democracia y desacuerdo*²⁸, resumen tales derechos en los siguientes: el derecho de participación, la libertad de expresión, libertad de asociación y derechos hereditarios. El primero es constitutivo del proceso democrático; el segundo y tercero son condiciones de legitimidad democrática y el último no está vinculado con la idea de democracia. Sobre estos hay desacuerdos en las sociedades divididas por creencias religiosas, ideologías y posturas políticas, como ocurre en Venezuela. El contenido de los derechos mencionados —según Waldron— no puede ser definido por un tribunal, porque los jueces no pueden ser el elemento determinante de la democracia. Es el legislador el llamado a darle sentido a estos derechos que generan desacuerdo, porque este cuerpo es producto de la voluntad del elector.

La tesis de Waldron tiene seguidores y detractores, pero no debe soslayarse por el constitucionalismo venezolano en momentos en los que la Sala Constitucional se ha convertido en la mayor amenaza para los derechos fundamentales, pues se ha encargado de derrumbar, sentencia tras sentencia, las vigas maestras que sostenían la democracia venezolana.

La tesis del pensador Jeremy Waldron no debería pasar inadvertida para los abogados venezolanos, pues invita a una seria discusión sobre el porvenir de la sala que se ha encargado de “interpretar” la Constitución. Son muchas las reflexiones que abre Waldron para los venezolanos: ¿cómo comenzó el deterioro de la justicia constitucional?, ¿cómo se consolidó?, ¿cómo salir de esta crisis? La respuesta a la primera pregunta es sencilla: con el uso y abuso de la justicia constitucional.

Más allá de la discusión sobre este tema que enfrenta al legislador con el juez constitucional, hay que reconocer que el mecanismo constitucional marchaba muy bien cuando su impulso se lo daba la jurisprudencia de la época que respetaba al legisla-

²⁸ *Ibid.*, pp. XIII-XLVIII.

dor. En este sentido vale la pena recordar al juez Alirio Abreu Burelli –juez de familia reconocido por su probidad– quien le dio vitalidad, reciedumbre y credibilidad a la institución del amparo. Fueron notables sus decisiones. Luego que el amparo había sido definido por el juez, vino el legislador quien se hizo eco de la evolución jurisprudencial y le dio forma de ley. Con posterioridad, y lamentablemente, comenzaron los abusos, pues no se usó el amparo para proteger un derecho constitucional, sino para asuntos privados de naturaleza civil, mercantil, laboral, administrativa y penal. Se distorsionó el amparo y con ello se alimentó la inseguridad jurídica.

Por lo señalado hay que buscar el diálogo democrático entre el juez constitucional y el legislador, para lograr espacios de entendimiento en los temas constitucionales, como ha funcionado en Colombia con el denominado “estado de cosas inconstitucional”. Este instrumento está destinado a proteger los derechos fundamentales de la población. En todo caso, se requiere de jueces confiables, para que la aplicación de normas –que las más de las veces son ambiguas y vagas– pueda ser desarrollada: los jueces sumisos y elegidos sin respeto de sus méritos, genera inseguridad y constituyen una amenaza permanente para la justicia y la libertad. Solo puede haber justicia constitucional con jueces probos, independientes y preparados intelectualmente.

Luego vino la figura de la revisión constitucional que le permitió a la Sala Constitucional dictar sentencias en todos los asuntos como *Deus ex machina*. Con ello se resintió el concepto de cosa juzgada y se privilegió un elenco de sentencias contradictorias y abusivas. Por si fuera poco, dicha Sala se atribuyó a sí misma la potestad de designar altos funcionarios, amparada en la denominada y antidemocrática “omisión legislativa”. La primera sentencia fue la N° 223 del 23 de septiembre de 2002²⁹ y permitió nombrar el suplente del fiscal general de la república. Posteriormente, vino la sentencia 2747 del 7 de noviembre de 2002³⁰, con la cual se mantuvo en sus funciones a los miembros del Consejo Nacional Electoral. Esta “jurisprudencia”, de estirpe fascista, es la que ha permitido “designar” los rectores del Consejo Nacional Electoral, pese a que es el Parlamento el facultado para hacerlo.

A todo lo anterior se añade la nefasta jurisprudencia de la Sala Constitucional dictada desde que la oposición ganó la Asamblea Nacional, lo que es sobradamente conocido por la opinión pública. Por ahora, basta decir que la tesis del prestigioso filósofo del constitucionalismo, Jeremy Waldron –independientemente de que se discrepe con ella– debe ser objeto de reflexión en nuestras Escuelas de Derecho para ponderar la conveniencia de que la Sala Constitucional sea revisada –y hasta eliminada– por ser un factor que perturbación de la democracia.

Una propuesta para el futuro puede ser crear un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial, integrado por jueces probos y capaces intelectualmente, que respondan al sentido de justicia y no a los mandatos del mandón de turno. Los venezolanos hemos aprendido la lección a un precio muy alto. El asunto del futuro de la justicia constitucional merece una serena y profunda discusión, para convertirla en un instrumento que garantice la libertad y los derechos humanos de los ciudadanos.

VII. COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE EL CONTRACONSTITUCIONALISMO

Luego de la experiencia del nazismo y del fascismo, surge en Europa una nueva mirada al Derecho Constitucional que busca expandir los derechos fundamentales.

²⁹ Disponible: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 15 de marzo de 2021.

³⁰ Disponible: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 15 de marzo de 2021.

Es lo que se llama “neoconstitucionalismo”. La Constitución italiana de 1947 y la alemana de 1949 son ejemplos de este modelo. Estos textos consagran un amplio catálogo de derechos fundamentales.

A estas constituciones se añaden la de Portugal (1976) y España (1978), tal como se señaló al comienzo de este trabajo. Son respuestas en países que pasaron por dictaduras que tenían a la violación de los derechos humanos como moneda común. Nuestras constituciones de 1961 y 1999 forman parte de esta ristra de normas fundamentales. Pese a que el texto de 1999 fue concebido con una mentalidad esencialmente autoritaria, se ha ido vaciando de contenido a través de la interpretación dirigida a favorecer el proyecto político al que se pertenece. Este plan, en la medida que va perdiendo adeptos, exige más autoritarismo. La preocupación no es la limitación del poder, sino su progresiva expansión.

La recta interpretación constitucional que caracteriza al “neoconstitucionalismo” se fundamenta en la ponderación de principios para ampliar la protección de las garantías constitucionales y de los derechos humanos. Sin embargo, al momento de interpretar la Constitución, según la posición del intérprete en cuestión, se puede llegar a conclusiones diametralmente opuestas.

Se potenciarán los principios constitucionales cuando el intérprete procede de forma fiel al derecho, pero los aniquilará si toma partido por una ideología política sin exponer razones convincentes. Un claro ejemplo de esto resulta la comparación entre lo que ocurre en Colombia y en Venezuela. Mientras en Colombia hay una justicia constitucional que amplía los derechos y garantías constitucionales; en nuestro país, al contrario, se restringen. El derecho a elegir es un buen ejemplo de lo dicho, como queda demostrado con las inhabilitaciones.

Siendo así el asunto, el neoconstitucionalismo ha mutado al “contraconstitucionalismo”, que es la manera de interpretar la Constitución para afianzar un modelo político “como sea”. El contraconstitucionalismo tiene por norte la creación del Estado total, tal como fue concebido por Carl Schmitt. Según este modelo, el defensor de la Constitución es el jefe del Poder Ejecutivo —que es la tesis del mencionado Schmitt— y no el Tribunal Constitucional como lo predicaba Hans Kelsen. Todo esto sirva para entender el entramado que late detrás de la “Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos”, que le atribuye facultades al jefe del Ejecutivo para desaplicar normas constitucionales y reemplazarlas por otras de su creación.

Otro ejemplo que sirve para respaldar la noción de contraconstitucionalismo es la sentencia de la Sala Constitucional número 378 del 31 de mayo de 2017³¹, la cual, bajo la modalidad de “ponencia conjunta”, y a través de galimatías y malabarismos idiomáticos, concluyó que no era necesario el referéndum para aprobar la convocatoria de una asamblea constituyente, cuando los mandatos de los artículos 347 y 348 de la Constitución de 1999 no ofrecen dudas sobre el hecho de que es necesaria la consulta popular. Esta decisión contribuyó con la crisis de legitimidad que afectó a la constituyente de 2017, y de todo lo que vino después, como la “reelección” de Nicolás Maduro en mayo de 2018; y también la “elección” parlamentaria del pasado 6 de diciembre.

En ese contexto, el nazismo alimentaba al Poder Judicial, al tiempo que los estudios jurídicos fueron modificados para cambiar el perfil del abogado alemán por el del abogado nazi. Si a esto se suma —como explica Ely— la definición soviética de

³¹ Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 15 de marzo de 2021.

democracia, tendríamos el cuadro completo, en el cual la élite que controla el poder evitará, por delante y por detrás, que el pueblo decida por medio del voto libre. El derecho a elegir pasa a ser una ficción, el cual se manipula por obra y gracia de los intereses políticos de un grupo, a veces minoritario.

Si la jurisprudencia en un sistema autoritario se basa en el sesgo de grupo, es decir, en justificar las decisiones sobre la base de los valores e intereses del sector del que se es parte, viviremos en un quiebre sistemático de los derechos y garantías ciudadanas. Y así se materializa una de las aplicaciones prácticas del contraconstitucionalismo: la manipulación de los procesos electorales.

Y es esa parte del drama, pero al mismo tiempo el reto de los venezolanos comprometidos con su destino.

VIII. CONCLUSIONES

Sobre la base de la exposición anterior, presento las conclusiones siguientes:

1. Todo lo señalado en este trabajo pretende demostrar que la justicia constitucional venezolana ha sido un fracaso. La idea del derecho que sirve de fundamento a la interpretación de las normas y principios constitucionales se basa en los intereses políticos del autoritarismo que gobierna en Venezuela desde 1999.
2. Desde Tribunal Supremo de Justicia se declaró que la jurisprudencia del alto tribunal debía apuntalar el proyecto político revolucionario. Eso lo proclamó sin rodeos el magistrado José Delgado Ocando en el discurso de inauguración del año judicial del año 2001. Todo lo que vino después fue una secuencia de decisiones constitucionales dirigidas a fortalecer un sistema socialista que no está previsto en la Constitución.
3. A diferencia del neoconstitucionalismo, que busca interpretar la Constitución para expandir los derechos ciudadanos, el modelo venezolano tiene otro objetivo: restringir las libertades ciudadanas y debilitar el derecho a la participación política. Una muestra de esto son las decisiones en las que la Sala Constitucional consagró un supuesto “desacato” en el que habría incurrido la Asamblea Nacional electa en el 2015, con el propósito de arrebatarse sus facultades constitucionales.
4. La asamblea nacional constituyente (necesariamente en minúsculas) que se “eligió” en el año 2017 no tuvo como propósito elaborar una nueva constitución sino simular una instancia legislativa para burlar las atribuciones de la Asamblea Nacional electa en el 2015.
5. Esta asamblea nacional constituyente, se ocupó de dictar una ristra de “leyes constitucionales” para desarrollar una producción legislativa revolucionaria radicalmente afecta de legitimidad. Las leyes constitucionales que se dictaron no están previstas en nuestra Constitución. Las que diseñó Carl Schmitt son textos legales que se dictan una vez que la Constitución ha sido derogada. Y para que estas leyes surtan efectos deben ser aprobadas por el pueblo mediante referéndum. Nada de eso ocurrió en nuestro caso.
6. El contraconstitucionalismo ve a la Constitución como un proyecto político y como un instrumento del Estado, y no de la sociedad. A lo señalado se suma el sesgo cognitivo de confirmación de los intérpretes constitucionales, que fortalece aún más la idea schmittiana de que la Constitución es un instrumento del Estado. Debido a este sesgo, se descarta cualquier argumento que rete o ponga en duda el pensamiento único, y cualquier forma diferente de entender la política. Asimismo, se avalan aquellas propuestas que confirman la propia creencia,

y esto sirve de sustento a las llamadas “solidaridades automáticas”. Esto queda blindado porque en la Sala Constitucional no hay diversidad de pensamiento, lo que pone en entredicho la capacidad de abstracción de los intérpretes. La denominada “ponencia conjunta”, con invisible persistencia, es la evidencia más elaborada de esta situación.

7. En Venezuela vivimos una paradoja porque no se respetan las normas de bioseguridad impuestas por el covid-19, pero sí los mandatos de la pretendida justicia constitucional, pese a que la población rechaza mayoritariamente esas decisiones. La conducta descrita se hace ante la amenaza de la represión. Esto lo explica Quevedo en el *Alguacil Alguacilado*, cuando describía una población que no creía en las normas, pero las cumplía cuando sentía la amenaza de la fuerza: “Vienen los alguaciles, pues al infierno vamos”.
8. Una propuesta para el futuro es la creación de un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial, integrado por jueces probos y capaces intelectualmente, que respondan al sentido de justicia y no a los mandatos del mandón de turno.
9. Los venezolanos hemos aprendido la lección a un precio muy alto. El asunto del futuro de la justicia constitucional merece una serena y profunda discusión, para convertirla en un instrumento que garantice la libertad y los derechos humanos de los ciudadanos. Es mi deseo que este trabajo sea una modesta contribución en ese sentido.

Santa Rosa de Lima (Sector Las Mesetas), 29 de marzo de 2021

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL MILITAR EN LA REPÚBLICA LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Fortunato José González Cruz*

SUMARIO

I. Introducción. II. Breve reseña histórica. 1. El régimen militar en la Constitución originaria de 1811. 2. El régimen militar en la Constitución del Estado de Venezuela de 1830. 3. El régimen militar en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864. 4. El régimen militar en Constitución de la República de Venezuela de 1961. III. El régimen militar en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. 1. Comentarios generales sobre el régimen militar. A. Eliminación del control del Poder Legislativo de los ascensos militares. B. Las Fuerzas Armadas pasan a denominarse Fuerza Armada, en singular. C. Le otorga voto a los militares activos. D. Permite a los militares el desempeño de cargos públicos de naturaleza civil. E. Le atribuye en exclusiva al Presidente de la República la Comandancia de la Fuerza Armada sin intervención de ninguno de los otros poderes. F. Elimina el carácter apolítico y no deliberante de la Fuerza Armada. G. Elimina el deber de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas y la expresión que obliga a la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las Leyes. H. Le otorga a la Fuerza Armada la autoridad en materia de armas. I. Le otorga a los generales y almirantes el privilegio procesal antes reservado a los altos cargos políticos. J. Incorpora un concepto globalizante de seguridad nacional. 2. La competencia en materia militar es exclusiva del Poder Nacional. 3. Atribuciones del Poder Legislativo. 4. Atribuciones del Poder Ejecutivo. 5. El concepto de seguridad nacional. 6. Régimen de las armas. 7. El Consejo de Defensa de la Nación. 8. El régimen de la Fuerza Armada Nacional. A. El cambio del nombre. B. Profesional. C. Sin militancia política. D. Fines. E. Al servicio de la Nación. F. Componentes. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el discurso de incorporación del Dr. Pedro Nikken a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela insistió en la importancia que se le dio al tema militar en los Acuerdos de Paz de El Salvador y Guatemala en cuyo logro fue factor fundamental. Insistió y se acordó una redefinición de las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas, limitándolas a la defensa de la soberanía nacional y de la

* Fortunato José González Cruz. Abogado. Maestría en Ciencia Política. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Los Andes. Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales CIEPROL. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de la Academia de Mérida. Venezuela.

integridad del territorio sin injerencia en asuntos de seguridad ciudadana salvo en situaciones excepcionales y siempre bajo la vigilancia de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. También se re redujo la jurisdicción militar a delitos militares cometidos por militares¹. La determinación del Dr. Pedro Nikken en estas cuestiones fundamentales me induce a tratar más al detalle el tema militar, ahora que el régimen venezolano trata al país como si fuese un cuartel ya los venezolanos como reclutas, al imponer un clima que compromete desde el lenguaje cuartelario hasta el control de la vida cotidiana.

La exuberancia tropical venezolana no se limita a su esplendorosa y variada naturaleza, sino que alcanza a la cultura y a un lenguaje rico en expresiones, vocablos y tonos de voz que identifica al venezolano y a la vez lo distingue por regiones geográficas. Por supuesto que también comprende a las instituciones entre ellas las políticas y jurídicas que se expresa en 26 textos constitucionales algunos tan abundantes en declaraciones, conceptos indeterminados y expresiones grandilocuentes como la Constitución de 1999. Todas, desde la Constitución originaria de 1811 hasta la Constitución bolivariana de 1999 han consagrado de manera enfática los principios republicanos y democráticos, como también reconocido los derechos humanos y sus garantías, la soberanía popular, la separación y autonomía de los poderes, el sistema federal y la autonomía de los Estados y Municipios. Esta abundancia normativa y las hipérbolos del texto constitucional de 1999 contrastan con la languidez de sus instituciones políticas y jurídicas, que no terminan de madurar sino por el contrario han sido desnaturalizadas y anquiladas en el esperanzador inicio del siglo XXI.

Pese al énfasis que han hecho todas las constituciones venezolanas en el reconocimiento y defensa de los valores humanos, de los principios democráticos, de las virtudes del gobierno civil e innumerables declaraciones federalistas, Venezuela ha tenido en su historia tan solo 7 gobiernos civiles, 3 gobiernos militares elegidos y 21 dictaduras militares, sin incluir los gobiernos transitorios. Dos principios han sido reiterados en todas las constituciones y en la última con un acento particular: La forma federal de Estado y el sistema democrático de gobierno. Este es el contexto dentro del cual me propongo realizar el presente trabajo sobre la evolución constitucional de las competencias en materia de las Fuerzas Armadas y exponer unas notas sobre el régimen de las Fuerzas Armadas y la relación entre el Poder Civil y el poder militar, que éste último en Venezuela ha sido una constante, con pocas excepciones. El tema se vincula con el de los derechos humanos porque su efectiva vigencia solo es posible en democracia, como lo señaló siempre el Dr. Pedro Nikken.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La norma constitucional venezolana de someter a las Fuerzas Armadas al Poder Civil, incluidas aquellas constituciones sancionadas bajo la vigilancia del dictador militar de turno, se mantuvo en todas las constituciones, es decir, el control civil y por ende la sujeción de las Fuerzas Armadas al mismo fue una constante a lo largo de nuestros ordenamientos jurídicos, como también la intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo, y en éste las dos cámaras. Esta línea comienza con la Constitución originaria de 1811 y se interrumpe con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Si bien sería más ilustrativo revisar todas las constitu-

¹ Pedro Nikken, "Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, 1997, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 74.

ciones venezolanas anteriores a la de 1999; sin embargo, como en general se repiten las disposiciones relativas a la materia militar, nos limitaremos a una breve referencia a la Constitución originaria, a la Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830 cuando rompe el Departamento de Venezuela con la República de Colombia, e incluimos la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 22 de abril de 1864, sancionada como consecuencia de la Guerra Federal. Es indispensable referirse a la Constitución de 1961 que establece la democracia, recoge gran parte de la tradición constitucional y es la de más larga vigencia en la historia de Venezuela. Luego analizamos con más detalle la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela aprobada por referendo el 15 de diciembre de 1999 y proclamada el 20 del mismo mes y año.

1. El régimen militar en la Constitución originaria de 1811

El nacimiento de la República de Venezuela se produce mediante la firma del Acta de Independencia el 5 de julio de 1811 y la aprobación de la Constitución para los Estados Federados de Venezuela sancionada el 21 de diciembre de 1811. Esta Constitución originaria, como las Constituciones Provinciales anteriores a ella, y las demás constituciones que vinieron después, cuidaron de mantener las Fuerzas Armadas bajo el mando civil con participación de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para preservar el equilibrio de los poderes, ejercer controles y contrapesos y evitar la tiranía. La única excepción en la historia es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. La Constitución de 1811 establece el régimen militar en el artículo 71 y le atribuye al Congreso Nacional la competencia para crear unas Fuerzas Armadas que en aquellos años eran el ejército de tierra y la marina, con tropas o milicias que reclutaban las Provincias para el servicio militar temporal de ellas o del Poder Nacional. El Congreso Nacional que crea esta primera Constitución es bicameral, como corresponde a los Estados Federales, aspecto este último que se mantuvo hasta la Constitución de 1999 que elimina el Senado y pasa a ser Asamblea Nacional. El Ejecutivo Nacional tiene el mando supremo de las armas, pero ese mando supremo está sometido al control previo del Senado que debe autorizar el otorgamiento de los grados militares y los honores, y si estos demandan erogaciones pecuniarias debe contar además con la aprobación de la Cámara de Diputados. El Poder Ejecutivo creado por esta Constitución era entonces un triunvirato, con tres presidentes con ejercicios anuales cada uno.

Si bien la recién nacida República asumió la creación de ejércitos de tierra y mar, no le negó a las Provincias Confederadas su derecho originario a organizar y mantener unas Fuerzas Armadas. El artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Mérida atribuye a la Provincia la competencia de su defensa así como crear milicias para la defensa de la Patria. En el Capítulo Sexto se refiere al Jefe de las Armas y crea un Gobernador Militar y comandante general de las armas adscrito al Poder Ejecutivo, nombrado por el Colegio Electoral como se denominó entonces al Poder Legislativo. Se observa que, tanto en el ámbito nacional como en el Provincial, lo militar carece de autonomía y está sometido al Poder Civil representado en el Poder Ejecutivo con el control del Poder Legislativo que autoriza previamente su formación y equipamiento, como cualquier acción militar que se vaya a emprender².

² Ángel Francisco Brice, *Las Constituciones Provinciales*, Academia Nacional de la Historia. Guadarrama, Madrid, 1959, p. 280.

2. El régimen militar en la Constitución del Estado de Venezuela de 1830

El Estado de Venezuela que se crea con la Constitución de 1830 surge de la separación de Venezuela de la llamada Gran Colombia, que había sido creada con la Constitución de la República de Colombia sancionada en La Villa del Rosario de Cúcuta el 30 de agosto de 1821 y que fue redactada por el Libertador Simón Bolívar. Esta Constitución no califica al Estado como federal; sin embargo, mantiene en lo militar el régimen de 1811 con respecto a la participación de las Provincias en la materia militar que es una competencia concurrente. Una de las disposiciones más importantes de dicha Constitución, pese a haber sido propuesta por el General en Jefe José Antonio Páez, héroe de la Independencia, es que el mando de las Fuerzas Armadas lo ejerce el gobierno civil, aun cuando el presidente fuese militar, puesto que es la condición de Presidente lo que le califica para el comando de las Fuerzas Armadas. En el ejercicio del Poder Civil sobre lo militar intervienen de manera decisiva tanto el Congreso como el Presidente de la República. Incluye este texto constitucional el Título 25 “De la Fuerza Armada” donde dispone los principios que rigen lo militar, que es obediente, no deliberante, dividida en ejército permanente, fuerza naval y milicia nacional, esta última organizada por las Provincias y al mando del gobernador de cada una de ellas. Entonces eran 11: Cumaná, Barcelona, Margarita, Caracas, Carabobo, Coro, Maracaibo, Mérida, Barinas, Apure y Guayana. El fuero militar es exclusivo del militar activo, los militares están sometidos a su estatuto, y solo pueden ser destituidos mediante sentencia de un tribunal con competencia militar. El Congreso de la República tiene un importante papel en materia militar al punto que es éste Poder el que tiene la potestad de fijar el contingente armado, decidir sobre el alistamiento militar o recluta y decretar la guerra a solicitud del Presidente de la República. Antes, cuando establece las atribuciones del Senado de la República en el artículo 65 numeral 2, le asignó a este cuerpo colectivo representante de las Provincias la potestad de controlar mediante su consentimiento o no, el ascenso de los oficiales desde el grado de coronel y su equivalente capitán de navío en la marina. En cuanto a los poderes militares del Presidente del Estado de Venezuela, la Constitución le atribuye la responsabilidad de mantener el orden y la tranquilidad interior y asegurar al Estado contra los ataques que pudieran venir del exterior. De igual forma le asigna al Presidente del Estado el mando supremo de las Fuerzas Armadas que entonces se reducían a las fuerzas de tierra y mar con la expresión, importante, de que esa potestad es para la defensa de la República.

3. El régimen militar en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864

La tercera Constitución cuyo análisis es importante para determinar cómo ha sido la reiteración de los principios que fundamentan el régimen militar en Venezuela es la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela sancionada el 22 de abril de 1864, luego de la cruel Guerra Federal. El texto no crea un título específico para regular las Fuerzas Armadas, pero lo hace en una serie de artículos que disponen cada uno y en su conjunto el régimen militar. Dicho régimen consagra los siguientes principios: a) La fuerza pública nacional se divide en terrestre y naval, y se nutre con la milicia ciudadana que organizan los Estados según sus leyes. b) Prohíbe el ejercicio simultáneo de la autoridad civil y militar. c) La Fuerza Armada es no deliberante, pasiva y obediente. d) La Fuerza Armada está sometida al Poder Civil y no le es permitido hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie sino a las autoridades civiles. e) Es una competencia concurrente entre el Poder Nacional y el

de los Estados, antes denominados Provincias. f) En la defensa nacional están obligados el Estado Nacional y los Estados de la Federación. g) El Gobierno Nacional no podrá situar en un Estado fuerza ni jefes militares con mando sin el permiso del Gobierno del Estado en que se deba situar la fuerza. h) La presencia de militares se someten a las leyes estatales y se limitan a las guarniciones con jurisdicción estrictamente militar. i) Las atribuciones del Poder Nacional son ejercidas por el Congreso y el Presidente de la República, en cumplimiento de los principios de separación y autonomía de los poderes.

Veamos algunas normas constitucionales: El artículo 13 obliga a los Estados a defenderse contra toda violencia que dañe su independencia o la integridad de la Unión. Les corresponde establecer las reglas fundamentales de su régimen y gobierno interior, y en relación a la competencia militar quedan comprometidos a formar la cuota de milicianos o reclutas que les corresponda para componer la fuerza pública nacional en tiempo de paz o de guerra, y a no permitir la formación de milicias que tengan o puedan tener por objeto atacar la libertad e independencia o perturbar el orden público de otros Estados.

En cuanto a las atribuciones asignadas por esta Constitución a los poderes nacionales, el artículo 43 atribuye al Congreso Nacional fijar anualmente la Fuerza Armada de mar y tierra, dictar las ordenanzas del Ejército, decretar la guerra y requerir al Ejecutivo Nacional para que negocie la paz. Sobre las atribuciones del Presidente de la República en lo militar, el artículo 72 señala las de preservar la Nación de todo ataque exterior, declarar la guerra en nombre de la República cuando la haya decretado el Congreso, dirigir la guerra o mandar el Ejército en persona y en caso de guerra extranjera, puede el Presidente pedir a los Estados los auxilios necesarios para la defensa nacional. El artículo 93 dispone que las Fuerzas Armadas se dividen en naval y terrestre; y se compondrá de la milicia ciudadana que organicen los Estados según sus leyes. Por su parte el artículo 94 dice que la fuerza a cargo de la Unión se formará con individuos voluntarios, con un contingente proporcionado que dará cada Estado. El artículo 96 establece con claridad el carácter federal de Venezuela cuando dispone el respeto que le debe el Gobierno Nacional a la decisión de los Estados en cuanto al nombramiento de los oficiales jefes de las Fuerzas Armadas, que los puede rechazar cumpliendo con los requisitos legales, pero deberá pedir los reemplazos a los Estados.

4. El régimen militar en Constitución de la República de Venezuela de 1961

La Constitución de la República de Venezuela sancionada el 23 de enero de 1961 por el Congreso de la República en función constituyente, a dos años de la caída de la dictadura militar, es el desarrollo y actualización de la sancionada el 5 de julio de 1947, que tuvo poca vigencia en virtud del golpe militar de 1948. Este texto constitucional es quizás el mejor que ha tenido Venezuela por los valores y principios que consagra, por la calidad de la organización del Estado, por su buena redacción y porque fue fruto del consenso de las principales fuerzas políticas de aquel momento, resumido en el llamado Pacto de Punto fijo. Uno de los puntos de coincidencia fue en la naturaleza civil del gobierno y que los militares no pueden participar en política ni desempeñar cargos públicos de naturaleza civil. En el espíritu que reinó luego de la libertad alcanzada el 23 de enero de 1958 estaba, entre otras, la necesidad de un pacto político que asegurara la gobernabilidad democrática, la participación política mediante los partidos políticos metiera a los militares en sus cuarteles, a los curas en sus iglesias y organizara las fuerzas productivas de los empresarios y de los trabajadores.

Esa es la idea subyacente en la Constitución de 1961 que se cumplió en gran parte, y entró en crisis ha mediado de los años 80 como lo ha estudiado en profundidad Allan Brewer Carías.

Este texto constitucional dispuso en materia militar que es de la competencia del Poder Nacional la organización y régimen de las Fuerzas Armadas Nacionales, que la autoridad militar y la civil no podrán ejercerse simultáneamente por un mismo funcionario, salvo el Presidente de la República, quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, que son una institución apolítica, obediente y no deliberante, que su misión es asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, y que estarán al servicio exclusivo de la República. Dispone en el artículo 133 que solo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Al señalar las atribuciones de los órganos del Poder Nacional, comienza con el artículo 150 que atribuye al Senado autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país, y el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas, desde Coronel o Capitán de Navío, inclusive. El artículo 190 le atribuye al Presidente de la República fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales, ejercer en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales la suprema autoridad jerárquica de ellas.

La Constitución de 1961 redujo drásticamente la participación de los Estados en la materia militar y dejó claro que el establecimiento del régimen de las Fuerzas Armadas es competencia exclusiva del Poder Nacional, prohíbe el ejercicio simultáneo de la autoridad civil y militar, las Fuerzas Armadas son apolíticas, no deliberantes y obedientes, los militares no tienen derecho al voto y estarán al servicio de la República y en ningún caso al de una persona o parcialidad política, que Las Fuerzas Armadas son del Estado, no del gobierno y sus objetivos son asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, que solo el Estado puede poseer armas de guerra, que en la gestión de la cuestión militar intervienen el Poder Legislativo por órgano del Senado, y el Poder Ejecutivo, que el poder del Presidente de la República en materia militar está sometido al Senado.

III. EL RÉGIMEN MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999

1. Comentarios generales sobre el régimen militar

Uno de los fenómenos registrados en la experiencia venezolana con Chávez en el poder es lo relativo a la militarización de la política que en Venezuela se ha expresado en la composición de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, el Plan Bolívar 2000, en la peculiar Asamblea Nacional Constituyente del 2017, una importante cantidad de militares adeptos a Chávez optando por cargos de elección popular en reiteradas elecciones regionales de gobernadores, diputados regionales y en menor medida alcaldes y concejales. Gran cantidad de militares designados como ministros y otros altos funcionarios, asesores, ejecutivos de la estratégica compañía petrolera PDVSA, en el servicio exterior. En general la Administración Pública en todos los niveles ha sido copada por hombres de uniforme. Esta nueva Constitución incorporó cambios importantes en la organización del Estado, que había sido constante en la tradición constitucional venezolana y que por lo tanto forman parte de lo que se denomina “Constitución Histórica” que son “los fundamentos identitarios de nuestra nacionalidad entre los que destacan el nombre de Venezuela, la forma republicana y

la democracia como sistema de gobierno, el federalismo como forma de Estado, el territorio que correspondía a la Capitanía General de Venezuela, el idioma castellano, los símbolos patrios, los derechos humanos y la religión católica como valores de nuestra cultura”³. La Constitución de 1999 no es una reforma de la de 1961, pero de lo que tratamos de poner en claro es que no respetó la Constitución Histórica, y el nuevo régimen de la revolución bolivariana cambió del nombre de la República, los símbolos patrios, el sistema republicano y democrático, el idioma, la cultura y la referencia a la religión, y ha desdibujado la identidad institucional venezolana que había tenido desde su nacimiento como Estado.

Reitero que la presencia militar ha sido un rasgo definitorio de la Venezuela contemporánea que revela no solo la propensión del régimen de militarizar, de imponerse sobre lo civil, sino, además, la ausencia y no creencia en partidos políticos como entes de mediación, canalización, representación y ejercicio de la política, e igualmente el irrespeto y desconocimiento de instituciones diversas que cumplen labores de control como el Parlamento, la Contraloría, el Ministerio Público y otros. De tal manera que el crecimiento sostenido del estamento militar y la ocupación de espacios netamente pertenecientes al ámbito civil ocurre en detrimento de la democracia, de la Constitución y claro está de la ciudadanía. Un aspecto importante de la militarización de la política es el lenguaje cuartelario que desnaturalizó o sustituyó a las expresiones usuales. En nuestra historia contemporánea y constitucional no cabe duda sobre que las Fuerzas Armadas han sufrido un proceso de mutación, transformación y reordenamiento entre lo que fueron a partir de 1958 y su expresión en la Constitución de 1961, y lo que han sido en la actualidad y su expresión en la Constitución de 1999. Dentro de los aspectos más controversiales en materia militar en la Constitución Bolivariana de Venezuela destacan los siguientes:

A. Eliminación del control del Poder Legislativo de los ascensos militares

El artículo 236 en su numeral 6 le atribuye al Presidente de la República el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos. Entre las normas que han sido inmutables desde la Constitución originaria de 1811 es la del control del poder del Presidente en materia militar en varios aspectos, uno de ellos es el ascenso de los altos oficiales al grado superior cuya iniciativa es del Presidente de la República, que la debía someter al Senado de la República para su examen y aprobación. La transformación del Congreso Nacional en Asamblea Nacional y la eliminación del Senado es un duro golpe al federalismo y al derecho que tienen los Estados a tener una representación igual en el Congreso, y también al principio del equilibrio de poderes y el mutuo control que es su garantía. Con la eliminación del Senado no se traspasó esa función a la Asamblea Nacional sino que se suprimió, con lo cual se eliminaron los contrapesos de los poderes, esencial a la democracia, y se le dio al Presidente un poder exclusivo para el ascenso de coronel o su equivalente en la armada a grados superiores. También se eliminó la participación de la soberanía popular en este proceso tal como lo señaló el constituyente Allan Brewer Carías en el debate:

Ratifico mi voto salvado respecto de esta norma por considerar que es a todas luces inconveniente excluir la participación de la Asamblea Nacional en este proceso de ascensos militares de oficiales de alta graduación. No basta que el Presidente de la República, como comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional, tenga injerencia final en el ascenso de

³ González. Apuntes, p. 29.

los oficiales de la Fuerza Armada Nacional, es necesario que en ello tenga participación la representación popular que en el futuro tendría que ser más representativa de toda la colectividad⁴.

Al respecto, dice el profesor Marcos Avilio Trejo que con esta modificación se eliminó el control del Poder Civil sobre el poder militar, que, agregado, nunca debe ser poder, y “le ha permitido al Presidente promover y ascender preferentemente a los militares que han manifestado su solidaridad con el régimen...retirar a aquellos militares institucionalistas que no le son afectos, desvirtuar los ascensos por méritos...”⁵. En otras palabras, el control del Presidente de la República sobre los altos mandos militares pasó de ser un asunto de méritos a una decisión política. Al suprimirse la participación del Poder Legislativo en el proceso de ascenso de los militares de mayor rango, que como señala Ramón Escobar León: “por un lado protege la autoridad del Estado y por otra la dignidad de la institución de la corporación militar”⁶ se abrió una puerta que ha tenido gravísimas consecuencias en el proceso de desinstitucionalización de Venezuela.

B. Las Fuerzas Armadas pasan a denominarse Fuerza Armada, en singular

Aunque parezca trivial no lo es, tal como lo advirtió el jurista Dr. Ramón Escobar León: “No es un accidente gramatical este cambio en el sistema constitucional y en la concepción de la fuerza militar. El contraste con la disposición contenida en el artículo 142 de la Constitución de 1961 es notorio pero no solamente por las palabras sino por la profunda diferencia conceptual, institucional, estratégica que esto envuelve... Lo más importante ahora es resaltar que la singularización de la Fuerza Armada en sustitución de Fuerzas Armadas tiene relevancia en la concepción y en los fines de la organización. La Fuerza Armada fue, por otra parte, de la predilección del militarismo en otros países, como es el caso del Perú, durante el período del populismo militar que presidió el General Velasco Alvarado”⁷. La preocupación del académico Escobar León en el año 2000 fue una premonición de lo que vino después con el desarrollo de estas normas constitucionales en el despliegue del modelo socialista, militarista, populista y tiránico mediante Decretos Leyes y las novísimas leyes constitucionales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente instalada desde el año 2017.

C. Le otorga voto a los militares activos.

El artículo 330 les concede a los militares activos el derecho al sufragio, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político. En principio, el reconocimiento del derecho al sufragio de los militares activos no tendría mayores objeciones, pero cuando esta norma forma parte de un paquete que elimina la no deliberación, les permite el desempeño de cargos de naturaleza civil y les atribuye funciones en el desarrollo económico y social del país les está reconociendo un claro papel político, que, combinado con el control de las armas resulta un peligroso estatus militar sobre lo civil.

⁴ Allan Brewer Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 27.

⁵ Trejo, p. 323.

⁶ Salom, p. 241.

⁷ Escobar, pp. 235-236.

D. Permite a los militares el desempeño de cargos públicos de naturaleza civil

Otra disposición constitucional ininterrumpida fue la prohibición del desempeño simultáneo de cargos civiles y militares, que fue ignorada por los constituyentes de 1999, con lo cual se abrió una práctica que tiende a militarizar el Poder Público desde el nivel político, en los cinco poderes y alcanza a la Administración Pública, y ha conducido a establecer lo que se denomina “la unión cívico militar” con evidente predominio de lo militar sobre lo civil. La Constitución de 1961 contiene una disposición bastante distinta en el artículo 131 que señala: “La autoridad militar y la civil no podrán ejercerse simultáneamente por un mismo funcionario, excepto por el Presidente de la República, quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales”.

Intensos fueron los debates en la Asamblea Nacional Constituyente sobre tema militar y el Título “De la Seguridad de la Nación”. Este punto del desempeño simultáneo de cargos civiles por militares activos no fue tan intenso porque, ante la ausencia de esta restricción del derecho político a los militares, los constituyentes Jorge Olavarría y Allan Brewer Carías lo propusieron en idénticos términos del artículo correspondiente de la Constitución de 1961. La proposición del constituyente Jorge Olavarría fue la siguiente: “...me voy a permitir proponerlo, señor Presidente, un nuevo artículo que dice así: “El ejercicio de la autoridad militar es incompatible con toda autoridad civil, y, salvo el Presidente de la República, quien por mandato de la Constitución, es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, ninguna persona puede ejercerlo simultáneamente”. El constituyente Allan Brewer Carías apoyó esta propuesta, pero con la mejor redacción del artículo correspondiente de la Constitución de 1961. El resultado de este debate fue el pase de la propuesta a la Comisión para que en 24 horas se pronuncie. Nunca se produjo dicho informe por ninguna Comisión, hay que decirlo, integrada por constituyentes ex militares ejecutores del Golpe de Estado de 1992 y civiles elegidos en las listas del presidente Chávez⁸.

E. Le atribuye en exclusiva al Presidente de la República la Comandancia de la Fuerza Armada sin intervención de ninguno de los otros poderes

También en este aspecto hay un rompimiento en la tradición constitucional al consagrar que la única instancia del Poder Público que tiene atribuciones sobre la Fuerza Armada es el Presidente, sin ningún tipo de control ni legislativo ni judicial. Al atribuirle en exclusiva al Presidente de la República el poder de ascender los oficiales al grado superior de coronel hacia arriba se crea una situación de enclaustramiento de la institución castrense, prácticamente blindada al tradicional sometimiento de la Fuerza Armada al Poder Civil.

F. Elimina el carácter apolítico y no deliberante de la Fuerza Armada

Si bien la Constitución reconoce en su artículo 328 que la Fuerza Armada Nacional es una institución esencialmente profesional, sin militancia política, nótese que no dice “apolítica” que es distinto pues no descarta que pueda ser política, como lo dispuso textualmente la Constitución de 1961. No es lo mismo no tener militancia política, es decir, estar inscrito en un partido político, que no ser afín a uno de ellos. De esta manera la Constitución de 1999 abrió la posibilidad de la politización de la

⁸ Allan Brewer Carías, ob. cit., p. 18.

Fuerza Armada, como ha sucedido. Se puede afirmar hoy, año 2020, que el Estado y su Fuerza Armada están al servicio del Partido Socialista Unido de Venezuela y que todas las instituciones públicas son partidistas a semejanza del régimen cubano.

G. Elimina el deber de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas y la expresión que obliga a la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las Leyes

Estas expresiones también forman parte de la constante tradición constitucional venezolana hasta 1961. Si bien el artículo 328 señala la disciplina, la obediencia y la subordinación como pilares de la Fuerza Armada, tal como está redactada la norma se refiere al orden institucional o corporativo, por lo que resulta una concepción de una fuerza autónoma, sin sometimiento al gobierno y fuera de los controles políticos.

H. Le otorga a la Fuerza Armada la autoridad en materia de armas

Y despoja al gobierno de la competencia en materia de armas civiles. Las Fuerzas Armadas siempre tuvieron el control de las armas de guerra más no las demás.

I. Le otorga a los generales y almirantes el privilegio procesal antes reservado a los altos cargos políticos

El antejuicio de méritos rompe el principio de la igualdad ante la ley, es un paso previo al proceso penal de los altos cargos políticos, no por la persona sino en función del cargo que desempeña. No se trata de un privilegio personal sino institucional, para garantizar fundamentalmente el pleno ejercicio de los derechos políticos de los electores y del elegido. De modo que no se establece para proteger a una persona sino a la función pública y al interés general. Se trata de una garantía procesal con un alto contenido político contra la arbitrariedad. Al otorgarse esta prerrogativa a los generales y almirantes se viola el principio que se trata de una garantía en razón del alto cargo, no del grado o título de la persona. El artículo 266 señala las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia entre ellas en los numerales 2 y 3 declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente y continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva; y para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo, de los diputados de la Asamblea Nacional, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros, del Procurador General, del Fiscal General, del Contralor General, del Defensor del Pueblo, de los Gobernadores o Gobernadoras, y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República. Hasta aquí la tradición, pero agrega a los oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional. Como se puede ver ya no se trata de un privilegio del cargo que se desempeña, sino de su condición, jerarquía o estatus personal.

J. Incorpora un concepto globalizante de seguridad nacional

Que atribuye a la Fuerza Armada actuaciones en materia de desarrollo económico y social, políticas públicas, policía administrativa, cuestión que desarrollaremos más adelante.

2. La competencia en materia militar es exclusiva del Poder Nacional

El artículo 156 establece que “Es de la competencia del Poder Público Nacional: 8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional”. La tradición constitucional venezolana ha sido constante en esta materia militar, solo que hubo participación de las Provincias, luego Estados, en virtud de la forma federal del Estado Venezolano,

tal como se explicó anteriormente. El modelo federal venezolano tiene poco de federal y mucho de centralizado, mucho de militar y poco de civil como lo han estudiado los expertos en Derecho Constitucional a cuyos trabajos remito. La tendencia federal y descentralizadora fue disminuyendo hasta que a partir de la Constitución de 1999 desaparece para convertirse en un Estado totalitario y centralizado tanto en lo militar como todas las demás otras materias. Lo que había sido por tradición competencia concurrente cambió a competencia exclusiva del Poder Nacional.

3. Atribuciones del Poder Legislativo

En relación con las atribuciones de la Asamblea Nacional en materia militar, en esta Constitución queda restringida en exclusiva a legislar; no obstante, las leyes relativas al régimen militar han sido dictadas por el Presidente de la República mediante Decretos Leyes, en uso de poderes extraordinarios en los muchos Estados de Excepción que le han otorgado potestad legislativa ilimitada. Esta potestad del Poder Legislativo, además de su usurpación por el Poder Ejecutivo, le fue arrebatada por una extraña Asamblea Nacional Constituyente promovida por el presidente venezolano Nicolás Maduro y que se instaló el 4 de agosto del año 2017. Este supuesto Poder Constituyente originario sanciona la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana⁹. En relación con esta Asamblea Nacional Constituyente existe un detallado estudio del jurista Allan Brewer Carías¹⁰. De modo que el régimen de la Fuerza Armada vigente en Venezuela no está establecido en leyes sancionadas por el Poder Legislativo, sino en Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República y por la Asamblea Nacional Constituyente del año 2017, que no dicta un nuevo texto constitucional sino “leyes constitucionales” según le convenga al régimen.

4. Atribuciones del Poder Ejecutivo

En cuanto a las atribuciones del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, la Constitución de 1999 las establece en el artículo 236 y son dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente; y ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos o nombrarlas para los cargos que les son privativos. Este texto rompe la tradición constitucional ininterrumpida desde el nacimiento de la República en 1811 al señalar que el mando supremo de la Fuerza Armada le corresponde al Presidente de la República y suprime la frase “y en tal carácter”. Luego inexplicablemente separa cuatro conceptos: a) el mando supremo, b) la dirección, c) la de Comandante en Jefe, d) y la autoridad suprema. Para la interpretación constitucional, constituye un problema distinguir los significados de estas expresiones en principio equivalentes. Nos queda suponer o que es parte del lenguaje poco cuidadoso que es característica del texto constitucional, o que deliberadamente se procedió de esta forma como en otras normas constitucionales plagados de adjetivos calificativos y adverbios que luego le han sido útiles a la revolución y al Tribunal Supremo de Justicia para acomodar normas y sentencias a sus planes. De

⁹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.508 Extraordinario, 30 de enero de 2020.

¹⁰ Allan Brewer Carías, “La inconstitucional e insolente convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente,” charla en Asamblea de ciudadanos en Nueva York: La Constituyente unidos contra el fraude”. 2017. Disponible en: https://allanbrewercarias.com/?s=Asamblea+Nacional+Constituyente&taxonomy_year=2017 (consultado el 30 de enero de 2021).

hecho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se auto atribuyó esta competencia sobre la base del artículo 335 de la Constitución, según el cual esa Sala tiene el carácter de máximo y último intérprete de la Constitución cuyos criterios son vinculantes.

Compárese con el texto mucho más sencillo de la Constitución de 1961 que dice en el numeral 3° del artículo 190 “Ejercer, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, la suprema autoridad jerárquica de ellas...”. Le corresponde al Presidente promover los oficiales aspirantes a ascender a los grados superiores a partir de coronel o su equivalente en el componente naval de capitán de navío, suprimiendo la participación de cualquiera de los otros cuatro poderes, lo que constituye una novedad de esta Constitución. Estos cambios que refuerzan el presidencialismo son parte de un modelo centralista, populista, autoritario y militarista como lo veremos en el análisis de las demás disposiciones constitucionales que fundamentan el régimen constitucional militar.

En relación con las atribuciones del Presidente de la República, La Ley Constitucional de la Fuerza Armada desagrega las disposiciones constitucionales en los artículos 23, 119 y 120 que dicen:

Artículo 23. El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela tiene el grado militar de Comandante en Jefe y es la máxima autoridad jerárquica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana Ejerce el mando supremo de ésta, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. Dirige el desarrollo general de las operaciones, define y activa el área de conflicto, los teatros de operaciones, regiones de defensa integral y decreta la creación de Zonas Económicas Especiales Militares, así como los espacios para maniobras y demostraciones, designando sus respectivos Comandantes y fijándoles la jurisdicción territorial correspondiente, según la naturaleza del caso. Tiene bajo su mando y dirección la Comandancia en Jefe, integrada por un Estado Mayor y las unidades que designe. Su organización, funcionamiento, insignias de grado y el estandarte del Comandante en Jefe, serán establecidos en el Reglamento respectivo.

Artículo 119. El o la militar profesional para desempeñar empleo como Titular o Interino en una dependencia de la Administración Pública, deberá ser designado o designada, nombrado o nombrada por disposición del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, mediante Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, de conformidad con el instrumento normativo aplicable.

Artículo 120. Es potestativo del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, autorizar en comisión de servicio al personal militar para ejercer cargos en la Administración Pública, mediante resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. El tiempo de permanencia, cumplimiento del patrón de carrera y el mantenimiento de la proeficiencia operativa será regulado en el instrumento normativo respectivo.

Destaco la expresión del artículo 23 al señalar que “El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela tiene el grado militar de Comandante en Jefe”. Esta expresión cambia la naturaleza del carácter de Comandante en Jefe porque no se trata de un grado militar sino una condición inherente a la de Presidente de la República. Este artículo dispone que el Presidente tiene un Estado Mayor, las unidades que designe, insignias de grado y un estandarte del Comandante en Jefe. Las otras dos disposiciones lo que hacen es confirmar la compatibilidad que existe en la Constitución entre el desempeño de funciones públicas civiles y militares. El ejercicio de un cargo o “empleo” como lo denomina no se sabe por qué el artículo 119, puede ser en condición de titular o interino. Se conforma, en consecuencia, una confusión

o unidad entre lo civil y lo militar de tal manera que lo civil queda incorporado a lo militar y a la organización política de la revolución bolivariana. Comparto el criterio del profesor Gerardo Fernández Villegas¹¹ cuando comenta el artículo 19 del Decreto Ley Orgánica de la Fuerza Armada Bolivariana, equivalente al artículo 23 que explicamos: De acuerdo al Decreto Ley bajo análisis, en su artículo 19, el Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada, tiene rango, jerarquía, insignias y estandarte militar. Lo anteriormente expuesto, a nuestro modo de ver, desvirtúa la naturaleza de la figura de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada que se le asigna al Presidente de la República en los sistemas democráticos. Convertir al Presidente de la República en un jefe operacional, con rango militar, lo convierte en un jefe propiamente militar y administrativo, invadiendo funciones profesionales, más que de un jefe político. Ello, hace del jefe político un jefe militar, distorsionando la línea de mando profesional del estamento militar y creando un desequilibrio institucional entre los órganos del Poder Público, a favor del Presidente de la República, que tendría poder militar, más allá del control político sobre el poder militar

5. El concepto de seguridad nacional

Quizás la intención de militarizar a Venezuela se ve con más claridad en el concepto constitucional de la seguridad nacional. La Constitución de 1999 crea el Título VII “De la Seguridad de la Nación” con un primer Capítulo sobre “Disposiciones Generales”, un segundo Capítulo que se titula “De los Principios de Seguridad de la Nación”, un tercer Capítulo “De la Fuerza Armada Nacional”, y un cuarto y último Capítulo titulado: “De los Órganos de Seguridad Ciudadana”. En ninguna Constitución anterior se habían incluido tantas normas sobre la seguridad de la Nación, mucho menos destinadas a darle fundamento a un modelo ya conocido en Latinoamérica que se conoce como la “doctrina de la seguridad nacional”, que no debe confundirse con la que se refiere a la seguridad de los Estados Unidos, sino a un programa más bien Latinoamericano y del Caribe que propone la militarización del gobierno tanto en su nivel político como administrativo, que si bien en un principio se vinculó con la derecha pronorteamericana, adquirió una cierta autonomía y se mezcló con elementos radicales de la izquierda, se desarrolla con el régimen de cubano y se refuerza con Hugo Chávez, luego con Nicolás Maduro en Venezuela. La primera y clara concreción de la doctrina de la seguridad nacional es su incorporación a la Constitución venezolana de 1999 y su exposición más desplegada en la Ley del Plan de la Patria, aprobado como Acto Legislativo el 3 de diciembre de 2013¹²; y la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, sancionada en Caracas por la Asamblea Nacional Constituyente el 29 de enero de 2020¹³. Esta curiosa Ley Constitucional carece de una norma derogatoria del Decreto N° 1.439 de fecha 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana¹⁴. En la Primera Disposición Final y Transitoria dice que: “El ordenamiento jurídico de rango legal y sub-legal, relacionado con la materia militar mantendrá su

¹¹ Villegas, pp. 236-237.

¹² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.118 Extraordinario, 4 de diciembre de 2013.

¹³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.508 Extraordinario, 30 de enero de 2020.

¹⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014.

vigencia en todo lo que no contradiga a esta ley.” Optamos por referirnos a la Ley Constitucional Vigente.

El Capítulo I “Disposiciones generales” del Título VII “De la Seguridad de la Nación”, de la Constitución desarrolla en cuatro artículos lo que el constituyente define como “Seguridad de la Nación”, que se complementa con los dos artículos del Capítulo II que titula: “De los Principios de Seguridad de la Nación”, por lo que podemos analizarlos en conjunto. El artículo 322 dispone que: “La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.” Este artículo se complementa con el artículo 326 que señala lo siguiente.

Artículo 326. La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.”

Nótese la contradicción entre lo dispuesto en los artículos 322 y el 326. El primero dispone que la seguridad de la Nación es: “competencia esencial” y responsabilidad del Estado, mientras que el segundo dispone que la seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil. Como intérprete debo preguntarme cuales competencias del Estado son esenciales y cuales secundarias o superfluas. Para el Derecho Constitucional y de conformidad con el principio de subsidiaridad, solo son atribuibles como competencias del Estado aquellas materias que se consideran esenciales para alcanzar sus fines, que no son otros que el bienestar y la prosperidad. De modo que todas las competencias que una Constitución asigna al Estado son esenciales. Por otra parte, la seguridad de la Nación es competencia del Estado y los ciudadanos, no de la sociedad civil que es otro concepto indeterminado. Los ciudadanos contribuyen con ella pero no son responsables sino en la medida en que la Constitución y las leyes le señalen deberes específicos. Estas disposiciones confunden lo que es sociedad con lo que es Estado y, como se puede deducir, lo que hicieron los constituyentes de 1999 fue elevar a rango constitucional la unión cívico militar que luego desarrollarían el Plan de la Patria 2013-2025 y las leyes revolucionarias en violación de la Constitución, entre ellas la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Bolivariana. El concepto de seguridad nacional en la Constitución es sistémico y comprende: a) El desarrollo “integral” de la Nación que abarca los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar. Contrasta el concepto constitucional de desarrollo con los definidos en los documentos de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, como tampoco con los conceptos los elaborados por instituciones como las academias y las universidades, incluso desentona con el concepto de desarrollo sustentable usado en los artículos 124, 128, 305, 308, 310 y 326 de la Constitución. Pese a tratarse de un texto de comienzos del año 2020, no tiene ni una referencia a los Objetivos del Desarrollo Sostenible ODS 2030 ni usa su lenguaje. b) Es competencia “esencial” y responsabilidad del Estado, pero es también corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil. c) La defensa nacional es responsabilidad de los venezolanos y comprende a las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado. El resultado del modelo

constitucional luego desarrollado por la legislación es un régimen militar, puesto que a la larga se imponen las armas.

6. Régimen de las armas

Los artículos 324 y 325 establecen el régimen constitucional de las armas. Disponen que solo el Estado puede poseer y usar armas de guerra y arrebatan a la jurisdicción civil lo relativo a las armas de cualquier tipo para transferirla a la militar. Señala que las armas de guerra son propiedad de la República y que la Fuerza Armada Nacional es la institución competente para reglamentar y controlar la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos. No distingue la Constitución entre los distintos tipos de armas, ni entre las diferentes armas de fuego, de modo que quedan bajo el régimen militar las armas de cacería, las de vigilancia y protección privada, las deportivas, las de colección y cualesquiera otras no clasificadas como de guerra. El artículo 133 señala acertadamente y siguiendo la tradición constitucional que solo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Pero también forma parte de la tradición constitucional venezolana que el régimen de las armas es civil, no militar. Al respecto, en el debate de esta norma señaló el constituyente Allan Brewer Carías que la nacionalización del régimen de las armas tiene su origen en la Constitución de 1901, puesto que anteriormente era una competencia concurrente con los Estados. Agregó lo siguiente: “La definición de los que son armas de guerra es justamente una materia de ley...la parte importante de la norma es el agregado del segundo párrafo. “...La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para todo lo que tenga que ver...”no con armas de guerra, con todas las armas, hasta las navajitas”¹⁵.

7. El Consejo de Defensa de la Nación

La Constitución crea en el artículo 323 el Consejo de Defensa de la Nación. Se trata de un organismo sin poder efectivo que en la práctica de más de 20 años de vigencia de la Constitución se ha reunido muy poco. De acuerdo con este artículo, el Consejo de la Defensa de la Nación limita su acción a ser un organismo de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico. Lo preside el Presidente de la República y está conformado por el Vicepresidente Ejecutivo, el Presidente de la Asamblea Nacional, que mientras ha sido de oposición no ha sido convocado, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Consejo Moral Republicano y los Ministros de los sectores de la defensa, la seguridad interior, las relaciones exteriores y la planificación, y otros cuya participación se considere pertinente, otro concepto jurídico indeterminado que deja al gobierno la inclusión de quien quiera. La Constitución ordena su regulación mediante una ley orgánica que a 20 años de vigencia no ha sido dictada; sin embargo, se regula en el Decreto Ley Orgánica de Seguridad de la Nación N° 1.473 del 19 de noviembre de 2014¹⁶. En términos generales y respecto al Consejo de Defensa de la Nación repite lo dispuesto en la Constitución. El artículo 37 de dicho Decreto Ley dispone que el Consejo de Defensa de la Nación se reúna de manera ordinaria por lo menos dos

¹⁵ Allan Brewer Carías, ob. cit., p. 34.

¹⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014.

veces al año y de manera extraordinaria cuando las circunstancias lo justifiquen. De modo que es un organismo sin poder de decisión.

8. El régimen de la Fuerza Armada Nacional

En los comentarios generales del punto III.1 expongo una primera visión general de la materia militar en la Constitución, que ahora desarrollo un poco más respecto de la Fuerza Armada y su estatuto, aun con el riesgo de repetir algunas cuestiones de importancia. El régimen de la Fuerza Armada está definido en los artículos 328, 329, 330 y 331 de la Constitución. El artículo 328 dispone que La Fuerza Armada Nacional una institución “esencialmente profesional”, sin militancia política, no dice apolítica que es otra cosa, que debe garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar. Luego le otorga funciones de cooperación en el mantenimiento del orden interno y por último los amplía para darle participación activa en el desarrollo nacional. La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social. El artículo 330 reconoce a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad el derecho al sufragio ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político. Estos artículos definen el estatuto de la Fuerza Armada, que es desarrollado en la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Bolivariana, abiertamente contraria a la Constitución de 1999. Transcribo solo algunos artículos para ilustrar la transformación de la institución militar. Esta Ley dispone lo siguiente:

Artículo 1. La presente Ley Constitucional, en reconocimiento de la realidad histórica de la institución militar bolivariana con génesis en el antiimperialismo fundamentado por la resistencia demostrada por nuestros aborígenes, la hazaña revolucionaria independentista de nuestros Libertadores, el carácter antioligárquico de la gesta de la Federación y el mandato constitucional que instituye la doctrina bolivariana como fuente inspiradora de los valores éticos y morales, tiene como objeto establecer los principios y las disposiciones que rigen la organización, funcionamiento, integración y administración de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y el Pueblo, como fundamento de la Seguridad de la Nación consecuente con los fines supremos de preservar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la República. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana es la institución que en forma permanente garantiza la defensa militar del Estado.

Artículo 4. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana tiene como misión fundamental, garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional.

Artículo 22. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana está organizada de la siguiente manera: la Comandancia en Jefe, el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, el Comando Estratégico Operacional, los Componentes: Ejército Bolivariano, Armada Bolivariana, Aviación Militar Bolivariana, Guardia Nacional Bolivariana, la Milicia Bolivariana como componente especial, las Regiones Estratégicas de Defensa Integral y los diferentes escalones operativos del Sistema Defensivo Territorial, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo contemplado en su respectiva ley orgánica.

Artículo 74. La Milicia Bolivariana es un Componente especial de carácter popular, integrada por hombres y mujeres que manifiestan su deseo patriótico de participar activamente en acciones que contribuyan a la Seguridad de la Nación, en todos los ámbitos de la misma.

La estructura de mando de la Milicia Bolivariana está sujeta operacionalmente a los distintos escalones de comando del Sistema Defensivo Territorial. La Milicia Bolivariana se prepara permanentemente para cumplir misiones de defensa militar cuando sea movilizada de acuerdo a lo establecido en la presente ley. La organización, funcionamiento y demás aspectos administrativos y operacionales serán determinados en el reglamento respectivo.

Artículo 83. Las y los milicianos que no se encuentren en situación de milicia movilizada con ocasión de periodos de instrucción, estados de excepción y actividad temporal, podrán ejercer sin restricción alguna los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 84. La unión cívico militar se define como la conjunción de esfuerzos y voluntades de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana unida al pueblo, para materializar el principio de corresponsabilidad en la defensa integral de la Nación, mediante la previsión y acciones destinadas a garantizar que la República sea irrevocablemente libre e independiente, conforme a los principios que garantizan que la República sea irrevocablemente libre e independiente, conforme a los principios y garantías contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 119. El o la militar profesional para desempeñar empleo como Titular o Interino en una dependencia de la Administración Pública, deberá ser designado o designada, nombrado o nombrada por disposición del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, mediante Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, de conformidad con el instrumento normativo aplicable.

Artículo 120. Es potestativo del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, autorizar en comisión de servicio al personal militar para ejercer cargos en la Administración Pública, mediante resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. El tiempo de permanencia, cumplimiento del patrón de carrera y el mantenimiento de la proeficiencia operativa será regulado en el instrumento normativo respectivo.

Como se puede apreciar con la lectura del articulado constitucional y el de la Ley Constitucional, subrayo los aspectos más importantes del estatuto militar venezolano:

A. El cambio del nombre

Al cambio del plural al singular en la denominación de la institución militar venezolana, se agrega el calificativo de Bolivariana. Al respecto debo señalar que ya se había producido el cambio en el nombre de la República al calificarla como Bolivariana. Por su parte el Preámbulo de la Constitución apela al “ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar”, y el artículo 1 dice textualmente.” La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.” La doctrina de Simón Bolívar está documentada de manera diáfana en muchos documentos escritos por él de los cuales destacan el Manifiesto de Cartagena, la Carta de Jamaica, el Discurso de Angostura y la Constitución de Bolivia. Sus ideas políticas han sido bastante estudiadas¹⁷. Me atrevo a resumir las ideas del Libertador Simón Bolívar en unos brevísimos trazos: Su pensamiento se inspira en los clásicos griegos y romanos, en las tesis de la Ilustración y en el modelo constitucional de los Estados Unidos de América. Es republicano, demócrata con tendencia a la aristocracia en el sentido aristotélico como el

¹⁷ Entre los mejores trabajos recomiendo el libro escrito por el Dr. Caracciolo Parra Pérez titulado *Bolívar: Contribución al estudio de sus ideas políticas*, Academia Nacional de la Historia, Fundación Bancaribe, Caracas, 2016.

gobierno de los mejores, presidencialista por sostener que Hispanoamérica requiere gobiernos fuertes con control parlamentario y judicial, partidario del imperio de la Ley, civilista puesto que siempre sostuvo que las armas deben estar bajo el mando del gobierno civil, federalista en el ideal de Estado pero unitario y centralista por las circunstancias de la guerra, es más partidario de los municipios que de los departamentos. Le preocupó el buen manejo del tesoro público y la moral republicana. De modo que la doctrina bolivariana es contraria a la tiranía, al populismo, a la demagogia, a la corrupción y al sometimiento de la sociedad a un poder militar. Reproduzco una frase de su Discurso de Angostura:

La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los Gobiernos Democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo Ciudadano el Poder. El Pueblo se acostumbra a obedecerle, y él se acostumbra a mandarlo, de donde se origina la usurpación y la tiranía.... Un Gobierno Republicano ha sido, es, y debe ser el de Venezuela; sus bases deben ser la Soberanía del Pueblo: la división de los Poderes, la Libertad civil, la proscripción de la Esclavitud, la abolición de la monarquía, y de los privilegios¹⁸.

Del discurso ante el Congreso Constituyente de Bolivia extraigo la siguiente frase: “El destino del ejército es guarnecer la frontera. ¡Dios nos preserve de que vuelva sus armas contra los Ciudadanos!”¹⁹. En concordancia con esta idea, en su Proyecto de Constitución de Bolivia le atribuye al Presidente la jefatura del ejército con el control de la Cámara de Tribunales del Poder Legislativo. La calificación “bolivariana” ha sido común en todas las dictaduras venezolanas sin excepción, pero la más contradictoria con el pensamiento de Simón Bolívar es la liderada por Hugo Chávez y Nicolás Maduro.

B. Profesional

El primero de ellos califica a la Fuerza Armada Nacional como una institución esencialmente profesional. En efecto, hoy los ejércitos son profesionales porque hacen de un ciudadano común un soldado, mediante el estudio de nivel universitario. Se trata de cuerpos permanentes, organizados por el Estado, formados para la defensa militar, armada, del territorio de un Estado. El uso del adjetivo indica que la Fuerza Armada tiene otras propiedades o características aunque no “esenciales”. En el lenguaje constitucional no es conveniente el uso de los adjetivos calificativos, mucho menos cuando se trata de expresiones que comprenden una indeterminación o imprecisión conceptual. Pese a esta declaración que define a la Fuerza Armada como esencialmente profesional, la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Bolivariana incorpora un componente no profesional como lo dispone el artículo 74 denominado Milicia Bolivariana, un cuerpo especial de carácter popular, integrada por personas que reciben un entrenamiento militar para contribuir con la seguridad de la Nación.

C. Sin militancia política

La misma situación existe en el texto constitucional cuando en este artículo que se comenta señala que la Fuerza Armada es una institución “sin militancia política”. Nótese que no dice “apolítica” que es la expresión usada en la Constitución de 1961.

¹⁸ José Félix Blanco y Ramón Azpúrua, *Documentos para la historia de la vida pública del Libertador*, Ediciones Presidencia de la República, Caracas, 1978, p. 585.

¹⁹ *Ibid.*, p. 342.

Se puede ser político e incluso pertenecer a un partido político sin estar formalmente inscrito en él. No se ha explicado por qué no se incorporó la expresión usada por el constituyente de 1961 que dispuso lo siguiente:

Artículo 132. Las Fuerzas Armadas Nacionales forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política.

Se puede afirmar que la Constitución de 1999 no es una reforma de la del 61, pero resulta al menos curioso que se haya ignorado este asunto de la defensa de la democracia y el respeto a la Constitución y a las leyes de manera evidente en este artículo. El artículo 330 les concede a los militares activos el derecho al sufragio, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político. No obstante no señala como las constituciones anteriores de ser apolítica, no deliberante y la prohibición de ejercer cargos de naturaleza civil. El constituyente Allan Brewer Carías lo advirtió en el debate cuando señaló con absoluta claridad la conveniencia de transcribir el artículo correspondiente de la Constitución de 1961²⁰. La politización de la Fuerza Armada se refuerza con el acceso de militares activos a cargos políticos incluso cargos de elección como los integrantes de la Milicia Bolivariana, y a la Administración Pública. La autorización expresa la hace el régimen por la vía de la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Bolivariana en los artículos 119 y 120. Puede desempeñar cargos públicos, aparte de su condición dentro de la Fuerza Armada, bien como titular, interino o en comisión de servicio, mediante una disposición del Presidente de la República y resolución del Ministerio de la Defensa. Con esta disposición se salta todo el conjunto de disposiciones constitucionales y legales sobre la Función Pública y el Estatuto de los Funcionarios Públicos. Como muestra de la condición política del militar activo, transcribo el mensaje institucional del Comandante en Jefe de la Fuerza Armada y Ministro de la Defensa del 5 de julio de 2020, Día de la Independencia:

En perfecta unión cívico-militar, bajo la conducción de nuestro Comandante en Jefe Nicolás Maduro Moros, y con la guía siempre de los libertadores, rendimos homenaje al heroico pueblo venezolano y a los próceres de la gesta emancipadora, elevando la conciencia patriótica, en pro de los laureles del presente y la brillantez del futuro de Venezuela: la grande, la buena, la hermosa Patria de Bolívar. Ratificamos la imperturbable vocación antiimperialista, bolivariana y chavista, así como el irreductible compromiso de defender las garantías sociales y los principios de igualdad, justicia, solidaridad y paz de esta República. Viva la Fuerza Armada Nacional Bolivariana! ¡Chávez vive!... ¡La Patria sigue! ¡Independencia y Patria Socialista!... ¡Viviremos y venceremos! ¡Leales siempre!... ¡Traidores nunca!

Caracas, 5 de julio de 2020

VLADIMIR PADRINO LÓPEZ
General en Jefe

Ese día, al celebrar 209 años de la firma del Acta de la Independencia, el Ministro de la Defensa Vladimir Padrino López pronunció esta frase en cadena nacional de radio y televisión, refiriéndose a la oposición y de cara a las elecciones parlamentarias convocadas por el Consejo Nacional Electoral: “nunca podrá ejercer el poder político

²⁰ Allan Brewer Carías, ob. cit., p. 50.

en Venezuela. No pasarán, no serán poder político jamás en la vida mientras exista una Fuerza Armada Nacional Bolivariana como la que hoy tenemos, antiimperialista, revolucionaria y bolivariana... yo creo que es bueno que lo entiendan”.

D. Fines

Los artículos que comento agregan como fines: “garantizar la independencia y soberanía de la Nación, asegurar la integridad del espacio geográfico, la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional.” No indica como los textos constitucionales anteriores y como lo recomienda el Derecho Constitucional Comparado, que se le haya señalado el deber de garantizar la defensa de la Constitución y del orden democrático. Sin embargo, paradójicamente lo hace el artículo 1 transcrito de la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Bolivariana.

E. Al servicio de la Nación

Resulta al menos curioso que no se haya usado el término República ni el de Estado, sino el de Nación para referirse al servicio de quien está la Fuerza Armada. En el lenguaje común pueden ser equivalentes las expresiones República, Estado y Nación pero no en el constitucional puesto que cada una tiene una significación propia e inequívoca. Por República se entiende la persona jurídica que representa al Estado, que tiene una identidad reconocida en el ámbito internacional y que comprende una población, un territorio habitado por aquella y unas estructuras de gobierno. Por Nación se entiende al conjunto de los nacionales como comunidad que tiene una cultura, una historia, unas tradiciones y una identidad. Puede la Nación tener o no Estado y República. Pero lo que resulta más chocante al lenguaje constitucional es el uso del adverbio “exclusivo” puesto que la Fuerza Armada está al servicio de la Nación como el conjunto de los venezolanos, a la República bien como persona jurídica o como una forma de Estado ajeno a, por ejemplo, una monarquía, y al Estado como el conjunto de población, territorio y la institucionalidad del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal. Luego agrega que “Nunca estará al servicio de persona o parcialidad política alguna”. Es de hacer notar que la Constitución sustituyó la expresión “partidos políticos” por la más ambigua “organizaciones con fines políticos”.

F. Componentes

El artículo 328 dispone que la Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica. Hasta la Constitución de 1999 los componentes de las Fuerzas Armadas eran tres: Ejército, Marina y Aviación. Esta carta magna incorpora un nuevo componente denominado Guardia Nacional, que se corresponde con la conocida Fuerzas Armadas de Cooperación, creada en 1937 por el General en Jefe Eleazar López Contreras a semejanza de la Guardia Civil de España que lo asesoró, con funciones de guardería ambiental y rural, de fronteras, cárceles, fronteras y apoyo a las policías estatales y municipales en seguridad ciudadana y desastres. Más tarde de se le agrega la custodia de autopistas, puertos y aeropuertos. Al militarizarse pierde totalmente su carácter civil y pasa a ser exclusivamente militar. A estos componentes le agrega la extraña Asamblea Nacional Constituyente a la Milicia Bolivariana y deja abierta la posibilidad de integrar otras fuerzas populares obedientes a la revolución bolivariana. El artículo 329 matiza la disposición del artículo 328 cuando define al Ejército, la Arma-

da y la Aviación como instituciones militares con la responsabilidad “esencial” de la planificación, ejecución y control de las operaciones militares. En cambio a la Guardia Nacional le asigna solo la cooperación en el desarrollo de dichas operaciones, pero lo verdaderamente novedoso es que le otorga la responsabilidad “básica” del orden interno que es de naturaleza civil y policial. Además, dice que Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

Este régimen constitucional ya de por sí militarista ha sido modificado en su desarrollo legislativo para ampliar el militarismo. Ya la Constitución de 1999 había militarizado la Fuerzas Armadas de Cooperación al pasarla a ser el cuarto componente de la Fuerza Armada. Luego, la extraña Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana le agrega a estos cuatro componentes uno más, que es la Milicia Bolivariana. En efecto, el artículo 22 de dicha “ley constitucional” señala como componentes de la Fuerza Armada Bolivariana al Ejército Bolivariano, la Armada Bolivariana, la Aviación Militar Bolivariana, la Guardia Nacional Bolivariana y la Milicia Bolivariana. Pero agrega otras organizaciones que también califica como componentes que son las Regiones Estratégicas de Defensa Integral (REDI) y los diferentes escalones operativos del Sistema Defensivo Territorial, entre estos las Zonas de Defensa Integral ZODI.

Este artículo 22 dispone que “La Fuerza Armada Nacional Bolivariana está organizada de la siguiente manera: la Comandancia en Jefe, el Ministerio del Poder Popular para la Defensa...” y agrega la organización que corresponde a la institución armada. Las preguntas que me surgen de la lectura de esta primera parte del artículo comentado es la siguiente: El Presidente de la República por ser su Comandante en Jefe ¿forma parte de la organización de la Fuerza Armada? ¿Es parte de la organización de la Fuerza Armada el Ministerio de la Defensa? Las respuestas no las encontraremos en una disposición específica y textual, pero es deducible de los Principios Generales del Derecho Constitucional, de las Disposiciones Generales de la Constitución venezolana y de qué manera dispone la integración de la institución militar con sus cuatro componentes. Si cualquier gobierno republicano y democrático es por naturaleza civil, si sus armas deben estar en manos de una institución profesional a cuyos miembros se le restringen los derechos políticos precisamente por estar armados y ser obedientes, no deliberantes y apolíticos, no puede colocar las decisiones políticas de la defensa en manos militares, ni mucho menos integrar en su estructura organizativa las instituciones civiles como son la Presidencia de la República ni un miembro del Gabinete, mucho menos el de la Defensa, precisamente por el interés de la República, de la democracia y de la libertad. Una de las razones que han motivado a los estadistas y constituyentes de los países democráticos a establecer como una base fundamental que el mando supremo del ejército esté en cabeza de civiles, es para darle más fundamento al principio del gobierno civil. El primer ministro francés Georges Clemenceau dijo una frase que la han repetido otros políticos: “La guerra es un asunto demasiado serio para dejarla en manos de los militares”.

Respecto al componente denominado Milicia Nacional Bolivariana, el artículo 74 antes transcrito rompe la disposición constitucional que integra a la Fuerza Armada con cuatro componentes al agregarle la Milicia Bolivariana, que no es profesional sino un cuerpo integrado por personas con entrenamiento militar. Pero no solo eso, sino que de conformidad con el artículo 83 les reconoce plenos derechos políticos con lo cual pueden ser militantes de un partido político y ser elegidos. Mediante esta norma se confirma la llamada unión cívico-militar, puesto que en definitiva lo que hace es regularizar como milicia y componente de la Fuerza Armada a los llamados

“colectivos”, bandas armadas militantes del Partido Socialista Unido de Venezuela. De esta manera se conforma un solo partido con dos estructuras: la dirigencia y militancia partidista y el brazo armado. El fenómeno del pretorianismo hace alusión directamente a situaciones en las que el sector militar de una determinada sociedad, ejerce el poder político independiente de ésta, recurriendo o amenazando con apelar o emplear la fuerza y la coerción. El militarismo supone un predominio del elemento militar o intromisión de lo militar en y sobre lo civil. Puedo asegurar, apoyado en Domingo Irwin que el militarismo es una doctrina, una ideología y un sistema que valora positivamente la guerra y le atribuye a las fuerzas armadas primacía en el Estado y la sociedad.

IV. CONCLUSIONES

En el caso venezolano se ha impuesto la tendencia que marca la historia de Venezuela, que creíamos superada, de la Fuerzas Armadas aplastando al gobierno civil, desplazando y sustituyendo actores y lógicas civiles por militares, incluso el lenguaje. Es decir, registramos, según las tesis de Permultter o el propio Irwin, una suerte de pretorianismo asumido como la influencia abusiva y desmedida que ejerce el sector militar sobre el sector civil en todos los campos en una determinada sociedad. En la Venezuela contemporánea estamos en presencia de un régimen o sistema híbrido, sumamente complejo y difícil de definir donde convergen paradójicamente algunos pocos elementos democráticos, un orden autoritario con componentes extraños a nuestra historia republicana como la presencia dentro o en el entorno del gobierno de la guerrilla colombiana, el paramilitarismo, el narcotráfico y el crimen internacional y organizaciones fundamentalistas islámicas. En lo político conviene destacar el establecimiento de un régimen de partido hegemónico único, la promoción de una ideología totalitaria denominada socialismo del siglo XXI; legitimación carismática del poder mediante el sistema e ideología invocando la patria, el orden, el pueblo y el bolivarianismo, y el socialismo del siglo XXI; el rompimiento del principio de la División del Poder Público, la violación sistemática de los derechos humanos y sus garantías, la criminalización de la política y de la disidencia u oposición, la ausencia de transparencia y rendición de cuentas con un altísimo grado de corrupción, el culto y exacerbación de la personalidad del líder, el ejercicio arbitrario del poder en manos de un grupo reducido de dirigentes del PSUV, militares, milicia, grupos de colectivos y el llamado poder popular con el apoyo de la Fuerza Armada, el populismo con reparto de dádivas mediante el sistema Patria, control de los medios de comunicación, sobredimensión y concentración fáctica de atribuciones y funciones en manos del presidente de la República y la cúpula militar bajo el dominio de otros países como Cuba, Rusia, Irán y China.

La Constitución de 1999 puso las bases de un modelo presidencialista y militarista como lo advirtió el Diputado Dr. Allan Brewer Carías en el debate constituyente y lo ha expuesto varias veces. El desarrollo legislativo ha conducido a la República Bolivariana de Venezuela a un régimen de concentración del poder en el Presidente de la República, de militarización del Estado y del Gobierno, y de rompimiento con los principios y valores que definen un Estado Democrático, Social, de Derecho y de Justicia.

ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y NUDO PODER

Jesús María Casal*

SUMARIO

I. Introducción. II. La nuda vida o el nudo poder y los estados de excepción. III. La razón de estado y el estado de excepción. IV. Carl Schmitt y los estados de excepción. V. El Artículo 48 de la Constitución de Weimar y la custodia preventiva (*Schutzhaft*). VI. De la excepción indómita a los agujeros grises en el control de las medidas de emergencia. VII. ¿Una zona de indistinción entre el ser y el deber ser de los estados de excepción? VIII. El Estado de Derecho y los Derechos Humanos como referencias básicas para la contención de los abusos vinculados a los estados de excepción.

I. INTRODUCCIÓN

Las situaciones dramáticas que se viven actualmente a nivel global a causa de la pandemia han colocado en un primer plano a las respuestas jurídicas ante las circunstancias extraordinarias suscitadas y, especialmente, a los estados de excepción en sus diversas modalidades¹. Las medidas restrictivas de derechos que han sido adoptadas con el objeto de contener los contagios por COVID-19 han abarcado desde la obligación de usar mascarillas sanitarias en espacios públicos y de mantener la debida distancia entre las personas hasta las cuarentenas o confinamientos generales, pasando por la limitación del número de los visitantes que pueden ser recibidos en la propia casa. Han sido impuestos variados condicionamientos sobre el desenvolvimiento de nuestras formas de vida, que han afectado numerosos derechos humanos, tales como la libertad de circulación, la libertad religiosa, el derecho de reunión o manifestación, la libertad económica, el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Incluso el derecho a la libertad personal o física ha sido restringido, ante el deber de permanecer en el domicilio -salvo razo-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Tom Ginsburg y Mila Versteeg, “Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic” en *Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2020-52*, junio 2020, disponible en <https://www.ssrn.com/abstract=3608974>, consultado el 2 de febrero de 2021; Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, *La resistencia del Estado democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19, Un enfoque desde el ius commune*, CIDEP, Caracas, 2021.

nes imperiosas en contra-, cuya observancia ha llegado a ser asegurada en algunos países con el uso de la fuerza, es decir, con la detención propiamente dicha. Que el Consejo de Estado francés haya tenido que fijar límites temporales a la cuarentena domiciliaria para proteger la libertad personal² revela la magnitud de la injerencia en los derechos individuales de tales medidas. Lo ocurrido en Italia en la embestida temprana del coronavirus³, con la aplicación del triaje o *triage* a fin de decidir quién tenía prioridad en el acceso a una cama con equipos de cuidados intensivos, y con el traslado masivo por militares de fallecidos en soledad a centros de cremación o inhumación, fue la imagen desgarradora que mostró la voracidad de la COVID-19 y la exorbitancia de algunas determinaciones que han sido tomadas con motivo de la pandemia.

Los derechos humanos, que deben guiar las respuestas estatales ante la pandemia, colocan barreras a la actuación de las autoridades, pero también obligan a adoptar medidas para proteger la salud y la vida ante la COVID-19. Con todo, la comprensible apelación a la solidaridad y al deber de contribuir a la preservación de la salud de todos ha allanado el camino para una intervención intensa en derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Al irrumpir la pandemia se generalizó la angustia y la perplejidad. Las sociedades se mostraron dispuestas a hacer una amplia delegación a sus gobernantes y se ensanchó enormemente el ámbito de discrecionalidad política dentro del cual estos pueden actuar. Lo que en un principio se aceptó en el entendido de que representaba un sacrificio temporal, acaso momentáneo, de nuestra libre actuación, terminó instalándose. Los países europeos, que experimentaron una primera ola de contagios y luego un relativo retorno a una cierta normalidad, han visto cómo el apaciguamiento o desahogo veraniego se ha traducido en una segunda ola particularmente virulenta, acompañada en ocasiones de limitaciones más severas.

Lo hasta ahora señalado ha propiciado el desplazamiento de facultades hacia el poder ejecutivo⁴, llamado a reaccionar con celeridad ante las circunstancias reinantes, con congresos o parlamentos que a menudo no mostraron voluntad de atender prontamente estos hechos, debido en parte a las dificultades para sesionar y a veces también con la venia de ejecutivos prestos a acometer unilateralmente la crisis. Desde el punto de vista jurídico-institucional preocupa que ello pueda significar una mutación silenciosa del orden constitucional, con ejecutivos ubicados en la línea de vanguardia del combate contra la pandemia y legislativos rezagados, que por lo general empezaron a sesionar para ratificar políticas ya fijadas en la esfera gubernativa, en ocasiones plasmadas en decretos de necesidad o urgencia. Con fuerzas policiales y a veces militares que han ganado protagonismo en los espacios públicos con el objeto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones adoptadas y con un acrecentamiento del momento policial⁵. Los poderes judiciales no estuvieron inicialmente en muchos países a la al-

² Ver Consejo Constitucional, Decisión N° 2020-800 DC, 11.05.2020, párr. 43.

³ Ver “Italy’s Health Care System Groans Under Coronavirus – a Warning to the World”, en *The New York Times*, 12 de marzo de 2020, en: <https://www.nytimes.com/2020/03/12/world/europe/12italy-coronavirus-health-care.html>, consultada el 3 de enero de 2021.

⁴ Ver Roberto Gargarella y Jorge Roa Roa, “Diálogo democrático y emergencia en América Latina”, en *MPIL Research Paper Series*, N° 2020-21, pp. 1 ss.; Carlos Ayala Corao, “Retos de la pandemia del Covid-19 para el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos (The Challenges that the Pandemic Caused by Covid-19 Has Presented for the Rule of Law, Democracy, and Human Rights)”, en *MPIL Research Paper Series* N° 2020-17, pp. 1 ss.

⁵ Ver el análisis de la organización WOLA, “En América Latina, a causa del COVID-19 se está poniendo en riesgo alterar permanentemente las relaciones cívico-militares”, en <https://www.wola.org/>

tura de las circunstancias. Los niveles de paralización de la administración de justicia constatados en América Latina, por ejemplo, han sido motivo de preocupación⁶. Todo esto acrecienta el peligro de que el retorno a la normalidad democrática –allí donde existía–, que debe ser el objetivo de los poderes de emergencia, sea obstaculizado seriamente. Sin embargo, ha habido esfuerzos encomiables en algunos ordenamientos, que han mantenido vivo el Estado de Derecho en medio de una avalancha de discrecionalidad gubernamental. En algunos Estados la jurisdicción constitucional ha sabido amparar los derechos humanos ante los intentos gubernamentales de restringir gratuitamente su ejercicio, o ante la omisión o manifiesta negligencia del ejecutivo en la definición de programas de protección de la salud o la desinformación sobre las cifras de los contagios⁷.

En este contexto los Estados han acudido, bajo uno u otro marco normativo, a poderes excepcionales o de crisis y han surgido debates sobre los estados de excepción que han sido declarados o aplicados frente a la pandemia. Algunos países han seguido la vía de declarar formalmente estados constitucionales de emergencia, mientras que otros han evitado hacerlo, entre los cuales algunos podían haberlo hecho de acuerdo con el marco constitucional correspondiente. En los ordenamientos que carecen de una regulación constitucional sobre los estados de emergencia, o de una que se extienda a situaciones como las generadas por la pandemia, se ha recurrido principalmente a la legalidad sanitaria, de defensa civil o de gestión de desastres, o se han dictado nuevas leyes, pero esto no excluye que, desde el punto de vista de su impacto sobre los derechos, se hayan previsto restricciones tan severas como las impuestas formalmente en los países que han proclamado el estado de excepción constitucional⁸.

Todo lo expuesto invita a retomar las investigaciones sobre los estados de emergencia y la forma de evitar que supongan un deterioro perdurable de la institucionalidad democrática y de la garantía de los derechos humanos que aquella comprende. Después de un año de estar sometidos a la pandemia y a las medidas estatales correspondientes surge, desde la óptica del Estado de Derecho, el interrogante acerca del papel que ha jugado la juridicidad en la ordenación del manejo de la crisis. No es propósito de este trabajo dar respuesta específica a esta cuestión, que en parte ha sido objeto de otros estudios⁹. La pandemia y las medidas de emergencia que ha llevado consigo representan solo un motivo para esta reflexión sobre la justificación, naturaleza y límites de los estados de excepción. Se hará referencia a algunos aspectos de la controversia que se ha intensificado en los últimos años sobre los estados de emergencia y los peligros que suelen comportar para la libertad individual y el equilibrio institucional. Al considerar esta temática se tendrá especialmente en cuenta la progre-

es/analisis/america-latina-covid-19-relaciones-civico-militares-policia/, consultada el 27 de enero de 2021.

- ⁶ Respecto del funcionamiento de los sistemas judiciales durante la pandemia, ver Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales*, mayo 2020, pp. 5 ss.; en este estudio se pone de relieve la importancia de propugnar la digitalización y en general el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la justicia. Ver también Carolina Villadiego Burbano, “Sistemas judiciales durante la pandemia: la experiencia de Sudamérica”, 11 de mayo de 2020, disponible en <https://dplfblog.com/2020/05/11/sistemas-judiciales-durante-la-pandemia-la-experiencia-de-sudamerica/>, consultada el 9 de diciembre de 2020.
- ⁷ Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, ob. cit., pp. 90 ss.
- ⁸ Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, ob. cit., pp. 45 ss.; Angelo Golia y otros, “Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the COVID-19 Pandemic”, en *MPIL Research Paper Series*, N° 2020-42, pp. 6 ss.
- ⁹ Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, ob. cit., pp. 11 ss.

sividad de los derechos humanos, que tan profundamente fue examinada por el Profesor Pedro Nikken¹⁰, a quien rindo mediante esta contribución un sincero homenaje. Conviene preguntarse si, pese a las severas críticas que se han formulado respecto del impacto de los poderes de emergencia sobre los derechos humanos, hay razones para seguir pensando que la exigencia jurídica y la tendencia histórica de la progresividad encuentran también aquí una aplicación. No será posible abordar todos los problemas relevantes relacionados con las tensiones que recorren el tratamiento jurídico de la emergencia. Ni siquiera se pretende analizar detenidamente los principales asuntos objeto de debate. Solo se plantearán algunas puntualizaciones y advertencias y se señalará un horizonte para futuras indagaciones sobre la materia.

II. LA NUDA VIDA O EL NUDO PODER Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Uno de los pensadores que se ha referido a la importancia de revisar las ideas dominantes sobre los estados de excepción es Giorgio Agamben. Agamben ha expuesto un proceso histórico en virtud del cual la formación del poder soberano habría conducido a la decantación de la vida humana en “nuda vida”, la cual habría sido apropiada por el orden político y en esa medida quedaría desvalida ante lo que este pueda disponer sobre ella, especialmente en situaciones excepcionales. La nuda vida encontraría su correlato histórico en la figura del derecho romano arcaico del *homo sacer* (hombre sagrado), quien podía ser asesinado por cualquiera sin que ello comportara persecución o castigo y, adicionalmente, no podía ser sometido a ritos de sacrificio a los dioses, por tratarse de una vida destinada originariamente a estos últimos¹¹. Una vida del todo vulnerable, desde luego, como la que según el autor es la propia del ser humano tras la modernidad y la imposición del poder soberano. Lo afirma en estos términos: “Soberana es la esfera en que se puede matar sin cometer homicidio y sin celebrar un sacrificio; y sagrada, es decir, expuesta a que se le dé muerte, pero insacrificable, es la vida que ha quedado prendida en esta esfera”¹².

Con respaldo en la bio-política analizada por Foucault, Agamben identifica en el origen de las sociedades políticas modernas un “poder incondicionado de muerte”¹³. No un pacto o contrato social sino ese “vínculo soberano”¹⁴, en virtud del cual la vida al politizarse quedaría sujeta en último término a ese poder, en sintonía con el pensamiento de Hobbes. El estado de excepción, bajo la estructura de una relación que, con base en las fuentes antiguas, denomina “de bando”, sería la esfera en que tal poder puede ejercerse. La relación de bando, que califica como “la relación político-jurídica originaria”¹⁵ se distingue porque “aquello que el bando mantiene unidos son precisamente la nuda vida y el poder soberano”¹⁶.

Bajo estas premisas, las medidas excepcionales son “medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presen-

¹⁰ Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, IIDH/ Civitas, Madrid, 1987.

¹¹ Giorgio Agamben, *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1998, pp. 93 ss.

¹² *Ibid.*, p. 109.

¹³ *Ibid.*, pp. 117-118.

¹⁴ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵ *Ibid.*, p. 141.

¹⁶ *Ibid.*, p. 141.

ta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal”¹⁷. Ello porque para el autor, cuyo planteamiento sobre este tema se confunde en muchos aspectos con el de Carl Schmitt, con las diferencias que luego se apreciarán, el estado de excepción implica una suspensión, en el mejor de los casos temporal, del orden jurídico a causa de la irrupción de una situación extraordinaria que impone la necesidad de responder según las circunstancias y sin sujeción a normas previas. Pero sería el propio orden jurídico el que autoriza esa suspensión (de sí mismo): “En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan”¹⁸. Ya Schmitt había calificado al estado de excepción como un concepto límite¹⁹.

Se trataría de un “umbral de indiferencia entre anomia y derecho”²⁰, en el cual “la ley se aplica al caos y a la vida sólo al precio de convertirse ella misma, durante el estado de excepción, en vida y caos viviente”²¹. Con este diagnóstico, el autor procura desvelar al estado de excepción como la ficción con la cual se habría fraguado la articulación entre anomia y nomos, vida y derecho, *auktoritas* y *potestas*. Por eso asevera que:

El estado de excepción no es, pues, tanto una suspensión espacio-temporal, cuanto una figura topológica compleja, en que no solo la excepción y la regla, sino en que también el estado de naturaleza y el derecho, el fuera y el dentro, transitan uno en el otro. Y es precisamente en esta región topológica de indistinción, que debía permanecer oculta ante los ojos de la justicia, donde tenemos que tratar de fijar la mirada”²².

Este pasaje de Agamben refleja bien el propósito de su obra sobre los estados de excepción. Busca desenmascarar, acudiendo con frecuencia a estudios de Walter Benjamin, la forma en que la facticidad o la vida fue o intentó ser apresada por el derecho mediante la categoría de los estados de excepción, los cuales, con base en la pretensión legitimadora del poder soberano, estarían dentro del derecho y a la vez en su periferia, en una zona limítrofe entre normatividad y realidad. En sí mismo, el estado de excepción sería sin embargo “un vacío de derecho”, una “interrupción del derecho”²³: “Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico que éste debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquél; casi como si para fundarse, debiera mantenerse necesariamente en relación con una anomia”²⁴.

Al desarrollar su tesis sobre el estado de excepción, recurre en buena medida a la concepción de Schmitt sobre la materia, y la asume como representativa de esos esfuerzos del derecho por atrapar ficticiamente a la excepción. Luego me referiré a algunas de las ideas fundamentales de Schmitt sobre el asunto. No obstante, es preciso

¹⁷ Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Córdova, Adriana Hidalgo Editora, 2004, p. 24.

¹⁸ *Ibid.*, p. 59.

¹⁹ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Munich/Leipzig, 1934, pp. 11 ss.

²⁰ Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, ob. cit., p. 135.

²¹ *Ibid.*, p. 136.

²² Giorgio Agamben, *Homo sacer...*, ob. cit., p. 54.; he corregido un en este pasaje un error en la traducción española, en la cual en lugar de decir “la excepción y la regla”, como se expresa en el original (*Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995), se dice “la excepción es la regla”; también he ajustado otros detalles en la formulación.

²³ Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, op. cit., p. 95.

²⁴ *Ibid.*, p. 100.

ahora puntualizar que la crítica de Agamben a esta denominada ficción parte de una visión schmittiana que ha sido combatida por la ciencia jurídica y que difícilmente puede ser entendida globalmente como ilustrativa de lo que jurídicamente son los estados de emergencia o estados de excepción en la doctrina contemporánea. Desde una perspectiva jurídica, la obra de Agamben debe motivar a reiterar los peligros y deficiencias de la tesis de Schmitt sobre la soberanía y su relación con el derecho, que se proyecta sobre los estados de excepción y, por la forma en que estos son definidos, sobre toda la juridicidad, que pende temblorosamente de la posible invocación por el soberano de su facultad última para declarar el estado de excepción, ya que: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”²⁵ y el estado de excepción es una excepción concreta al derecho, pues aquel no está sujeto a normas dentro de la esfera que haya fijado la autoridad investida de soberanía. Por otro lado, Agamben interpela a la ciencia jurídica para que no sucumba a la tentación de posturas que quieren abrazar bajo el derecho el no-derecho, proporcionando así a los poderes exorbitantes que suelen acompañar las circunstancias extraordinarias una justificación o legitimidad de la que, al menos por esta vía, el derecho no es capaz de darles. Y ciertamente, por más que la tesis schmittiana haya sido objetada y no pueda considerarse, a la luz de la evolución de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia constitucional comparada e internacional, como demostrativa del paradigma jurídico vigente sobre los estados de emergencia o de excepción, subsisten aproximaciones a esta materia aún impregnadas por enfoques decisionistas o de voluntarismo político que degradan al derecho, a veces veladamente, a una posición subalterna y ello facilita que introduzcan en su seno, bajo el manto de la excepción, el despliegue irrestricto de las determinaciones del soberano en las situaciones de crisis.

Tampoco la dictadura romana, ni la figura del *iustitium*, que el autor rescata gracias a una aguda investigación histórica²⁶ y califica como “el arquetipo del moderno *Ausnahmezustand*”²⁷ (estado de excepción), son suficientes hoy para explicar la naturaleza jurídica de los estados de excepción. La primera porque los límites de temporalidad y hetero-investidura son solo una parte de las limitaciones a las que los poderes de emergencia están sometidos en un Estado de Derecho. Y la segunda porque el eclipse o interrupción del derecho que representaba es precisamente lo que el Derecho Constitucional, de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, actualmente rechaza. Manuel García-Pelayo, cuyo pensamiento no reflejaba todavía todos los cambios que se han producido en este campo, ya tuvo oportunidad de advertir que, declarado un estado de excepción o de guerra, los poderes conferidos “no son poderes ilimitados ni soberanos, sino que tienen un límite fijado por la ley y están sujetos a responsabilidad. Lo que no sea esto es una desnaturalización no sólo del estado de guerra, sino del concepto mismo de dictadura comisoria”²⁸.

²⁵ Carl Schmitt, ob. cit., p. 11.

²⁶ Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, ob. cit., pp. 85 y ss. El autor sostiene que tradicionalmente se ha acudido a la antigua dictadura romana, como modelo histórico de los poderes de emergencia, por el prestigio de la institución, que facilitaba la justificación de aquellos en tiempos posteriores. Es probable que así sea. No obstante, conviene acotar que dicho prestigio es relativo, dado que dicha dictadura es el ejemplo paradigmático de cómo tales poderes pueden o suelen degenerar en una transformación autoritaria en lugar de en la conservación del sistema republicano originario; ver Jesús María Casal, *Dictadura constitucional y libertades públicas*, Edityorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 25-26.

²⁷ Giorgio Agamben, *Estado de Excepción...*, ob. cit., p. 85.

²⁸ Manuel García-Pelayo, “Derecho constitucional comparado”, en *Obras completas*, CEC, Madrid, 1991, Tomo I, p. 364.

Por otra parte, la obra de Agamben abre los ojos respecto del uso que históricamente y en la actualidad han recibido los poderes o estados de excepción, como cobertura para estados de emergencia que se hacen la regla; para dictaduras pretendidamente comisorias que terminan siendo soberanas; para la tergiversación del sentido de instituciones fundamentales del Estado democrático de Derecho, como la ley y la fuerza de ley; o, en fin, para la perpetración de los crímenes más atroces, esto es, para el desplazamiento de la persona a esa tierra de nadie artificialmente creada en que la nuda vida padece. Es importante, al mismo tiempo, destacar, desde la óptica jurídica, que el estado de emergencia contemporáneo, de acuerdo con los estándares internacionales y constitucionales de los derechos humanos y del Estado de Derecho, no pretende abonar el ejercicio ilimitado del poder, menos aún justificar “agujeros negros legales”²⁹, como los que han sido impuestos en los centros de reclusión de Guantánamo o los que se admitieron en el Tercer Reich alemán, especialmente en los campos de concentración y exterminio, entre otros casos de estados de excepción que el autor incluye en su análisis de la materia. Esa nuda vida que puede ser eliminada impunemente es una afrenta a la idea del Estado de Derecho, de los derechos humanos y del imperio de la legalidad que hoy no puede considerarse conceptualmente comprendida por los estados de excepción, cabalmente entendidos, aunque estos hayan sido empleados para toda clase de desmanes, lo cual, como dije, interpela a los juristas y obliga a revisar las categorizaciones herederas de un poder soberano que el constitucionalismo, en su desenvolvimiento hasta el presente, se ha esforzado en someter. Esto no significa desconocer que aún existen situaciones, como las guerras, en las que la vulnerabilidad del ser humano frente a la violencia es inmensa y en las que lo que el Derecho ha podido lograr para contenerla es reducido, aunque esta no es una problemática específica del revestimiento jurídico de los estados de excepción, parafraseando la terminología de Agamben.

Lo dicho presupone estimar que el Estado de Derecho y los derechos humanos son paradigmas suficientes para contener el poder otrora soberano. Sin embargo, Agamben estima que los derechos humanos han quedado “anticuados”³⁰, ante el declive del Estado-nación que los habría hecho germinar. Para él los derechos del hombre y del ciudadano de finales del siglo XVIII son expresión de la apropiación de la vida humana por la política, es decir, de la inmediata politización de la vida, lo cual haría a la persona dependiente del entorno y poder nacional en que se reconocen sus derechos como ciudadano. Por eso enfatiza que “la política occidental es desde el inicio una biopolítica y, de esta forma, hace vano cualquier intento de fundar las libertades políticas en los derechos del ciudadano”³¹. Luego me referiré a estas consideraciones. Baste por ahora subrayar que estos postulados de Agamben deben ser tenidos en cuenta al momento de examinar su concepción sobre los estados de excepción.

²⁹ Sobre este concepto ver Alan Greene, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, Hart, Oxford, 2018, pp. 99 y ss. El autor formula al respecto esta definición: “Legal black holes are zones formally created by law within which, no recourse to the law can be made. A legal black hole is thus created when there is no legal control on the body exercising the power in question, leaving the decision-maker free to exercise their absolute discretion. At best, all the judiciary can ask is whether the legal black hole was validly created”; ver también Alan Greene, “Miller 2, Non-justiciability and the Danger of Legal Black Holes”, disponible en: <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/13/alan-greene-miller-2-non-justiciability-and-the-danger-of-legal-black-holes/>, consultado el 15 de febrero de 2021.

³⁰ Giorgio Agamben, *Homo sacer...*, ob. cit., p. 170.

³¹ *Ibid.*, p. 231.

El autor añade que “el estado de excepción moderno es una creación de la tradición democrático-revolucionaria, y no de la tradición absolutista”³², lo cual está en consonancia con los postulados señalados. Sin embargo, el asunto resulta más complejo. Sin pretender indagar específicamente en la formación histórica del estado de excepción³³, es de utilidad acudir a los enjundiosos estudios de García-Pelayo sobre temas de la historia constitucional. En particular, su investigación sobre las razones históricas de la razón de Estado arroja luces sobre los cimientos pre-revolucionario del concepto y sobre su conexión con la creencia en un poder soberano del rey o príncipe que podía justificar toda clases de desviaciones o excepciones respecto de la legalidad general siempre que lo exigiera la razón de Estado. Este nudo poder es el punto de partida moderno de visiones como la de Carl Schmitt sobre la soberanía y los estados de excepción y debe ser subrayado en cualquier aproximación histórica a la materia.

III. LA RAZÓN DE ESTADO Y EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

El absolutismo monárquico jugó un papel decisivo en la formación del Estado-nación y este es el marco dentro del cual se desata la Revolución Francesa y en el cual *Sieyès* apela a la soberanía de la nación y a su poder constituyente. Pero los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII no pueden comprenderse sin mencionar el racionalismo que animaba la aspiración de instaurar un nuevo orden y una nueva legitimidad. Un racionalismo que, en su pretensión de hablar performativamente, desde la arena revolucionaria³⁴, al mundo de su tiempo y no solo a un orden nacional acotado, impulsó la reivindicación de una nueva fundamentación para el poder estatal, lo cual fue enlazado con algunas concepciones, categorías, símbolos y mitos del Antiguo Régimen que ayudaban a apuntalar el cambio político. La soberanía fue una de las líneas de continuidad entre los dos órdenes, y la legitimidad revolucionaria estaba ya perforada por una pretensión de validez abstracta y general, tendencialmente universal, de los derechos y libertades cuyo respeto y preservación brindaban legitimidad al ejercicio del poder público.

Hay que dar, sin embargo, unos pasos atrás para encontrar en las ciudades del norte y centro de la península itálica, en la transición de la baja Edad Media a la Edad Moderna, un lugar y momento histórico, cabalmente comprendido por Maquiavelo, que dejaría su impronta en la visión absolutista de la razón de Estado. Tal como explicó nítidamente García-Pelayo:

La idea de la razón de Estado significa el descubrimiento de un logos propio de la política y de su configuración histórica por excelencia, es decir, del Estado. Significa la desvelación de una esfera de la realidad hasta entonces oculta por el ropaje teológico, aristotélico o retórico, pero que ahora se revela en su desnudez tal como es, con un mundo de hechos dominados por la *necessità* y no de normas puras o de definiciones abstractas³⁵.

Ese logos propio de la política halló en esas ciudades italianas, que no estaban sometidas a una autoridad monárquica superior, su temprana irrupción, en virtud de

³² *Ibid.*, p. 29.

³³ Jesús María Casal, *Dictadura constitucional*, ob. cit., pp. 24 ss.

³⁴ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos, La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, pp. 33 ss.

³⁵ Manuel García-Pelayo, “Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político”, en *Obras completas*, ob. cit., Tomo II, p. 1184.

un proceso de transición desde la estructura corporativa de poder de la *comuna* al gobierno personal de la *signoria*. En ese tránsito tuvieron un rol relevante las magistraturas excepcionales del *podestà* y del *capitano*, que reflejaban la estructura dualista de la organización político-social, siendo el primero una institución de la nobleza y la segunda del pueblo llano. La primera estaba llamada a mantener la paz y la tranquilidad en tiempos revueltos y, la segunda, a defender los intereses del *popolo* cuando estuvieran amenazados. Ambas evolucionaron desde la temporalidad y la limitación de su objetivo hacia la permanencia y la personalización del poder, lo cual favoreció la transformación de la *comuna* en *signoria*. La descomposición política y los conflictos alimentaron también la consolidación de una posición personal de mando y, bien a causa de la degeneración de tales magistraturas, bien en virtud de la insurgencia de algún caudillo o jefe, se instalaron en el poder señores o príncipes, con facultades ilimitadas³⁶.

Fue ese el ambiente histórico en el que se desató un *logos* político como fuerza autónoma o autoexplicativa, y fue a esa realidad a la que Maquiavelo quiso dar respuestas. Este proceso de personalización de un pleno poder implicaba escindir el sujeto y el objeto de la política, es decir, romper la conexión existencial entre el príncipe, el pueblo y el territorio. *Lo stato* se cierra sobre sí mismo, aunque con pretensión hegemónica sobre otras razones, y desprecia incluso las fuentes conocidas de legitimidad. De esta forma “la política deja de estar en-ajenada, cancela todas sus alienaciones y se dispone a considerar y a estimar todo lo ajeno desde su propia perspectiva”³⁷. Se instauran entonces relaciones de poder que ignoran la vinculación con consideraciones morales, religiosas o jurídicas que puedan contener al príncipe y que rehúyen la institucionalidad y abandonan la ordenación del poder a fines externos que lo justifiquen. El poder y su conservación deviene en fin en sí mismo de la política. La virtud a la que se refirió Maquiavelo apuntaba justamente a esas cualidades necesarias para salir victorioso de las contiendas políticas, por encima de miramientos éticos.

El orden político pasó a ser concebido como un artificio y el pueblo como una pura materia. El *popolo* degeneró en *moltitudine*, en simple objeto de dominación, que debía ser amoldado según los intereses oficiales. Esto supuso acabar completamente con la vida corporativa y despejar la ruta para el gobierno personalista. Esta *ragione di Stato* es manifestación de una política “despojada de todo elemento extraño al nudo poder”³⁸. Las razones del poder público ya habían sido invocadas bajo distintas fórmulas a lo largo de la historia, para justificar quebrantamientos singulares de requerimientos normativos. Ocurrió, por ejemplo, en la Edad Media, pero en general ello se hacía con mala conciencia y formaba parte de los *arcana imperii* que habían sido identificados ya en el mundo antiguo. Los juristas medievales estimaban que la *necessitas* podía desplazar puntualmente a la *ratio*, pero a título realmente excepcional y temporal y sin comprometer la sujeción general del orden político a los principios trascendentales que le daban fundamento. La frecuente invocación de la *necessitas* en la alta Edad Media pudo facilitar incluso la consolidación del poder real a expensas de los estamentos. Sin embargo, con la *signoria* y Maquiavelo se produce “un salto cualitativo”³⁹ que pretende liberar a la política de sus subordinaciones trascendentes, morales o jurídicas. La necesidad ya no es algo excepcional y vergonzoso sino el sustrato permanente de la política. A ello daría Botero posteriormente desarro-

³⁶ *Ibid.*, pp. 1188 ss.

³⁷ *Ibid.*, p. 1186.

³⁸ *Ibid.*, p. 1188.

³⁹ *Ibid.*, p. 1187.

llo doctrinal, en una evolución marcada por tensiones entre la razón de Estado y otras exigencias. La razón de Estado cristalizó como resultado de la irrupción en la política “del nudo poder”⁴⁰, asociado al abandono deliberado de la organización corporativa, así como de los basamentos institucionales, socio-políticos, y teológicos del poder y de su subordinación finalista: “Perdida la fe en la religión, en el Derecho y en la moral... sólo quedaban firmes dos cosas, el hombre y el mundo. Un hombre que... está dispuesto a enfrentar el mundo con las armas del mundo”⁴¹. El poder desnudo, concebido como fin en sí mismo, gestó y exaltó la razón de Estado, en perjuicio de otras razones.

La *ragione di Stato* acompañó en el siglo XVI la consolidación del Estado como estructura política, a costa de los poderes universales, la Curia y el Imperio, y de las fuerzas sociales internas. De esta forma se forja la noción de la soberanía, ilustrativa del terreno ganado por aquel y de su pretensión de superioridad respecto de cualquier otra entidad o grupo, de lo cual daría cuenta la obra de Bodino. El Estado, situado ahora “en el centro de la historia”⁴², se erige en espacio de salvación en medio del caos prevaleciente, relacionado con el derrumbe de los puntos de referencia tradicionales. Ese Estado se refuerza con la politización de la religión, el monopolio sobre la producción jurídica, y la política económica mercantilista, entre otros factores. De allí el interés entonces creciente en indagar sobre el *logos* del Estado y sobre la razón de Estado como “técnica de la acción política”⁴³. La razón de Estado se convirtió, así, “en una de las doctrinas típicas del alto absolutismo europeo”⁴⁴.

La escisión de lo político de su tejido social y teleológico, asociada al personalismo político, a la erosión de las estructuras estamentales y al declive de los referentes universales, mostró un nudo poder cuyo detentador solo debía preocuparse por consolidarlo. En el tránsito al absolutismo la razón de Estado serviría para justificar “la contravención de ley ordinaria por respeto al beneficio público”, o un *ius* exorbitante o *ius dominationis*, un supremo derecho o privilegio “para conservar y aumentar la república en caso de necesidad”⁴⁵. La razón de Estado “queda así encuadrada en el mundo del Derecho como una facultad jurídica extraordinaria, inherente a la soberanía, para hacer frente a situaciones excepcionales y que... actúa contra el Derecho común al tiempo que constituye su supuesto, ya que, para que exista un orden jurídico positivo, es preciso que exista el Estado, y la existencia del Estado tiene su propia lógica”⁴⁶. Aquí se aprecian claramente los fundamentos del pensamiento de Schmitt sobre los estados de excepción.

La entronización de esa idea, la superioridad o la precedencia lógica y ontológica del Estado respecto del derecho, es uno de los productos del absolutismo, apuntalado por la razón de Estado. A partir de esta primacía de lo político sobre lo jurídico es que Schmitt desarrolla su teoría sobre la decisión y la soberanía. Los momentos existenciales de la estructura jurídico-constitucional, como los procesos constituyentes, los graves conflictos no previstos normativamente entre órganos constitucionales o los estados de excepción en sentido estricto, serían de carácter político, irreductibles a normas y explicables desde la decisión, fruto de la voluntad política y de la soberanía.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1188.

⁴¹ *Ibid.*, p. 1197.

⁴² *Ibid.*, p. 1202.

⁴³ *Ibid.*, p. 1203.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 1201.

⁴⁵ Como sostendría Ammirato, en: *Ibid.*, p. 1206.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 1214.

Según visiones como la de Schmitt: “el principio de organización de la vida social reside, pues, en el poder soberano, del cual depende, en última instancia, la existencia y la validez de todas las normas jurídicas a través de las cuales dicho poder... se expresa y del ordenamiento social en su conjunto: es el poder el que crea al derecho y el que, por lo tanto, prevalece sobre este último. En otras palabras, para esta concepción el poder constituye el fundamento de validez del derecho”⁴⁷.

Pero no se trata solo de que el poder tenga primacía frente al derecho, sino también de los términos en que esa prevalencia se concibe. Schmitt se hace eco del pensamiento de Bodino al subrayar que lo esencial de la tesis de este autor acerca de la soberanía (1576) consistía en que, en caso de urgencia o necesidad, cesaba la vinculación a los principios generales de derecho natural que debía regir ordinariamente⁴⁸. El soberano era quien podía apreciar si existían las circunstancias que justificaban apartarse de esos principios. El signo distintivo de la soberanía, como poder de dominación más elevado y no derivado (originario), sería precisamente esa facultad para suspender la ley vigente, de manera general o en un caso particular⁴⁹. La vigencia del orden jurídico, sostiene Schmitt, presupone una situación de normalidad, pues “no hay norma alguna que pueda aplicarse al caos”⁵⁰, y el soberano sería precisamente el llamado a constatar si aquella situación subsiste.

Estos postulados, que según Schmitt estaban también presentes en autores de la escuela del derecho natural racionalista del siglo XVII⁵¹, ponen nítidamente de manifiesto hasta qué punto la razón de Estado, como *logos* autónomo de la política, había contribuido al robustecimiento de la soberanía del príncipe y de su facultad, más bien atributo, de decidir sobre la excepción. En ese contexto del siglo XVI, en sus últimas décadas, y del siglo XVII se origina el intento de integrar el momento político de la emergencia, ya apuntalado por la razón de Estado, en el derecho⁵², lo cual condujo a una tensión resuelta inicialmente en favor de la soberanía, frente a lo cual el Derecho⁵³ ha reclamado progresivamente su supremacía, con distintas vicisitudes. Pero conviene detenerse en algunas de las ideas y maniobras cortesanas de Schmitt en torno a los estados de excepción.

IV. CARL SCHMITT Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El estado de excepción está en el centro de la teoría político-constitucional de Schmitt. Él mismo lo admitió cuando señaló que el estado de excepción es “un concepto general de la teoría del Estado”⁵⁴, el cual no se circunscribe a los denominados estados de sitio o a los decretos de necesidad o urgencia sino comprende todos los supuestos en que se suscita una “excepción absoluta”⁵⁵, cuya resolución, con miras al restablecimiento de la plena vigencia del orden jurídico o del normal funcionamiento del Estado, resulta de una genuina decisión, una decisión también absoluta según las

⁴⁷ Lorenzo Córdova Vianello, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, en *Cuestiones constitucionales*, 15, 2006, pp. 48-49.

⁴⁸ Carl Schmitt, ob. cit., p. 14.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 20.

⁵¹ *Ibid.*, p. 15.

⁵² Manuel García-Pelayo, *Del mito...*, ob. cit., p. 1213.

⁵³ Que por ello merece ser escrito con mayúscula inicial.

⁵⁴ Carl Schmitt, ob. cit., p. 11.

⁵⁵ *Ídem.*

categorías schmittianas, que, como tal, no puede deducirse de normas existentes. Esta decisión está gobernada por la política y remite a la cuestión de la soberanía.

Agamben afirma que Schmitt se esfuerza por reinscribir en el orden jurídico aquello que en teorías precedentes aparecía como pura necesidad o como un fenómeno meramente fáctico. Ciertamente, Schmitt procura demostrar que el estado de excepción es ya un concepto jurídico, pues no debe confundirse con el puro caos o la anarquía a la que se quiera dar respuesta, que sí es una realidad fáctica. Con arreglo a su doctrina, podríamos decir que aquel es un estado de no-derecho permitido por el derecho, durante el cual no regiría propiamente un orden jurídico, ya que, en la visión schmittiana, en esas circunstancias “el Estado conserva su existencia, mientras que el derecho retrocede... La existencia del Estado mantiene aquí una indiscutible superioridad sobre la vigencia de la norma jurídica”⁵⁶. Sin embargo, habría “aun así en sentido jurídico un orden, aun cuando no sea un orden jurídico”⁵⁷. De esta forma Schmitt anticipa la supuesta zona de indistinción, en este caso entre derecho y política, a la que Agamben alude a lo largo de su obra. También anticipa las bipolaridades a las que este se refiere, pues para Schmitt “los dos elementos del concepto orden-jurídico aquí se enfrentan entre sí y prueban su autonomía conceptual”⁵⁸, porque en tiempos de normalidad la decisión se repliega al mínimo, mientras que en el estado de excepción la norma puede ser destruida, pero los dos elementos, la norma y la decisión “permanecen en el marco de lo jurídico”⁵⁹. En otras palabras, la juridicidad de la excepción se reduciría a permitir que el soberano adopte una decisión absoluta sobre al respecto. El orden jurídico presupondría un orden político: “El orden debe ser establecido para que el orden jurídico tenga un sentido”⁶⁰ y correspondería precisamente al Estado, a la autoridad, lograr la situación de normalidad sobre la cual las normas pueden operar. Se reconoce al soberano el monopolio de determinar si esa situación persiste o si debe acudir al estado de excepción, por lo que la soberanía consistiría jurídicamente en ostentar ese monopolio decisorio.

No obstante, es difícil compartir que la construcción de Schmitt sobre el estado de excepción pueda considerarse jurídica. Al menos no desde una perspectiva del Estado de Derecho. Schmitt afirma que lo específico del estado de excepción es el reconocimiento de “una competencia por principio ilimitada, es decir, la suspensión de todo el orden existente”⁶¹, lo cual corrobora que el estado de excepción no es para él un punto de articulación o zona de indistinción entre el orden jurídico y el orden político sino el momento que deja traslucir nítidamente la superioridad que el autor atribuye a este sobre aquel. En el estado de excepción “se separa la decisión de la norma jurídica... y la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho”⁶².

Por tanto, no sorprende que en la doctrina alemana la teoría de Schmitt sea calificada como una de las que propugnan una “seudo-inclusión” de los estados de excepción en el Derecho⁶³. La prevalencia de la decisión, “libre de toda vinculación jurídica” y “en sentido propio absoluta”⁶⁴, es tan marcada, que el derecho se disuelve o suicida

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 18-19.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁸ *Ídem.*

⁵⁹ *Ídem.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 20.

⁶¹ *Ibid.*, p. 18.

⁶² *Ibid.*, p. 20.

⁶³ Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 105 ss.

⁶⁴ Carl Schmitt, ob. cit., p. 19.

al permitirla. El decisionismo schmittiano admite que desde el punto de vista normativo la decisión nace “de la nada”⁶⁵, es decir, de la “vida concreta”, “de la vida real” que quiebra “la costra de una mecánica petrificada en la repetición” y encarnada en la regla⁶⁶. Por tanto, no se trata en verdad de que el derecho permita su eliminación, sino de que el soberano determina las situaciones respecto de las cuales aquel no debe regir. La supuesta zona de indistinción no es tal, pues el derecho sería la veleta de un momento político que por definición lo niega. Agamben acierta en subrayar que artificios como los de Schmitt propenden a ocultar lo que verdaderamente ocurre o puede ocurrir durante los estados de excepción. Aunque nuevamente hay que destacar que ese artificio no es representativo del pensamiento constitucional contemporáneo mayoritario sobre los estados de emergencia o de excepción.

Schmitt critica al liberalismo y a la idea del Estado de Derecho que le es consustancial, porque a su juicio no son capaces de explicar el establecimiento y conservación del derecho por el orden estatal, como tampoco la situación excepcional y la imposibilidad de sujetarla a normas. Pero en realidad el Estado constitucional de Derecho ha avanzado precisamente en la dirección de someter la excepción indómita que Schmitt por principio estimaba inexorable. Es importante insertar el pensamiento de este autor sobre el estado de excepción en su cuestionamiento global al parlamentarismo de la República de Weimar. Schmitt formuló críticas acerbas y en ocasiones certeras contra el orden institucional de Weimar. Supo representar agudamente algunas desviaciones o falencias de ese Estado-legislativo parlamentario, en especial la inoperancia del parlamento para tomar decisiones políticas, ante su fragmentación, el perfilamiento progresivo del sistema como uno de carácter plebiscitario, a instancias del Presidente del Reich, y la degradación del concepto de ley, desprovista de sus rasgos clásicos de generalidad o abstracción y desplazada en los hechos por los decretos leyes adoptados invocando el artículo 48 de la Constitución. Según su visión de fondo ello era resultado de la adhesión a un pluralismo inviable y de una Constitución indecisa que podían ser superadas mediante una autoridad estable apoyada en factores extraños a la esencia del régimen parlamentario y una Constitución material definida⁶⁷.

No sería pertinente abordar aquí estos asuntos. Baste con apuntar que la crítica de Schmitt conducía en parte al vacío y sin duda al naufragio, porque destacaba las perversiones del Estado legislativo-parlamentario respecto de su modelo teórico de referencia sin plantear soluciones internas al sistema. En lo concerniente a los estados de excepción, Schmitt objetó con razón abusos cometidos con base en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, especialmente la aceptación de que este autorizaba al Presidente del Reich para dictar no solo medidas de emergencia sino también decretos con fuerza de ley. Sin embargo, su concepción sobre los actos que el artículo 48 sí permitía adoptar era más corrosiva de ese modelo que la admisión de esos decretos leyes. Su estudio *Legalidad y Legitimidad* es a estos efectos particularmente ilustrativo. Allí sostiene que las medidas de emergencia ponen de manifiesto la “simple verdad jurídico-científica” conforme a la cual las “normas solo rigen para la situación normal y la normalidad de la situación que presuponen es un componente esencial jurídico-positivo de su vigencia”⁶⁸. Esta verdad suele ser ocultada, afirma, tras “fic-

⁶⁵ *Ibid.*, p. 42.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁶⁷ Carl Schmitt, “Legalität und Legitimität”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, pp. 319 ss.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 321.

ciones y nebulosidades normativistas”⁶⁹. De esta forma Schmitt se rebela ante las ficciones de corte positivista o normativista que, a su juicio, propenderían a negar la significación jurídica de la excepción, y va construyendo su propia ficción soberanista, que asume la excepción absoluta y la cubre con un barniz de juridicidad. Agamben también alude a las ficciones que rodearían esta temática. Pero ese barniz no resiste la más mínima observación, ya que las medidas, que según Schmitt no debían tener fuerza de ley, por su propia naturaleza no son ilegales aunque contraríen las leyes vigentes, ya que adquieren una justificación propia *ratione temporis ac situationis*⁷⁰, es decir, temporalmente y en atención a la situación concreta, y, además, la suspensión de derechos prevista constitucionalmente levantaría cualquier barrera respecto de su aplicación. En otras palabras, el autor rompió lanzas en defensa de la conexión inescindible entre legalidad parlamentaria y fuerza de ley en ese modelo de Estado, pero allanó el camino para la adopción de medidas de necesidad sin límite jurídico de contenido y sin que fueran posibles controles genuinos sobre la apreciación del Presidente del Reich respecto de la existencia del peligro para la seguridad y el orden público a que aludía el artículo 48 de la Constitución. En tal sentido enfatizó que, de acuerdo con el artículo 48, párrafo 2, primera frase, “el contenido de la autorización”, o poder constitucional para dictar medidas, “no está circunscrito de antemano según el estado de las cosas, sino que dependen del criterio del autorizado... el contenido de las facultades depende tan sólo de lo que el autorizado tenga por conveniente, dada la situación”⁷¹.

Schmitt señaló que el artículo 48 reflejaba la orientación propia de un Estado de Derecho, al regular las condiciones bajo las cuales un estado de excepción puede ser declarado y al prever un control parlamentario. Pero también sostuvo que, según dicho precepto, el Presidente decidía a su discreción sobre la existencia de tales condiciones⁷² y que desde el punto de vista del contenido de las medidas aquel otorgaba “una plenitud de poder irrestricto”⁷³ como signo distintivo de la soberanía. Las medidas de emergencia podían contrariar el texto constitucional, ya que Schmitt estimaba admisible un “quebrantamiento” de la Constitución en las respectivas circunstancias específicas, que dejaba de ser tal si se acudía a la segunda parte del párrafo segundo del artículo 48 y se suspendían determinados derechos, ya que entonces la disposición constitucional que hubiera sido quebrantada quedaba suspendida, temporalmente, esto es, dejaba de tener vigencia durante el tiempo de la suspensión⁷⁴. Esto implicaba que del propio concepto schmittiano de medida se derivaría su aptitud para desplazar la normativa constitucional o legal en principio aplicable, sin necesidad siquiera de suspensión alguna, lo cual se correspondería con la esencia de la “dictadura típica” (comisoria)⁷⁵ que dicho precepto habría previsto. Incluso el control parlamentario contemplado en el artículo 48 de esa Constitución resultó degradado por el autor, ya que, a su juicio, si el parlamento exigía que quedaran sin efecto determinadas medidas, estas solo serían revocadas pro futuro y el Presidente del Reich podía reeditarlas inmediatamente⁷⁶. Conforme a práctica reiterada, que Schmitt comentó y no objetó,

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2012, p. 167.

⁷² Carl Schmitt, *Legalität...*, ob. cit., p. 321

⁷³ Carl Schmitt, *Politische...*, ob. cit., p. 18

⁷⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la...*, ob. cit., p. 167; Carl Schmitt, *Legalität...*, ob. cit., pp. 323 ss.

⁷⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la...*, op. cit., p. 167.

⁷⁶ Carl Schmitt, *Legalität...*, ob. cit., pp. 321-322.

el rechazo de aquellas medidas podía dar lugar a la disolución del parlamento por decisión del Presidente del Reich, con lo cual la capacidad de respuesta de aquel frente a ese subterfugio era mínima.

El pensamiento de Schmitt refleja ciertamente la “paradoja de la soberanía” a la que se refiere Agamben: “Yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley”⁷⁷. Ambos componentes de la “paradoja” están muy lejos, sin embargo, de sostenerse jurídicamente en virtud de la evolución del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷⁸. No hay un soberano que pueda colocarse por encima de la Constitución ni se acepta facultad de órgano alguno para insertar un poder absoluto dentro del Derecho. Sigue abierto un debate sobre la naturaleza y alcance del poder constituyente, pero esta es una temática distinta, en la cual, por lo demás, las corrientes tienden a bifurcarse entre las que lo tratan como fenómeno puramente fáctico, externo o anterior al derecho, y las que propugnan su limitación jurídica.

Más allá o en conjunción con estas elaboraciones teóricas, conviene no olvidar la convergencia entre la concepción de Schmitt sobre las medidas de emergencia y su propia actuación como jurista de corte en la transición al nacionalsocialismo y en los inicios del Tercer Reich⁷⁹. Schmitt no tuvo éxito en protagonizar jurídicamente la colocación de los puentes hacia un orden distinto dirigido por los sectores tradicionales monárquicos o conservadores aliados con Hindenburg, pero sí al respaldar la ruptura abierta con el Estado legislativo-parlamentario personificada en Adolfo Hitler. Sabido es que las acciones de represión criminal del régimen hitleriano del 30 de junio de 1934 fueron defendidas por Schmitt, quien afirmó que “El *Führer* protege el derecho... en el instante de peligro... como supremo señor de los tribunales crea derecho de modo inmediato... el verdadero *Führer* siempre es también juez... él mismo constituye la más alta justicia”⁸⁰. Aquí quedaban vertidos sus planteamientos sobre la excepción y sobre la decisión, y a la vez hacía visible su pensamiento sobre el orden concreto que entonces era dominante en sus trabajos. Ya en 1933 comenzó el autor a perfilar sus ideas sobre las tres formas del pensamiento jurídico: el normativista, el decisionista y el del orden concreto, siendo este último el que, en su opinión, estaba en consonancia con la situación imperante en Alemania y ofrecía oportunidades de progreso para la ciencia jurídica⁸¹. Uno de los pilares del orden concreto de entonces era el principio del *Führer*, que Schmitt propugnaría y que acabaría eclipsando la normatividad.

Con razón se ha aseverado que el pensamiento de este autor sobre lo político, la soberanía y los estados de excepción conducían a justificar hechos criminales como los cometidos por el movimiento nazi en 1934. Rùthers resume así los postulados

⁷⁷ Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, ob. cit., p. 27.

⁷⁸ Respecto de esta evolución ver Pedro Cruz Villalón, *El Estado de excepción y la Constitución*, CEC, Madrid 1980, pp. 177; Allan Greene, *Permanent...*, ob. cit., pp. 11 y ss.; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*, 23 de junio de 1997, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/except/despouy97.html#E.%20Principio>, consultado el 10 de enero de 2021.

⁷⁹ Jesús María Casal, “El hundimiento de la Constitución y de la República de Weimar”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 160, 2020, pp. 125 ss.

⁸⁰ Artículo de Schmitt parcialmente reproducido por Bernd Rùthers, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 141.

⁸¹ Carl Schmitt, *Politische...*, ob. cit., p. 7.

sentados por Schmitt en su *Teología política*: “cualquier estado de excepción real o pretendido, hasta el más sangriento, aparece ante la conciencia pública como prueba de la soberanía...El estado de excepción es explicado como pura cuestión de poder”⁸². Este nudo poder, que muestra en toda su vulnerabilidad al *homo sacer*, en palabras de Agamben, posee una fachada jurídica quebradiza impuesta por la razón de Estado y la soberanía política de la autoridad estatal. El monopolio de la decisión última sobre la excepción corresponde al soberano y esta representa “un estado de absoluto vacío jurídico”⁸³. Aquí se aprecia también la distancia entre la visión schmittiana y el actual pensamiento constitucional, ya que, como señaló Bettermann: “también el pluralismo liberal puede verse ante situaciones límite y crisis. Pero son entendidas como excepción, no estilizadas como regla y se procede a reconducir la excepción a la regla, en lugar de desbordar las reglas con excepciones, es decir, con arbitrariedad”⁸⁴. Mientras que para Schmitt “de modo natural y por definición, el estado de excepción se sustrae a todo intento de regulación”⁸⁵.

V. EL ARTÍCULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR Y LA CUSTODIA PREVENTIVA (*SCHUTZHAFT*)

El artículo 48 de la Constitución de Weimar fue empleado desmesuradamente a partir de 1930, en la fase de los gabinetes presidenciales. La doctrina y la praxis institucional anterior a 1930 acompañaban una lectura no restrictiva del artículo 48, párrafo 2, de la Constitución. Al comienzo, sobre todo en 1920 y 1921, este precepto permitió la adopción de medidas encaminadas a restablecer la seguridad y el orden público, en sentido propio. El Presidente Ebert recurrió con frecuencia a los decretos de emergencia, a fin de proteger una República sacudida por revueltas, intentos de golpe, y acciones cruentas de diverso origen y alcance. Ya en esa fase se cometieron excesos⁸⁶ y en 1923, con motivo de la gran espiral inflacionaria y devaluación monetaria, se apeló también a dicho precepto para dictar decretos en materia económica e impositiva. Las “medidas” del artículo 48, párrafo 2, llegaron a representar decretos con fuerza de ley que abordaban asuntos diversos y que incluían sanciones penales para asegurar la observancia de sus disposiciones⁸⁷. Los abusos se vieron potenciados por la falta de adopción de la ley especial contemplada en dicho precepto (art. 48, párrafo 5). Todo esto prepararía ciertamente la ruta para una exacerbación como la iniciada en 1930, sin perjuicio de que el contexto y la voluntad político-institucional eran distintos. Otro factor que trastocó el esquema constitucional de las relaciones entre el ejecutivo y el parlamento fue la aprobación de leyes de habilitación entre 1920 y 1927, en varias ocasiones, lo cual era de discutible constitucionalidad y, más allá de ese debate, ampliaba significativamente el espectro de la normativa proveniente del poder ejecutivo.

Hitler se sirvió de esas prácticas desviadas y las sobrepasó en 1933, usando a Hindenburg y aprovechando el incendio del *Reichstag* para lograr la emisión de un

⁸² Bernd Rüthers, ob. cit., p. 136.

⁸³ *Ibid.*, p. 137.

⁸⁴ Citado por Bernd Rüthers, ob. cit., p. 137.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁸⁶ Como el uso de centros masivos de internamiento; *vid.* André Keil y Matthew Stibbe, “Schutzhaft während des Ersten Weltkriegs und in den Anfangsjahren der Weimarer Republik –Preußen und Bayern, 1914 bis 1923”, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 68, 2020, pp. 535 ss.

⁸⁷ Ver Constantino Mortati, Walter Jellinek y Ottmar Bühler, *La Constitución de Weimar, Colección Clásicos del Pensamiento* (Eloy García, Dir.), Tecnos, Madrid, 2010, p. 205.

decreto basado en el artículo 48, que suspendía, hasta nuevo aviso, todos los derechos que de acuerdo con esa Constitución eran susceptibles de serlo⁸⁸. El decreto del Presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado, del 28 de febrero de 1933, fue utilizado para convalidar la detención de Diputados y líderes comunistas o socialdemócratas, lo cual facilitó la sanción por un parlamento agónico, cercado y mutilado, de la ley de autorización o de plenos poderes del 24 de marzo de 1933, que representó la formalización de la demolición de la institucionalidad de la Constitución de Weimar. Lo novedoso de ese decreto no era que no contuviera la expresión “*Ausnahmezustand*” o que no aludiera al artículo 48 de la Constitución⁸⁹, ya que el encabezamiento del decreto se refería expresamente al artículo 48 y la calificación del decreto como estado de excepción (*Ausnahmezustand*) no era ni usual ni necesaria, pues ese era un concepto propio de la dogmática jurídica no de la Constitución de Weimar ni de la legislación. La particularidad estribaba sobre todo en que como causa del decreto se invocaba el propósito de defenderse genéricamente frente al peligro para el Estado de “actos violentos comunistas”⁹⁰. No se afirmaba que la suspensión de derechos era “provisional”, como prescribía el artículo 48, sino simplemente que regiría “hasta nuevo aviso”, pero una expresión similar había sido usada en algunos decretos del periodo precedente. Además, el decreto nacionalsocialista no aludía a las garantías aplicables en caso de privación de la libertad, como era habitual hasta entonces. Con razón estimó Bracher que el decreto del 28 de febrero de 1933, y los que luego fueron dictados con base en el mismo, si bien se apoyaban en la práctica viciada anterior, sobre todo en la de los gabinetes presidenciales, eran hasta tal punto inconstitucionales que no representaban en rigor una continuidad en el uso que se venía dando al artículo 48 de la Constitución, sino un instrumento de la captura del poder total por el nacionalsocialismo, contrario en la forma y el fondo a la Constitución de Weimar⁹¹. Marcó el inicio de una dominación política caracterizada por la “ausencia de Derecho”⁹², es decir, de limitaciones jurídicas que resguardaran los derechos del individuo. Comenzaron a practicarse detenciones carentes de las garantías propias de un Estado de Derecho; se trataba del reemplazo del Estado de Derecho por un Estado policial⁹³.

Antes de este decreto se había dado ya un paso determinante para la instauración de la dictadura. Se trataba del decreto de disolución del parlamento del 1 de febrero de 1933. Hitler exigió a Hindenburg que ordenara la disolución de un parlamento recién elegido, en noviembre de 1932, simplemente porque no quería gobernar conjuntamente con fuerzas políticas de centroderecha, sino con una mayoría clara a favor de su poder personal, y porque buscaba obtener la mayoría requerida para la aprobación de una ley de plenos poderes. La motivación del decreto de disolución traslucía nítidamente el curso hacia una dictadura plebiscitaria, pues en lugar de intentar primero formar un gobierno de base parlamentaria, de acuerdo con los resultados obtenidos, se convocaron de inmediato nuevas elecciones, que políticamente solo podían consolidar la posición de Hitler, ya designado Canciller por Hindenburg, bajo el esquema de los gabinetes presidenciales. Este decreto de disolución era ya un acto de carácter

⁸⁸ Ver historischen Dokumenten und Quellensammlung zur Geschichte Nationalsozialismus/ Dritten Reichs, en: <http://www.documentarchiv.de/ns.html>, consultado el 20 de diciembre de 2020.

⁸⁹ Agamben, *Homo sacer...*, op. cit., p. 214.

⁹⁰ Ver historischen Dokumenten und Quellensammlung zur Geschichte Nationalsozialismus/ Dritten Reichs, en: <http://www.documentarchiv.de/ns.html>, consultado el 5 de enero de 2021.

⁹¹ K. D. Bracher y otros, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Ullstein, Berlin, 1974, pp. 128 ss.

⁹² *Ibid.*, p. 133.

⁹³ *Ibid.*, p. 134.

golpista, violatorio de la letra y del espíritu de la Constitución⁹⁴, que inauguraba la nueva dominación.

Agamben nos recuerda que tal decreto permaneció en vigor hasta el final del Tercer Reich, el cual ha sido definido como una Noche de San Bartolomé que duró doce años⁹⁵. Dicho autor subraya el vínculo entre el artículo 48 de la Constitución y el establecimiento del régimen nacionalsocialista, así como de la “detención para proteger” o custodia preventiva (*Schutzhaft*) y los campos de concentración y exterminio. No obstante, cuando se dicta, a instancias de Hitler, el decreto del 28 de febrero de 1933, la República de Weimar ya había sido liquidada. Subsistía nominalmente como símbolo de un ensayo constitucional despreciado por las fuerzas tradicionales y por el populismo emergente, así como la bandera de la República, desteñida y ultrajada, a la que aludía el artículo 3 de la Constitución y que fue sustituida sin miramientos por el naciente régimen nazi el 12 de marzo de 1933. Las bases institucionales y político-sociales de aquella Constitución se habían derrumbado o, más bien, había sido defenestradas. No recibió ciertamente una supresión normativa formal o explícita. Fue lanzada por el nacionalsocialismo a la fosa común que luego albergaría a tantos seres humanos, pero sí hubo actos formales que implicaban desecharla. Baste con apuntar que la ley de plenos poderes del 24 de marzo de 1933 (Ley para remediar las necesidades del Pueblo y del Reich), autorizaba al gobierno para dictar leyes que contrariaran disposiciones constitucionales, siempre que no fueran afectados el Parlamento del Reich (*Reichstag*) o el Consejo del Reich (*Reichsrat*), ni las atribuciones del Presidente del Reich. Luego, el 30 de enero de 1934, fue adoptada la Ley sobre la Reconstrucción del Reich, que fue tramitada en los languidecientes *Reichstag* y *Reichsrat* cumpliendo con los requisitos de una ley de reforma constitucional, y que resumía en un precepto lacónico (art. 4) la magnitud de la transformación operada: “El gobierno del Reich puede establecer nuevo Derecho Constitucional”⁹⁶. Hitler reunió rápidamente la posición de máximo legislador, máximo gobernante y máximo juez⁹⁷. Pasó a ser responsable del Estado con base en una legitimación carismática.

El artículo 48 de la Constitución, por su generalidad, por la debilidad del control parlamentario que prevé y la amplia suspensión de derechos autorizada, fue una herramienta peligrosa que facilitó la orientación autoritaria sobre la cual Hitler supo apuntalar su propia hegemonía, levantada sobre las cenizas de la Constitución de Weimar. Tras el ascenso de Hitler al poder se fraguó un orden político que prescindió por completo de la idea de una Constitución normativa. El artículo 48 de la Constitución fue útil para dar un revestimiento legal a las acciones cruentas y despiadadas de los primeros meses de 1933, pero la suspensión de derechos prevista en ese precepto no era indispensable para un régimen que no reconocía derechos fundamentales. El propio concepto de medida de Schmitt, que se hace apreciable en su defensa de los hechos criminales de junio de 1934, hacía innecesaria esa suspensión.

Es pertinente volver ahora a la comparación del Tercer Reich con la Noche de San Bartolomé. La Noche de San Bartolomé fueron jornadas cruentas, demostrativas de la barbarie más despiadada, como lo fue el Tercer Reich. Este no fue propiamente un estado de excepción que se prolongó, ya que lo que se hizo desde febrero de 1933 no hubiera sido admisible bajo una Constitución de Weimar que conservara fuerza

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 86-87.

⁹⁵ Giorgio Agamben, *Homo sacer...*, ob. cit., p. 214.

⁹⁶ Gesetz über den Neuaufbau des Reichs, en: documentArchiv.de, <http://www.documentarchiv.de/ns/neu-reich.html>, consultado el 16 de enero de 2021.

⁹⁷ Franz Neumann, *Behemoth*, Europäische Verlagsanstalt, Köln, 1977. p. 115.

normativa. Los asesinatos u otros modos de persecución contra adversarios políticos no conocían restricciones normativas de ninguna clase. Para explicar esa situación se ha señalado que la excepción se convierte en regla⁹⁸, lo cual ilustra ya cómo se estaba fuera del orden normativo. Las medidas adoptadas en 1933-1934 y en años posteriores respondían ya a otra lógica, en la cual las acciones que se estimaba que habían sido realizadas en defensa del Tercer Reich estaban justificadas, más allá de consideraciones legales. No se trataba simplemente de una excepción extendida, sino de una reconfiguración de las pautas bajo las cuales era lícito el ejercicio del poder. Ejemplo de ello fue la posición de Göring, Ministro del Interior de Prusia, ante la emisión del decreto de emergencia del 28 de febrero de 1933: mis “medidas” no van a palidecer ante “reparos jurídicos” o ante la burocracia; no estoy llamado a “practicar la justicia” sino a “destruir y exterminar”; en una resolución que adoptó el 3 de marzo de 1933 ordenó la “erradicación sin contemplaciones de la fuente de peligro comunista”⁹⁹. No se estaba simplemente en presencia de la suspensión de determinados derechos, sino de la negación del Derecho mismo. Como ha destacado Neumann, el régimen nazi se caracterizaba por ser un No-Estado, con un No-Derecho¹⁰⁰, por su distancia respecto de las categorías del pensamiento moderno. Un poder despótico, caótico y a la vez capaz de alinearse, a partir de ciertos fines y de la figura del *Führer*. No era tanto la excepción ya conocida que ahora pasaba a ser regla, sino una manifestación distinta de dominación y opresión. El carácter totalitario y no simplemente autoritario del régimen impuesto por Hitler es expresión de esa degeneración sustancial.

El decreto de emergencia del 28 de febrero de 1933, en sí mismo violatorio de la Constitución y que formalizaba la imposición de un “Estado antijurídico” (*Unrechtsstaat*) por el nacionalsocialismo¹⁰¹, fue utilizado para encarcelar o eliminar a adversarios políticos, así como para prohibir las actividades de propaganda o movilización política de los partidos de izquierda de cara a las elecciones parlamentarias del 5 de marzo de 1933, convocadas a causa de la fraudulenta disolución del parlamento del 1 de febrero de ese año. Todo ello facilitó la aprobación de la ley de plenos poderes el 23 de marzo de 1933, por un parlamento renovado en circunstancias tan singulares, caracterizadas por el ventajismo y la discriminación. Esto junto al clima y medidas de intimidación y a las manipulaciones normativas que rodearon la sesión respectiva. Los Diputados comunistas y una parte de los socialdemócratas estaban detenidos o habían tenido que huir del país ante la violencia desatada en su contra, y se presumía una posible estrategia de la menguada oposición y de grupos indecisos de no comparecer a fin de impedir que fuera alcanzada la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes del parlamento requerida para la validez de la sesión en que se consideraría la aprobación de la ley de plenos poderes. De allí que la mayoría nacionalsocialista resolviera modificar el reglamento de funcionamiento para suprimir los escaños ocupados por comunistas y establecer, en cuanto a los restantes, que, ante ausencias que no estuvieran motivadas en vacaciones o en seria enfermedad, el Presidente del *Reichstag* podía acordar la exclusión temporal del Diputado correspondiente y que, en tal caso, se entendía que este estaba presente a los efectos del quorum¹⁰². Para la aprobación de la ley bastaba con las dos terceras partes de los presentes.

⁹⁸ Giorgio Agamben, *Homo sacer...*, ob. cit., p. 215; también afirma que: “El estado de excepción deja así de referirse a una situación exterior y provisional de peligro real y tiende a confundirse con la propia norma”; *ibid.*, p. 214.

⁹⁹ Werner Frotsher y Bodo Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, Beck, München, 2018, p. 307

¹⁰⁰ Franz Neumann, ob. cit., pp. 25 ss.

¹⁰¹ K. D. Bracher y otros, ob. cit., p. 132.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 223-224.

Gracias a la ley de plenos poderes, que no solo era inconstitucional sino representaba un golpe de Estado¹⁰³, el gobierno concentró potestades ejecutivas y legislativas y el parlamento cayó en su definitivo ocaso, lo que se hace palpable al considerar que durante el nacionalsocialismo fueron adoptadas 993 leyes, de las cuales solo 8 fueron dictadas por el parlamento¹⁰⁴. Todo esto formaba parte del dominio de la arbitrariedad que desde el comienzo distinguió al régimen de Hitler¹⁰⁵. Su poder “es ilimitado de acuerdo con la ley y la Constitución”; lo cual escapaba a toda explicación jurídico-racional porque “un concepto que no tiene límites no puede ser definido racionalmente”¹⁰⁶. Este poder absoluto de mando personificado suponía una transformación radical en la concepción sobre el derecho.

Es importante tener presentes los estudios referidos a la visión del derecho y de las fuentes del derecho durante el nacionalsocialismo. El orden jurídico estaba entonces dominado por dos principios: el principio autoritario o principio del *Führer*, y el principio de la concepción del mundo popular o nacional (*völkisch*) como paradigma ideológico para la interpretación. El Estado nacionalsocialista no quería ser una simple dictadura personal, sino aspiraba conjugar el principio del *Führer*, como manifestación de mando y clarividencia, con un “orden vital de la comunidad popular”, como canon hermenéutico pretendidamente objetivo, aunque en caso de duda debía prevalecer el primero¹⁰⁷. Schmitt identificó nitidamente las nuevas coordenadas: “Cada interpretación tiene que ser una interpretación en el sentido del nacionalsocialismo”¹⁰⁸. La voluntad del *Führer*, por su liderazgo carismático y su capacidad para reconocer y encarnar el espíritu popular, debía hacerse valer. La aberración era de tal magnitud que es posible observar en el propio pensamiento de Schmitt una (mayor) degeneración. Schmitt había criticado ya la concepción positivista o normativista del Derecho y el pluralismo del liberalismo, y había optado por posiciones decisionistas, pero solo cuando terminó de perfilar su teoría sobre las tres formas del pensamiento jurídico, que ya había fraguado en 1933, halló el acomodo dogmático perfecto para la legitimidad emergente, que era irreconciliable con el pensamiento clásico del Estado de Derecho.

Una de las manifestaciones prácticas de esa aberración de las ideas reinantes fue la utilización de la *Schutzhaft* para camuflar detenciones de índole político-policial adoptadas desde 1933. Agamben alude a esta figura como la “base jurídica” de los campos de concentración y sitúa su antecedente normativo, como instrumento del estado de excepción, en la Ley prusiana sobre la protección de la libertad personal de 1850 y en la Ley prusiana del 4 de junio de 1851 sobre el estado de sitio¹⁰⁹. La *Schutzhaft* tenía en realidad una doble vertiente. De acuerdo con la Ley prusiana sobre la protección de la libertad personal, de 1850, era una medida del derecho de policía, aplicable preventivamente para proteger a una persona de sus propios actos, ante casos de embriaguez, padecimiento mental u otros análogos, o para amparar la seguridad y el orden público. Era una herramienta policial preventiva porque buscaba evitar que se consumara el hecho lesivo de los derechos de esa persona o de la seguridad y el orden público y no tenía por fin una investigación y persecución penal. Se

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 213 ss.

¹⁰⁴ Werner Frottscher y Bodo Pieroth, ob. cit., p. 308.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 309.

¹⁰⁶ Franz Neumann, ob. cit., p. 116.

¹⁰⁷ Jan Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktaturen: Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, Beck, München, 2016, pp. 17 ss.

¹⁰⁸ Citado por Ernst Rùthers, ob. cit., p. 63

¹⁰⁹ Giorgio Agamben, *Homo sacer...*, ob. cit., p. 212.

trataba de una privación de libertad en sede policial que no podía extenderse más allá del día siguiente al de la detención, a menos que hubiera un motivo legal para su prolongación y una autoridad judicial lo ordenara. Esta figura se generalizó en Alemania y algunas leyes de policía de los Estados (*Länder*) la conservaron incluso tras la aprobación de la Ley Fundamental de 1949. En paralelo a ella se introdujo una *Schutzhaft* reservada para los estados de sitio o de guerra, frente a peligros para la seguridad del Estado, a partir de la Ley prusiana mencionada, de 1851. Esta no estaba en manos de la policía ordinaria sino de autoridades militares, a las cuales se traspasaba el poder ejecutivo durante el estado de excepción, y estaba sujeta a otras regulaciones, pero era igualmente extraña al procedimiento penal. Fue empleada con frecuencia durante la Primera Guerra Mundial, lo cual llevó a que se exigiera una normativa específica y la fijación de límites a su aplicación. Por eso se aprobó, el 4 de diciembre de 1916, una ley sobre la detención o restricción de la movilidad con motivo del estado de sitio o de guerra. Al día siguiente al de la detención, el detenido debía ser conducido ante un juez y debía dársele la oportunidad de formular objeciones contra la privación de libertad, la cual, si era ratificada, podía durar hasta tres meses, con posibilidad de prolongación, previo examen por el tribunal militar competente de la existencia de razones suficientes para ello¹¹⁰.

Tras la revolución de noviembre de 1918 y la proclamación de la República, esta atravesaría por un prolongado periodo de inestabilidad ligada a acciones violentas de diversa procedencia, lo cual daría lugar a que siguiera aplicándose la *Schutzhaft* bajo los parámetros preexistentes, pese a la finalización de la guerra, ahora con base en el artículo 48 de la Constitución y contra insurrecciones o alteraciones de la paz pública de origen interno. En 1920, el Presidente del Reich sustrajo a las autoridades militares las competencias primarias para ordenar esas detenciones y creó una comisión de civiles con la competencia de revisión que antes se atribuía a un tribunal militar, entre otras modificaciones, pero no cesó el uso de esta medida. Se estima que hasta finales de 1923 se utilizó recurrentemente ese instrumento. Se produjeron excesos y en algunos casos se practicaron detenciones masivas y se establecieron centros especiales de internamiento, los cuales, junto a algunos centros de internamientos de extranjeros, han sido considerados antecedentes de los campos de concentración nacionalsocialistas¹¹¹.

Con todo, al momento de determinar la existencia de líneas de continuidad entre esa *Schutzhaft* y esos centros de internamiento, por un lado, y los campos de concentración nazis, por otro lado, el asunto se torna complejo. En lo cuantitativo, entre marzo y abril de 1933 fueron internadas entre 40.000 y 50.000 personas, lo cual es un número muy superior al de quienes fueron detenidos bajo esa figura durante la Primera Guerra Mundial y durante la República de Weimar¹¹². Hasta el otoño de 1933 100.000 personas habían sido sometidas a esta medida¹¹³. En lo cualitativo, hay importantes diferencias. Las medidas de *Schutzhaft* practicadas entre finales de 1918 y 1921 o incluso las de 1923 han sido calificadas como una prolongación de la crisis de la postguerra y estaban rodeadas de un marco institucional de Estado de Derecho que favorecía los contrapesos y límites¹¹⁴. Eran por definición temporales y no respon-

¹¹⁰ Franz Schulze-Berge, *Die Schutzhaft*, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1918, pp. 4 ss.

¹¹¹ André Keil y Matthew Stibbe, ob. cit., pp. 535 ss.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Werner Frotscher y Bodo Pieroth, ob. cit., p. 307.

¹¹⁴ Dietfrid Krause-Vilmar, "Schutzhaft und Konzentrationslager im Regierungsbezirk Kassel 1933", en Wolfgang Form y otros, *NS-Justiz in Hessen*, Historische Kommission für Hessen, Marburg, 2005, p. 214. Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, ob. cit., p. 112.

dían a políticas generales de eliminación de adversarios políticos de la vida pública ni de discriminación y erradicación por motivos raciales. Las personas afectadas tenían además derecho a una revisión jurisdiccional de las medidas adoptadas. Entre 1914 y 1923 hubo demostraciones de exclusión respecto de determinados grupos sociales marginados que anticiparon lo que se desataría al atizar esas pasiones con el mensaje segregador del nacionalsocialismo, y el clima de violencia que caracterizó los primeros años de la República exacerbó la pugnacidad, pero esto no es comparable con lo que vendría. Por otro lado, a partir de 1924 y hasta enero de 1933 la *Schutzhaft* casi no fue aplicada¹¹⁵.

Mientras que con el nacionalsocialismo la *Schutzhaft* pasó a ser una herramienta de la policía secreta (las SS y la Gestapo) destinada a aniquilar a los considerados enemigos políticos y a someterlos a tratamientos degradantes. Se perfiló como una actuación fáctica desprovista de garantías y de control judicial, una medida arbitraria carente de juridicidad y que tampoco se esforzaba en tenerla. Se colocaba al margen del derecho penal y de las reglas del proceso penal, así como de la organización y reglas penitenciarias, ya que era un instrumento confiado al arbitrio de las SS y de sus estructuras policiales¹¹⁶. Más aún, era usada a menudo para eludir órdenes de excarcelación emitidas por la jurisdicción ordinaria¹¹⁷. Era un componente del Estado policial implantado, lo que implicó la supresión de las garantías de defensa y revisión judicial que hasta entonces se habían respetado¹¹⁸. Los campos de concentración pasaron a ser además centros de exterminio, que no eran expresión de ningún estado de excepción jurídico-constitucional, sino de una barbarie desnuda que pretendía hallar justificación en ciertos postulados ideológicos combinados con desviaciones primitivas.

El propio Agamben señala que el Tercer Reich se distinguió por la “confusión entre la excepción y la regla”¹¹⁹ y que según “las nuevas concepciones de los juristas nacionalsocialistas (en primera línea entre ellos Carl Schmitt) que indicaban como fuente primaria e inmediata del derecho el mandato del *Führer*, la *Schutzhaft* no tenía por lo demás necesidad alguna de un fundamento jurídico en las instituciones y en las leyes vigentes...”¹²⁰. Para este autor, ello “inaugura un nuevo paradigma jurídico-político, en el que la norma se hace indiscernible de la excepción. El campo es, así pues, la estructura en que el estado de excepción, sobre la decisión de implantar el cual se funda el poder soberano, se realiza normalmente”¹²¹. Aunque, como dije, esa normalidad del campo de concentración y exterminio no es la rutinización, prolongación o expansión de prácticas preexistentes durante un estado de excepción constitucional, sino un totalitarismo que se rebela ante los conceptos y realidades anteriores, un cambio cualitativo.

VI. DE LA EXCEPCIÓN INDÓMITA A LOS AGUJEROS GRISES EN EL CONTROL DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA

Al considerar la evolución del Derecho en el tratamiento de los estados de emergencia se observa que contemporáneamente las situaciones extraordinarias no son

¹¹⁵ André Keil y Matthew Stibbe, ob. cit., pp. 535 ss.

¹¹⁶ Werner Frotscher y Bodo Pieroth, ob. cit., pp. 339 ss.

¹¹⁷ *Ídem*.

¹¹⁸ Dietfrid Krause-Vilmar, ob. cit., p. 213.

¹¹⁹ Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, ob. cit., p. 112.

¹²⁰ Giorgio Agamben, *Homo sacer...*, ob. cit., p. 215.

¹²¹ *Ibid.*, p. 216.

concebidas como excepciones al Derecho que él mismo autoriza ni como simples manifestaciones de la fuerza normativa de lo fáctico, sino como momentos especiales pero sometidos a la juridicidad. Esto no implica que deba existir un régimen constitucional sobre los poderes de emergencia, pues hay ordenamientos que evitan tal regulación y prefieren reservarla a la legislación, previa o coetánea a las circunstancias excepcionales, mientras que algunos autores propugnan la ausencia de base normativa previa para medidas exorbitantes, cuya justificación habría que evaluar y declarar *ex post facto*¹²².

Con o sin un estado de excepción constitucional, mayoritariamente se estima que los poderes de emergencia deben estar sometidos a controles efectivos. Junto a la participación del parlamento en la adopción de la decisión correspondiente, vía control parlamentario o mediante la toma de la determinación respectiva a solicitud del Ejecutivo, el control judicial tiene una especial significación. En tal sentido, es importante destacar las contribuciones dirigidas a exigir una amplia revisión judicial sobre la declaratoria de un estado de emergencia, que abarque la verificación de las condiciones que normativamente la justifican, a lo cual se suma el control sobre cada una de las medidas extraordinarias. Este control sería esencial para superar la visión schmittiana sobre los estados de excepción y para evitar que estos se conviertan en permanentes¹²³.

A fin de lograr esa contención efectiva de los poderes de crisis resulta indispensable que este control judicial no sea puramente formal o aparente, es decir, es preciso que los jueces no asuman posturas meramente deferenciales, en las que se limiten a reconocer el ámbito de decisión del ejecutivo o de la instancia política en relación con la emergencia, sin entrar en una evaluación propia sobre la fundamentación del estado de excepción y sobre la justificación de las medidas adoptadas. Este tipo de actuación judicial, que se corresponde con los que han sido denominados agujeros grises en el control jurídico de la emergencia, puede ser muy dañina para el Estado de Derecho, más incluso que la ausencia de un examen judicial¹²⁴, porque aquel ofrece un manto de legitimidad o licitud a actos que pueden ser desproporcionados o completamente injustificados, mientras que la inexistencia de un pronunciamiento judicial sobre el asunto puede dejar mayor apertura a otros espacios institucionales de control y al debate público.

Más allá de esta categoría se sitúa la de los llamados agujeros negros, en los cuales el orden jurídico, a veces con base en texto legal expreso como ha ocurrido en sistemas de *common law* como el británico, excluye ciertos asuntos de la revisión judicial de licitud, por razones de seguridad de Estado u otras afines. Un caso conocido de agujero negro ha sido el de Guantánamo como centro de internamiento de personas vagamente sospechosas de terrorismo, que jurídicamente han sido colocadas en una tierra de nadie, en la cual no se estimaba aplicable ni el Derecho Internacional Humanitario ni los derechos humanos o constitucionales, lo que luego sufrió una parcial rectificación por vía jurisprudencial¹²⁵.

Todos estos son restos de un abordaje de la situación de emergencia en el que el derecho se rinde ante la excepción, lo cual está siendo contrarrestado por la doctrina jurídica y por la jurisprudencia constitucional e internacional, con diversos énfasis. A esta orientación defensora de un genuino control judicial responden las tempranas

¹²² Ver Allan Greene, *Permanent...*, ob. cit., pp. 161 ss.

¹²³ *Ibid.*, pp. 65 y ss.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 127 y ss.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 99 y ss.

opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a la vigencia del amparo, el habeas corpus y otras garantías judiciales durante los estados de emergencia, así como los criterios sostenidos por el Comité de Derechos Humanos previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En la esfera constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y recientes sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana reflejan los avances del Estado de Derecho en la sujeción de la emergencia, que no es aceptada como una fuerza autónoma surgida de la necesidad y resistente a restricciones normativas, sino queda reducida a un supuesto de hecho dominado por la juridicidad¹²⁶.

Lo expuesto no implica que no puedan reconocerse márgenes de apreciación en cabeza de las instancias políticas competentes para declarar un estado de excepción y definir las disposiciones requeridas a fin de hacer frente a las circunstancias extraordinarias. Se trata de que subsista un tipo de revisión judicial representativa de una limitación o contención de los poderes excepcionales. Esta es la tendencia preponderante en los Estados constitucionales de Derecho en la conceptualización, aplicación y control de las facultades extraordinarias vinculadas a estados de emergencia.

VII. ¿UNA ZONA DE INDISTINCIÓN ENTRE EL SER Y EL DEBER SER DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN?

Según Agamben el estado de excepción es un umbral de indiferencia entre anomia y derecho. Se trataría de una ficción que vincula la norma y la anomia: “la ley se aplica al caos y a la vida sólo al precio de convertirse ella misma, durante el estado de excepción, en vida y caos viviente”¹²⁷. Este sería el momento de una *auctoritas* que puede suspender la *potestas* y cuya “función específica” sería la “suspensión del derecho”¹²⁸, de modo que: “Ella es lo que queda del derecho cuando se suspende integralmente el derecho”¹²⁹. Esta ficción, que llevaría a creer que la violencia incluso desmedida está justificada por el derecho, debería ser desenmascarada para luego romper esa soldadura entre derecho y política. Del estado de excepción efectivo y permanente en que vivimos no sería posible salir mediante un “regreso al estado de derecho”, ya que los conceptos de estado y de derecho estarían en cuestión¹³⁰. La salida estaría más bien en el retorno a la política:

La política ha sufrido un eclipse perdurable porque se ha contaminado con el derecho... En cambio, verdaderamente política es sólo aquella acción que corta el nexo entre violencia y derecho. Y solamente a partir del espacio que así se abre será posible instalar la pregunta por un eventual uso del derecho posterior a la desactivación del dispositivo que lo ligaba a la vida en el estado de excepción¹³¹.

En consonancia con lo ya expresado, estimo que Agamben intenta sacar a la luz una ficción que en buena medida no se corresponde con el actual tratamiento jurídico de los estados de excepción. Su posición sería certera si la tesis de Schmitt sobre los estados de excepción hubiera prevalecido. Ante la eventual observación de que, si bien la visión schmittiana habría sido rechazada por el pensamiento jurídico con-

¹²⁶ Ver Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, ob. cit., pp. 11 ss.

¹²⁷ Giorgio Agamben, *Estado de excepción...*, ob. cit., p. 136

¹²⁸ *Ibid.*, p. 146

¹²⁹ *Ídem.*

¹³⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 157-158.

temporáneo, seguiría dominándolo en sus fundamentos y en la praxis de los Estados, habría que contestar que lo primero contrasta con la evolución del Derecho Constitucional, en su dimensión doctrinal y jurisprudencial, y lo segundo es una apelación al dato fáctico, que es relevante pero debe ser reconocida como tal. La aproximación de Agamben a los estados de excepción tiende a crear una zona de indistinción entre ser y deber ser, entre desviaciones aberrantes y exigencias jurídicas que no debe pasar inadvertida. Si los estados de excepción comprenden indistintamente las privaciones de libertad en Guantánamo, los decretos de necesidad, los decretos-leyes, las medidas de *Schutzhaft* aplicadas entre 1914 y 1923 y las impuestas en 1933, los centros temporales de internamiento y los campos de concentración y exterminio, y el abandono a su suerte de solicitantes de refugio y otras realidades similares, se parte de una indiferenciación que puede enturbiar el análisis jurídico. Una cosa es que la concepción jurídica o la regulación sobre los estados de excepción haya podido facilitar situaciones como las mencionadas, lo cual debe ser considerado por los juristas y conducir a las rectificaciones que correspondan, pero algo distinto es que, de entrada, en el punto de partida conceptual, exista una completa indiferenciación entre normativa constitucional y violación flagrante de la Constitución, entre estado de emergencia y nudo poder.

Sin perjuicio de estas reservas, Agamben ha sabido desentrañar luminosamente tensiones, contradicciones y ficciones que han rodeado la conceptualización y justificación de los estados de excepción. Ejemplo paradigmático de ello era la *Riot Act* inglesa de 1714, en virtud de la cual las fuerzas de seguridad podían reprimir tumultos u otras alteraciones del orden público después de haber exigido infructuosamente a los participantes la disolución de la protesta. Los agentes debían leer una proclama a los manifestantes en la cual los conminaran a disolverse y les advirtieran acerca de las penas aplicables en caso de incumplimiento. Trascurrida una hora sin que la orden hubiera sido acatada, se consideraba que los causantes del tumulto habían incurrido en traición y la concentración o protesta podía ser reprimida mediante el uso de armas, sin que pudiera requerirse la responsabilidad de los agentes por las consecuencias de sus actos. Esto implicaba dejar de lado los principios del *common law*, según los cuales siempre podía reclamarse la responsabilidad de los funcionarios que incurrieran en excesos en el control de protestas¹³². Esta dualidad puede ser explicada con las categorías de Agamben, ya que aquí el estado de excepción, representado por la *Riot Act*, implicaba una proclama que anunciaba u oficializaba la inminencia de una situación en la que la violencia podía ejercerse discrecionalmente, esto es, del “umbral de indecidibilidad en el cual *ius* y *factum* se confunden el uno con el otro”¹³³. Vencido el plazo indicado en la ley, quienes persistieran en la alteración del orden pasaban a ser traidores y eran degradados a la condición de *homo sacer*, cuya vida quedaba en manos de las autoridades públicas. Esta visión de los estados de excepción siguió estando presente en muchas otras figuras, incluyendo la suspensión de derechos o garantías, y no puede decirse que haya desaparecido del todo ni cabe negar que bajo su estela han sido cometidas muchas arbitrariedades. Pero en el análisis del tema debe también registrarse la evolución del Derecho en el tratamiento de las circunstancias de emergencia. Conviene además reflexionar un poco más sobre las rutas de superación de los tradicionales *arcana* y otros mitos o ficciones emparentados con los estados de excepción.

¹³² Jesús María Casal, *Dictadura constitucional...*, ob. cit., p. 31.

¹³³ Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, ob. cit., p. 67.

VIII. EL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO REFERENCIAS BÁSICAS PARA LA CONTENCIÓN DE LOS ABUSOS VINCULADOS A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Según el texto citado de Agamben, la salida de la ficción creada por los estados de excepción, con las consecuencias conocidas, no puede lograrse mediante un retorno al Estado de Derecho sino a través de la política. Esta se habría “contaminado con el derecho”¹³⁴, lo cual debería ser superado en virtud de la reivindicación del valor propio de la política. Resulta muy discutible que la nuda política, su despliegue irrestricto, ofrezca una solución ante los excesos que los regímenes de excepción pueden suscitar, dado que aquella fue la que doblegó la fuerza del Derecho en la transición al absolutismo. La concepción y la praxis de la soberanía y de la razón de Estado que secundó la consolidación de las monarquías absolutistas logró apropiarse del orden jurídico y lo puso al servicio de una dominación que encontró en el estado de excepción su manifestación descollante.

Los progresos del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la domesticación o sometimiento jurídico de los poderes de emergencia deben profundizarse, con las rectificaciones que correspondan, lo cual supone seguir trabajando con las herramientas que el Derecho proporciona para evitar las violaciones a derechos humanos, la concentración de poder y otros desafueros asociados a situaciones y medidas de emergencia. El Estado de Derecho y los derechos humanos han de ser la piedra angular de este empeño en ceñir los poderes estatales en momentos extraordinarios. La ficción de juridicidad muchas veces creada por estados de excepción debe ser eliminada principalmente mediante el Derecho, uno que debe limitar, no contaminar, la política. En contra de lo afirmado por Agamben, los derechos humanos no se han hecho anticuados a causa del declive del Estado-nación. Es verdad que la idea de los derechos naturales halló concreción histórica en procesos nacionales y en conexión con ellos, pero dicha idea llevaba en su seno también la de la existencia de una naturaleza humana y de un paradigma racional o abstracto que sobrepasaba al marco nacional de su gestación o al menos entraba desde el inicio en tensión con él. Tras la Segunda Guerra Mundial se levantó toda una institucionalidad y juridicidad cimentada en la premisa de que el espacio nacional era insuficiente para la garantía de los derechos humanos y de que si estos eran dejados a la pura competencia doméstica podían perpetrarse graves crímenes.

Entramos entonces en la fase de la internacionalización de los derechos inherentes al ser humano, que no solo no dependen del Estado-nación, sino que presuponen y generan ellos mismos la superación de la concepción tradicional de la soberanía nacional. De allí que la Declaración Universal de Derechos Humanos recuerde en su Preámbulo que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. La vulnerabilidad a la que se ven expuestos muchos solicitantes de refugio que son tratados como *homo sacer*, a la que dicho autor se refiere, es una violación manifiesta de derechos humanos, no una confirmación de que estos deban considerarse ya obsoletos. El Derecho Internacional ofrece diversas vertientes de protección de los derechos de los migrantes, de las víctimas de desplazamientos forzados y de solicitantes de asilo o refugio, en las cuales se han intensificado los esfuerzos de la comunidad internacional en las últimas décadas, lo que se ha reflejado en instrumentos y jurisprudencia internacional y nacional. Queda ciertamente mucho por hacer para salvaguardar la dignidad de las personas en medio

¹³⁴ *Ibid.*, p. 157.

de los flujos migratorios. Sin embargo, ello no se logrará mediante el abandono o sustitución de los derechos humanos como principios supuestamente vetustos, sino mediante la vigorización y profundización de las exigencias que de ellos mismos dimanar. La progresividad de los derechos humanos, que fue cabalmente estudiada por Pedro Nikken, está demostrando ser decisiva en este campo. Ella rige, como él reiteró poco después de la promulgación de la Constitución de 1999, “tanto en lo que toca al número y contenido de los derechos humanos, como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de la actuación de las instituciones internacionales de protección”¹³⁵. Muestra del desarrollo de los criterios internacionales en la materia es la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos sobre los *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección internacional*¹³⁶. Durante la pandemia dicha Corte ha sido consecuente con su jurisprudencia al otorgar medidas provisionales en las que exige al Estado de Panamá que adopte todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca en la Provincia de Darién, con una serie de requerimientos específicos orientados a evitar el hacinamiento en tales centros de internamiento de migrantes, sin infringir la prohibición de devolución y otras garantías internacionales aplicables, y a asegurar que se establezcan protocolos sanitarios para la prevención de contagios por COVID-19 y que se suministren los correspondientes medios de protección de la salud. Estas medidas han sido atendidas por las autoridades panameñas¹³⁷. La realidad puede contrastar muchas veces con estos postulados y la misma progresividad reclama, según subrayó Nikken, una mayor eficacia en la garantía de los derechos, pero conviene, como apunté, no crear una zona de indistinción entre el ser y el deber ser de las cosas para formular a partir de allí determinadas propuestas de reconceptualización.

¹³⁵ Pedro Nikken, “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, en Valera de, Irene (Coord.), *La Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, p. 340.

¹³⁶ Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf, consultada el 3 de febrero de 2021.

¹³⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de julio de 2020, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_02.pdf, consultada el 7 de febrero de 2021.

LAS CONSTITUCIONES DE LA INDEPENDENCIA VENEZOLANA (1811-1830)

Gerardo Fernández V.*

SUMARIO

I. Aspectos históricos que determinan el proceso de formación del estado venezolano. 1. En el ámbito interno: Independencia y guerra. A. La declaración de la independencia. B. El Congreso de Angostura y la Constitución del año 1819. C. La Gran Colombia y la ruptura de la Unión. 2. Los aportes de las grandes revoluciones. A. La Revolución Francesa y las herramientas contra el absolutismo: carta de derechos y separación de poderes. B. La revolución norteamericana: El presidencialismo y el federalismo. II. Bases fundamentales de las Constituciones Venezolanas de 1811 a 1830. 1. Instituciones fundamentales del constitucionalismo de la independencia. A. Los derechos ciudadanos. B. La estructura y organización del poder. C. Los mecanismos de relación entre los órganos del poder. 2. Aporte de las constituciones de la época de la independencia al sistema constitucional venezolano. A. Constituciones de guerra; el debate sobre el estado federal o estado unitario y; el presidencialismo atenuado.

*Este trabajo se publica con ocasión
del libro homenaje a mi amigo Pedro Nikken,
hombre sabio, bueno, digno, honesto
y merecedor de todos los elogios
que se le pueden hacer a un ser humano.
Honor a su vida. Su huella queda entre nosotros.*

I. ASPECTOS HISTÓRICOS QUE DETERMINAN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

1. En el ámbito interno: Independencia y guerr.

A. La declaración de la independencia

La formación del estado venezolano y, por ende, las constituciones venezolanas de 1811, 1819, 1821 y 1830 están influenciados y marcados por acontecimientos históricos, tales como la declaración de la independencia de la Corona de España; la guerra independentista; la influencia del líder militar y político de la independen-

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

cia, el Libertador Simón Bolívar, a través de sus proclamas, discursos y documentos históricos; el Congreso de Angostura de 1819 y; la unión Gran Colombiana con su ruptura en 1830.

La Capitanía General de Venezuela, hoy Venezuela, es producto de la reorganización de provincias autónomas que ordena, mediante Cédulas Reales, el Monarca Español entre 1776 y 1793. Las provincias de Margarita, Venezuela, Guayana, Nueva Andalucía, Trinidad y Mérida-Maracaibo, hasta ese momento y por más de doscientos cincuenta años anteriores, constituían unidades político-administrativas independientes.

Mediante las Reales Cédulas de Intendencia de Ejército y Real Hacienda de 8 de diciembre de 1176; de Unificación de la Capitanía General de Venezuela de 8 de septiembre de 1777; de Creación de la Audiencia de Caracas de 6 de julio de 1786; de Erección del Consulado de Caracas de 3 de junio de 1793 y; de Erección del Arzobispado de Caracas, se pretende,

1) Lograr un mejor arreglo en materia de ingresos y gastos de la Real Hacienda y de los asuntos de guerra, mediante la creación de la Intendencia de Ejército y Real Hacienda con sede en Caracas; 2) Crear autoridad superior jerarquía a quien deban subordinación los gobernadores y capitanes generales de las restantes provincias antes señaladas, y en consecuencia, obedezcan “como a su Capitán General, al que hoy es y en adelante lo fuere de la Provincia de Venezuela, y cumplan las órdenes que en asuntos de mi Real Servicio les comunicare en todo lo gubernativo y militar”, y por ello garantizar la seguridad; 3) Procurar un mejor arreglo de la administración de justicia residenciándola en Caracas, y por esta medida cortar los graves perjuicios y dispendios que se originan a los habitantes de las Provincias comprendidas en la Capitanía General de Caracas, de recurrir por apelación, en sus negocios, a la Audiencia Pretorial de Santo Domingo y; 4) Atender los requerimientos de protección y fomento del comercio en todos sus ramos, así como los casos de administración de justicia en los pleitos mercantiles, de manera breve y sumaria. Posteriormente, en 1804, se complementa la integración de los asuntos temporales con la reordenación de la administración y gobierno de los asuntos religiosos con la creación del Arzobispo de Caracas, al instituir con el título y dignidad de Arzobispo y Metropolitano al Ordinario de Caracas como a su iglesia e instruye a los obispados de Mérida de Maracaibo y de Guayana, para que desde ahora en adelante sean sufragáneas del Arzobispado de Caracas¹.

De esta manera y en virtud de las Cédulas Reales antes señaladas, queda formalmente constituida la Provincia de Venezuela, con su capital Caracas, pasando a constituir “el eje gubernativo de lo político, militar, fiscal, jurídico, mercantil y religioso de un conjunto de provincias que habían permanecido separadas”².

Son precisamente estas provincias, originarias algunas o reordenadas otras, pero siempre en ese mismo espacio geográfico, a excepción de Trinidad que fue ocupada por Inglaterra en 1797, las que comienzan un proceso de separación de la Corona Española. Así, entre el 19 de abril de 1810 y el 5 de julio de 1811, se producen en Caracas acontecimientos de orden político que nos llevan a la declaratoria de la independencia de Venezuela de España. En tal sentido, “lo que irrumpe el 19 de abril de 1810, fue un movimiento revolucionario que se venía incoando desde el siglo XVIII, que buscaba la ruptura con el orden establecido, y aunque se escondía entre las protestas de fidelidad del Monarca Fernando VII, no se explicó en aquel momento para no crear alarma entre los pueblos”³.

¹ Rafael Fernández Heres, “Formación del Estado Venezolano”, en: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, Tomo LXXXVI, Caracas, enero-febrero-marzo de 2003, N° 341, p. 33.

² *Ídem*.

³ *Ibid.*, p. 35.

Los acontecimientos de protesta del 19 de abril de 1810 eran un llamado a la independencia de la Capitanía General de Venezuela, escondido en una protesta por la invasión de los franceses a la península ibérica y el cautiverio de Fernando VII, Rey de España. El cuestionamiento del 19 de abril de 1810 llevado a cabo en Caracas condujo al Ayuntamiento de la ciudad a la designación de nuevas autoridades, deponiendo las autoridades españolas y designando la Junta Suprema Conservadora de los derechos de Fernando VII. A este pronunciamiento se empiezan a adherir las provincias que conforman la Capitanía General de Venezuela, luego de lo cual, se convocó a elecciones para designar los representantes del Primer Congreso de Venezuela, conformado por cuarenta y dos representantes de las Provincias de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo.

El Congreso en cuestión aprobó, el 5 de julio de 1811, la Declaración de Independencia de Venezuela, mediante la cual la Capitanía General de Venezuela “queda libre de toda sumisión y dependencia de la Corona de España” y con autoridad para realizar “todos los actos que hacen y ejecutan las naciones libres e independientes”⁴. Asimismo, el Congreso de Venezuela aprobó y publicó en la Gaceta de Caracas el 23 de julio de 1811, la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811, declarando que la soberanía nacional reside en el pueblo y consagrando, por primera vez, los derechos del hombre en sociedad y sus deberes frente al cuerpo social. Por último, el Congreso promulga la Constitución Federal para los Estados de Venezuela, en fecha 21 de diciembre de 1811. Esta es la primera Constitución escrita de Latinoamérica.

A partir del 5 de julio de 1811, Venezuela es un estado independiente y soberano, que adopta la forma federal republicana. Para el momento de promulgarse la Constitución del año 1811,

habitan el extenso y apenas explotado territorio de la nueva nación 800.000 almas. La cuarta parte son blancos, la mitad pardos, hay 64.000 esclavos y 12.000 españoles, canarios en su gran mayoría, el resto, indios, aún poco integrados. En el siglo XVIII la Capitanía General de Venezuela ha pasado de ser una región olvidada del Imperio Español a convertirse en un centro económico de primer orden; algodón, tabaco y, sobre todo, cacao; sigue siendo, a pesar de ello, una providencia pobre, sin recursos minerales de importancia, y cuyos gastos públicos contribuye a suplir el situado mejicano. Su capital era, como hoy, Caracas, que había pasado en un siglo de ser una villa de 6.000 habitantes a convertirse en una ciudad de 50.000; no tienen los tesoros artísticos de Lima, Méjico o Santa Fe, pero en ella hay diecisiete iglesias y capillas, una universidad y, desde corto tiempo, también imprenta. En la capital residen, junto a varios millares de esclavos, cuatro marqueses, tres condes y una importante burguesía comercial de las más recientes tendencias del pensamiento europeo, muchos de cuyos miembros han conocido el Viejo Continente, leen los últimos libros publicados en Europa, sueñan con la libertad comercial y son políticamente mucho más avanzados que sus congéneres de otras partes de la América hispana. En este ambiente se aprueba el 21 de diciembre de 1811 la primera Constitución que haya regido un país de habla española⁵.

La declaratoria formal de independencia trajo consigo guerra. La constitución de 1811 nunca llega a tener vigencia real y formalmente dura hasta que se pierde la República y es ocupada Venezuela por la autoridad española, apenas un año después de su promulgación.

Posteriormente, en el año 1817, en plena guerra de independencia y en su empeño por reconstituir la república, el Libertador Simón Bolívar ocupa Angostura, ciudad

⁴ Declaración de Independencia de Venezuela por el Primer Congreso de Venezuela, 5 de julio de 1811.

⁵ Luis Mariñas Otero, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1965, pp. 3-4.

situada sobre el Río Orinoco, al sur de Venezuela, hoy Ciudad Bolívar, nombrándola capital de la República de Venezuela.

B. El Congreso de Angostura y la Constitución del año 1819

Una vez que el Libertador Simón Bolívar se instala en Angostura, tomó decisiones gubernativas de importancia, tales como la de organizar el Poder Judicial (6 de octubre de 1817) para administrar justicia en la Provincias libres de la República; la de crear un Consejo de Estado (30 de octubre de 1817) que dicte las leyes, reglamentos y providencias que deben de acordarse para la administración y organización de las provincias ya libres; la de establecer un Consejo de Gobierno (5 de noviembre de 1817) que supla las ausencias del jefe Supremo; la de declarar la voluntad política de no tratar con España “sino de igual a igual” (1818); la de convocar a elecciones de diputados (1818), e instalar el II Congreso de Venezuela (1819), que aprueba nueva Constitución (1819), y previa concertación de las Partes (Venezuela y Nueva Granada), la Ley Fundamental de Colombia (del 17 de diciembre de 1819)⁶.

La Constitución de Angostura del 15 de agosto de 1819, “aun cuando tuvo la influencia de Bolívar expresadas en el Congreso de Angostura, no se ciñó completamente a las mismas. La pertinaz oposición del Libertador a la concepción federal y al imperio del caudillismo local y regional provocaron que el texto constitucional de 1819 organizara una república unitaria y centralista, la cual, sin embargo, no tuvo mayor vigencia, pues la guerra continuó. Las ideas de Bolívar sobre la Presidencia Vitalicia, el Senado Hereditario y el original Poder Moral fueron dejadas aparte, y el texto, siguiendo la base de la constitución de 1811”⁷, agregamos, estableció un gobierno presidencial, la separación de poderes y la carta de derechos ciudadanos.

Luego, seis meses después de la Constitución de Angostura, con la promulgación de la Ley Fundamental de Colombia del 17 de diciembre de 1819, las Repúblicas de Venezuela y Nueva Granada, quedan unidas como una sola nación: La República de Colombia.

C. La Gran Colombia y la ruptura de la Unión

La integración de las dos Repúblicas y la creación de la Gran Colombia es ratificada por el Congreso de los Representantes de los Pueblos de Nueva Granada y Venezuela reunidos en la Villa del Rosario de Cúcuta el 12 Julio de 1821. Días después de que Venezuela lograra sellar su independencia real de España, con la Batalla de Carabobo, el 21 de junio de 1821.

La Constitución de Cúcuta y la unión en sí misma, no fue recibida en Venezuela ni incondicionalmente ni con grandes muestras de alegría. Los venezolanos no podían vivir contentos por más que el pacto de unión fuera necesario por razones de guerra. Entre otras cosas, muchas de las normas constitucionales eran inadaptables al territorio de Venezuela y el centro del gobierno en Bogota, quedaba muy distante⁸.

A partir de 1826, los movimientos separatistas y la dinámica política hacían inevitable la disolución de la Gran Colombia. El 6 de mayo de 1830, se instala el Congreso de Valencia, con representantes de todas las provincias venezolanas. En dicho Congreso, el 22 de septiembre de 1830, se aprueba la nueva constitución venezolana y se acuerda la ruptura de la nación colombiana, reconstituyéndose el estado venezolano.

⁶ Rafael Fernández Heres, ob. cit., p. 37.

⁷ Allan Brewer Carias, *Las Constituciones de Venezuela*, Universidad Católica del Táchira, Centro de Estudios Constitucionales, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985, p. 30.

⁸ Rafael María Baralt. *Obras Completas, Historia*, Maracaibo, Caracas, 1960, Tomo I, p. 305.

Venezuela, ya reconstituida como estado soberano, asume plenamente su política internacional y su capacidad de negociar con estados extranjeros, suscribiendo tratados internacionales de la más diversa índole. Ello le permite posesionarse en la comunidad de las naciones. Particular importancia reviste el hecho la firma del Tratado de Paz y Reconocimiento suscrito en Madrid el 30 de marzo de 1845; por este tratado, España “renuncia por sí, sus herederos y sucesores, la soberanía, derechos y acciones que le corresponden sobre territorio americano, conocido bajo el antiguo nombre de Capitanía General de Venezuela, hoy República de Venezuela”⁹ y “reconoce como nación libre, soberana e independiente la República de Venezuela compuesta de las provincias y territorios expresados en su Constitución y demás leyes posteriores: a saber, Margarita, Guayana, Cumaná, Barcelona, Caracas, Carabobo, Barquisimeto, Barinas, Apure, Mérida, Trujillo, Coro y Maracaibo y otros cualesquiera territorios o islas que puedan corresponderle”¹⁰.

Terminó la guerra con España; existe Venezuela como estado soberano; pero continúan las guerras internas. La independencia y la guerra marcan el escenario de la época y con ello la historia constitucional venezolana de 1811 a 1830.

2. Los aportes de las grandes revoluciones.

A. La Revolución Francesa y las herramientas contra el absolutismo: carta de derechos y separación de poderes.

Las constituciones de venezolanas de 1811, 1819, 1821 y 1830, sin duda alguna, se enriquecieron del debate y aportes constitucionales de los Estados Unidos de América, nación recién creada, y de la lejana Europa, particularmente, los acontecimientos revolucionarios franceses de 1789.

La Revolución Francesa de 1789, aporta al constitucionalismo herramientas que pretendían luchar contra el absolutismo monárquico. Las ideas y principios revolucionarios, sin lugar a dudas, constituían un gran atractivo para los movimientos independentistas latinoamericanos, entre ellos el venezolano, precursor en estos menesteres. Así, no podía dejar de influir en la elaboración de nuestras constituciones de la época, los postulados de la revolución de 1789 y, en particular, ideas y principios como el de la separación de poderes, la soberanía popular y una declaración de derechos ciudadanos.

No es casual que el primer Congreso venezolano de 1811, lo primero que acuerda fue la promulgación de una Declaración de los Derechos del Pueblo, donde desarrolla y reconoce la soberanía popular y los conceptos de igualdad, felicidad común y libertad. Consagra, asimismo, una carta de derechos inspirada en la Declaración de los Derechos del Ciudadano, bandera de la Revolución Francesa. No es casual tampoco, que las constituciones de la época consagraran como bases fundamentales del estado la separación de poderes y la división clásica horizontal de los órganos del poder público, en legislativo, ejecutivo y judicial. Y, por último, el novedoso concepto republicano de estado.

B. La revolución norteamericana: El presidencialismo y el federalismo

La revolución norteamericana y la constitución de 1787 producto de la Convención de Filadelfia influyen de manera determinante el modelo constitucional ve-

⁹ Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*, Caracas, Vol. I (1820-1900), 1951, pp. 173-179.

¹⁰ *Ídem*.

nezolano. La forma federal que adopta el estado venezolano es fiel prueba de ello; nuestra constitución de 1811, es un pacto federal, a semejanza del norteamericano. Igualmente, la influencia se deja ver en la forma bicameral que adopta el poder legislativo en Venezuela. Se establece el Congreso, con un Senado, representando a las provincias que conforman la Unión, y una Cámara de Representantes, adoptando, no solo la misma estructura y parecidas competencias, sino también la denominación y léxico. Asimismo, la constitución venezolana del año 1830, se inspira del modelo norteamericano presidencial; un presidente jefe de estado y de gobierno, un vicepresidente, y procedimientos indirectos de designación del poder ejecutivo, así como secretarios al frente de las administraciones públicas, son una muestra más de la influencia reseñada. Una Corte Suprema de Justicia en la cúspide del poder judicial, con formas de designación de magistrados semejantes al modelo norteamericano. Igualmente, es importante reseñar las semejanzas en cuanto al sistema de gobierno adoptado, de marcada influencia presidencialista, y los mecanismos de relación entre los órganos del poder público, los cuales imponían modelos novedosos. No debemos dejar de mencionar, que instituciones como el veto presidencial y el mecanismo de enjuiciamiento de funcionarios públicos por parte del Congreso (*impeachment*), constituyen instituciones trasladadas a las Constituciones venezolanas de la época. Si lugar a dudas, el sistema político republicano y la democracia representativa, constituyen aportes de la Convención de Filadelfia y en la Constitución de la Unión Americana de 1787 que se reflejan en las constituciones de la independencia venezolana. Ello tiene sentido, en la medida que el republicanismo era una opción válida ante el absolutismo monárquico del Reino de España, contra quien se luchaba.

II. BASES FUNDAMENTALES DE LAS CONSTITUCIONES VENEZOLANAS DE 1811 A 1830

1. Instituciones fundamentales del constitucionalismo de la independencia

A. Los derechos ciudadanos

Resulta interesante señalar, que de manera casi simultánea, el Primer Congreso de Venezuela de 1811 redacta el Acta de Independencia de Venezuela en fecha 5 de julio de ese año y, cuatro días antes, el 1 de julio, promulga la Declaración de los Derechos del Pueblo. Luego, en la Constitución del 21 de diciembre de 1811, en el capítulo VIII de la misma, consagra la Declaración de los Derechos del Hombre.

Tal como señala el profesor Brewer-Carias,

Estas declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811, fueron entonces la tercera serie de declaración de derechos de rango constitucional en la historia del constitucionalismo moderno, habiendo sido la primera, las que se adoptaron durante la Revolución Norteamericana de independencia iniciada en 1776, y que se incorporaron en las Constituciones de los nuevos Estados que surgieron de las antiguas Colonias inglesas, y en el Bill of Rights (1789) contenido en las primeras diez Enmiendas a la Constitución norteamericana de 1787; y la segunda, las que se formularon con motivo de la Revolución Francesa contenidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sancionada por la Asamblea Nacional en 1789, y en las Declaraciones que precedieron las Constituciones revolucionarias de 1791, 1793 y 1795¹¹.

¹¹ Allan Brewer-Carias, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y su Influencia en las Primeras Declaraciones de Derechos en Hispanoamérica”, en: *Revisión del legado jurídico de la Revolución Francesa en las Américas*, Facultad de Derecho y Comunicación Social, Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile, 2012, pp. 59-118.

El Congreso de 1811 consideró, en la Declaración de los derechos del Pueblo, “que el olvido y desprecio de los Derechos del Pueblo, ha sido hasta ahora la causa de los males que ha sufrido por tres siglos”¹², por ello declara y consagra cuales son los derechos inalienables, “a fin de que todos los ciudadanos puedan comparar continuamente los actos del Gobierno con los fines de la institución social: que el magistrado no pierda jamás de vista la norma de su conducta y el legislador no confunda, en ningún caso, el objeto de su misión”¹³.

La primera Declaración de Derechos del Pueblo de la naciente República reconoce el concepto de soberanía popular, que se ejerce mediante el sufragio por parte de todos aquellos que tienen derecho al voto; el sufragio es censitario. Asimismo, consagra la democracia representativa como sistema político. Los principios y derechos fundamentales que se reconocen son el de la libertad, la felicidad común, la seguridad, la igualdad y el derecho de propiedad y la inviolabilidad del hogar. Igualmente se consagra la libertad de expresión, manifestación e imprenta y garantías para la detención de los ciudadanos, el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros. El Capítulo I de la Constitución, siguiendo una clara influencia española, lo dedica a la religión, estableciendo que la “Religión Católica, Apostólica y Romana es también la del Estado y la única y exclusiva de los habitantes de Venezuela”¹⁴.

La Constitución de 1811, contiene un capítulo denominado de manera muy sugestiva “Derechos del Hombre que se reconocerán y respetarán en toda la Extensión del Estado”. Dicho Capítulo contiene, a su vez, una Sección sobre la soberanía del pueblo y otra sobre los derechos del hombre en sociedad. En tal sentido, desarrolla ampliamente el concepto de soberanía popular y de democracia representativa. Nos presenta igualmente el constituyente de la época, un exhaustivo menú del sistema de libertades públicas, iniciado esta primera Constitución una tradición que hasta el día de hoy se conserva y progresa en extensión y contenido; todos los textos constitucionales venezolanos contienen un detallado y minucioso catálogo de los derechos fundamentales.

Los textos constitucionales del 1811, 1819, 1821, 1830 consagran los clásicos derechos individuales y sociales que encuentran su inspiración en la Declaración de los Derechos del Hombre, producto de los acontecimientos revolucionarios franceses de 1789.

Al analizar el tema de los derechos humanos en la constitución de 1811, Luis Fariñas Otero señala,

El dogmatismo de la Constitución de 1811 se conserva, sin embargo, así como la declaración de derechos del hombre enunciada por los precursores Gual y España y Picornell; algunas de sus declaraciones morales se repiten, y en su título I, sección II, al enumerar los deberes del ciudadano, contiene declaraciones llenas de ingenuidad: “No debe el ciudadano contentarse con un quebrantar la leyes” (art. 4.º); “la sociedad desconoce al que no procura la felicidad general” (art. 6.º); “el que rehusare pagar las contribuciones que se establezcan en un criminal, indigno de la protección de la sociedad (art. 7.º). Los ejemplos se repiten; para los prohombres venezolanos reunidos en la entonces aislada y lejana Villa de Angostura, la Constitución es todavía una palabra mágica, una panacea para los males nacionales, un instrumento de gobierno que tiene un valor absoluto y que merecerá el respeto colectivo. Ningún empleado podrá ejercer sus funciones sin jurar antes la Constitución (tít. XI, art.

¹² Declaración de los Derechos del Pueblo del 1 de julio de 1811. Primer Congreso de Venezuela de 1811.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ Constitución venezolana de 1811, art. 1.

1º). En su parte dogmática enumera los derechos del hombre: libertad, seguridad, prosperidad e igualdad. No obstante, lo cual reconoce los fueros especiales y no declara abolida la esclavitud; pero regula, en cambio, el habeas corpus. Para la ciudadanía y el ejercicio del derecho del sufragio se imponen una serie de condiciones económicas, que garantizaban el gobierno por la oligarquía criolla, y de las que solo quedaban excluidos los combatientes de la guerra. Además, aunque las elecciones para presidente de la República y representantes debían ser directas, la propia Constitución establecía por espacio de diez años la elección de segundo grado (tit. IV, sec. II, art. 8º)¹⁵.

El mismo autor antes citado nos ofrece sus comentarios, en este sentido, sobre la Constitución del año 1830,

De la misma forma que en los textos constitucionales que le precedieron, de acuerdo con la Nueva Carta Magna, ni las elecciones son directas ni el sufragio universal. Su artículo séptimo reproduce literalmente el décimo del texto de Cúcuta. El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que las elecciones primarias. Solo son venezolanos los hombres libres (art. 10); para ejercer los derechos ciudadanos se exigen condiciones de solvencia económica, al igual que en las constituciones anteriores, y “saber leer y escribir, pero esta condición no será obligatoria hasta el tiempo que designe la ley” (art. 14) (16) y, además, la ciudadanía puede suspenderse por enajenación mental, ser sirviente doméstico, deudor fallido, ser vago así declarado, ebrio habitual o por tener causa criminal pendiente (art. 16)¹⁶.

Especial consideración merece que la constitución de 1811, en su artículo 227, consagra, de manera precursora a nuestro modo de ver, el principio de la supremacía constitucional al establecer “las leyes que se expidieren contra el tenor de ella (la constitución) no tendrán ningún valor”.

Las constituciones venezolanas, desde la época de la independencia, han sido prolijas en la consagración de los derechos humanos. Constituciones formales y no reales, que en este sentido han frustrado notablemente las expectativas ciudadanas.

B. La estructura y organización del poder

Desde el punto de la distribución vertical de la organización del estado venezolano, inspirada en el modelo norteamericano, la Constitución del año 1811 consagra la novedosa forma de estado federal. Asimismo, la primera Constitución de Venezuela y de los pueblos latinoamericanos de 1811, consagra expresamente la división de los órganos del poder público en legislativo, ejecutivo y judicial, inspirada, evidentemente, en los postulados revolucionarios franceses, esquema que se repite a lo largo de nuestra tradición constitucional. Por su parte, la Constitución de 1830 reconoce expresamente, que “el Gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo”¹⁷.

En cuanto a la forma federal de estado debemos señalar, que “El Libertador fue un crítico feroz de la forma federal y, por tanto, de todo esquema de distribución vertical del poder en nuestras nacientes Repúblicas, y a todo lo largo de su vida política no cesó de condenar el federalismo y alabar el centralismo como la forma de estado adecuada a nuestras necesidades”¹⁸. Sin embargo, las constituciones de 1811 y 1819 establecieron un modelo federal de estado; mientras que la constitución del año 1821

¹⁵ Luis Fariñas Otero, *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1956, p. 17.

¹⁶ *Ibid.*, p.34.

¹⁷ Constitución de 1830, art. 6.

¹⁸ Allan Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, ob. cit., p. 39.

consagra una fórmula central y la de 1830 una forma de estado transaccional centro-federal.

La constitución de 1811 establece expresamente que se trata de un pacto federal, manteniendo cada provincia del estado federal su soberanía, libertad e independencia. En tal sentido, las provincias tienen el derecho exclusivo de arreglar su gobierno y administración de su territorio bajo las leyes que creen, con tal que estén en armonía con el orden constitucional federal¹⁹. En la Constitución del año 1811, se limita expresamente el poder de las provincias, en materia de defensa, política internacional y derechos de importación y exportación. Se reconoce igualmente, los tribunales y las leyes provinciales y la supremacía de la ley federal sobre la provincial.

El Libertador se opone, en su discurso pronunciado en el Congreso de Angostura de 1819, en la oportunidad de redactarse la segunda Constitución venezolana, a la forma federal de gobierno, culpando a dicha forma de estado los males del país y la caída de la república en manos de los españoles. Se concentró en la idea de un estado central fuerte, pero fracasó, y la Constitución del año 1819 repite el esquema federal de estado. Se establece en dicha Constitución, que cada provincia tendrá un gobernador, sujeto inmediatamente al Presidente de la República²⁰. Asimismo, se determinan las funciones de los gobernadores, aunque con atribuciones y competencias materiales limitadas.

La Constitución del año 1821, que consagró la Nación Colombiana que unía a Nueva Granada y Venezuela, estableció un estado central, con un régimen de departamentos, a cuya cabeza se nombró un magistrado o intendente, sujeto al Presidente de la República²¹. A su vez, cada departamento, tenía provincias, a cuya cabeza estaba un gobernador²².

Por su parte, la Constitución de 1830 adoptó una fórmula mixta o transaccional, centro-federal. “El estado era unitario, pero las provincias gozaban de amplia autonomía e inclusive contaban con una Asamblea o Diputación Provincial, compuesta por diputados electos, a la usanza del esquema de la Constitución de Cádiz”²³.

Desde el punto de vista de la organización y estructura de los órganos del poder público, la trilogía de los poderes, como esquema clásico, se impone en las constituciones venezolanas de la independencia. Un poder legislativo bicameral, denominado Congreso, con una Cámara del Senado y una Cámara de Representantes. En cuanto al Poder Ejecutivo debemos señalar, que la Constitución del año 1811 estableció un triunvirato elegido popularmente por un sistema complejo e indirecto, por cuatro años. La Constitución de 1819, estructura, muy en el modelo republicano norteamericano, un ejecutivo monocéfalo, a cuya cabeza hay un jefe de estado y jefe de gobierno, denominado Presidente de la República. Asimismo, se estableció la existencia de los Ministros Secretarios del Despacho, que estaban a la cabeza de sus ministerios. La Constituciones de 1821 y 1830, conservaron la misma estructura del Poder Ejecutivo, a cuya cabeza hay un Presidente de la República, pero crearon las figuras de Vicepresidente de la República y el Consejo de Gobierno, órgano administrativo colegiado, con quien se asociaba el Presidente para tomar ciertas decisiones ejecutivas. El Consejo de Gobierno daba su aviso, consulta o consentimiento a dichas decisiones. En la Constitución de 1811, el Poder Judicial, por su parte, estaba depositado en

¹⁹ Ver Preliminar de la Constitución de 1811.

²⁰ Constitución de 1819, Título 9, Sección Primera, art. 1.

²¹ Constitución de 1821, arts. 150, 151, 152.

²² *Ibid.*, art. 153

²³ Allan Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, ob. cit., p. 47.

una Corte Suprema de Justicia, cuyos magistrados eran nombrados por el Presidente de la República, en el número que estableciera el Congreso. En las Constituciones de 1819, 1821 y 1830, se estableció que el Poder Judicial residía en la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República. El número de Magistrados estaba determinado constitucionalmente. Los magistrados eran propuestos por el Presidente de la República a la Cámara de Representantes, quien preseleccionaba de la lista presentada por el Presidente de la República un número de ellos, siendo el Senado el que hacía la designación definitiva.

Así las cosas, nos encontramos en las constituciones de la independencia, varias constates: se adopta una forma republicana de gobierno, con un gobierno representativo y alternativo; se abre un debate entre la forma de estado unitario y federal y; se acoge la forma clásica de la trilogía de los órganos del poder, con un legislativo denominado Congreso, con forma bicameral, un ejecutivo donde se impone, a partir de 1819, un esquema monocéfalo y, un Poder Judicial, en cuya cúspide se encuentra una Corte Suprema de Justicia.

C. Los mecanismos de relación entre los órganos del poder

Las constituciones venezolanas, diseñadas bajo un esquema republicano, reconocen y acogen el principio de la separación de poderes: “El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades”²⁴; asimismo, la Constitución del año 1830 establece, que “Cada Poder ejercerá las atribuciones que le señale esta Constitución, sin excederse de sus límites”²⁵. Evidentemente que se acoge la concepción clásica del principio de la separación de poderes, pero dicha separación no niega un régimen de colaboración entre los órganos del poder, lo cual, desde el punto del análisis constitucional, como evidenciaremos, constituye una regla formal. El concepto clásico de la separación de poderes que recoge de manera estricta el régimen presidencial norteamericano no es transferido de manera directa e incondicional a las constituciones venezolanas. Si bien nuestras constituciones se influyen y recogen el sistema presidencial norteamericano, en nuestras constituciones se atenúa el principio, permitiendo la existencia de otros mecanismos de colaboración entre los órganos del poder. En definitiva, conseguimos en nuestras constituciones de la época un régimen presidencial atenuado, que a efectos pedagógicos los autores han denominado sistemas presidencialistas latinoamericanos.

Hemos señalado, que el ejecutivo venezolano, a partir del año 1819, se configura monocéfalo, con un Presidente de la República electo, que ejerce funciones de jefe de estado y de gobierno de manera simultánea. Además, de una manera u otra, constitucionalmente, el ejecutivo se diseña como un órgano complejo, asociando a un Consejo de Gobierno, conformado por el Vicepresidente, los Ministros y un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el cual tendrá un voto consultivo en ciertas decisiones gubernamentales²⁶.

Además del veto legislativo como facultad presidencial y el enjuiciamiento de funcionarios públicos por parte del Congreso, lo cual es producto de una clara influencia de la Constitución de Filadelfia de 1787, las constituciones venezolanas de la época de la independencia establecen una serie de mecanismos de relación entre los órganos del poder, que atenúan de alguna manera el régimen presidencial clásico.

²⁴ Preliminar de la Constitución de 1811.

²⁵ Constitución de 1830, art. 8.

²⁶ Constitución de 1821, arts. 133 y subsiguientes. Constitución de 1830, arts. 39 y subsiguientes.

La Constitución de 1811 establece, que en caso de discordia entre las Cámaras del Congreso para reunirse, el Poder Ejecutivo podrá resolver sobre el tiempo y lugar de la reunión²⁷. El Congreso por su parte, en esta Constitución, tiene potestad para ejercer típicas funciones administrativas, en materia de fuerzas armadas; percibir impuestos; contraer deudas; acuñar moneda y; declarar la guerra y hacer la paz.²⁸ Asimismo, se consagra el indulto, como potestad del Ejecutivo y se le facultad, en caso excepcional de injusticia evidente, para dejar sin efecto sentencias²⁹; el Senado controla los tratados y acuerdos internacionales celebrados por el ejecutivo³⁰ y los nombramientos militares³¹; el ejecutivo deberá presentar todos los años un estado de la nación, así como sus cuentas y el Congreso tendrá amplia facultad de investigación de la administración pública³² y; asimismo, el Ejecutivo podrá hacer observaciones a las formas legales comunicando al Congreso las reformas que crea necesarias, de esta menar se consagra una suerte de iniciativa legislativa como potestad del Ejecutivo³³.

Sin desechar la existencia de los anteriores mecanismos de relación entre los órganos del poder, además, la Constitución de 1819, establece una rudimentaria potestad del ejecutivo en materia de iniciativa legislativa³⁴ y se permite a los miembros del Ejecutivo libre entrada, con derecho a voz y asiento en ambas Cámaras del Congreso, debiendo presentar informes y cuentas³⁵. La Constitución de 1830, por su parte, le otorga potestad al Congreso para controlar la enajenación de bienes nacionales y elegir el lugar donde deba residir el Gobierno³⁶; asimismo, se le otorga facultad al Ejecutivo para convocar a sesiones extraordinarias del Congreso.

De esta manera y con los ejemplos anteriores, queremos demostrar como existen una serie de mecanismos de relación entre los órganos del poder, que nos permiten caracterizar el sistema de gobierno que pretendieron instaurar las Constituciones de la época, con lo cual podemos señalar que tiene una fuerte influencia presidencial, pero con algunos elementos de colaboración que lo atenúan. Podríamos decir que nace el presidencialismo latinoamericano.

2. Aporte de las constituciones de la época de la independencia al sistema constitucional venezolano

A. Constituciones de guerra; el debate sobre el estado federal o estado unitario y; el presidencialismo atenuado

La Constitución de 1811 tienen un gran valor histórico para los venezolanos, en la medida que se convierte en la primera Constitución escrita de habla castellana; dicha Constitución no tuvo una verdadera vigencia, ya que nació en el momento que se declaró la independencia y el comienzo de una guerra cruenta, larga y difícil. A la forma de estado federal establecida en esta Constitución, Bolívar atribuyó el fracaso de la misma. Francisco de Miranda, precursor de la independencia de América, no la

²⁷ Constitución de 1811, art. 68.

²⁸ *Ibid.*, art. 71

²⁹ *Ibid.*, art. 88 y 89

³⁰ *Ibid.*, art. 93

³¹ *Ibid.*, art. 96

³² *Ibid.*, arts. 102 y 102.

³³ *Ibid.*, art. 106.

³⁴ Constitución de 1819, art. 7 primera.

³⁵ *Ibidem*, arts. 6 de la Sección Sexta del Título 7.

³⁶ Constitución de 1830, art. 87.

consideraba ni sencilla ni clara en su estructura general y señalaba que no establecía un justo equilibrio en la organización de los diversos poderes ni se ajustaba a la población, usos y costumbres de estos países³⁷. Por su parte Gil Fortoul señalaba, que esta Constitución se inspiraba en principios de filosofía política que a la clase rica y noble le parecieron más perfectos, facilitando una República de tipo oligárquico³⁸.

Por su parte, la Constitución de Angostura de 1819, “refleja, aunque en parte, el maduro pensamiento político de Bolívar, que quería conciliar el orden con la libertad”³⁹. Esta Constitución, igualmente sigue las consecuencias de vivir en época de guerra y pierde su vigencia formal rápidamente con la creación de la Nación Colombiana, cuya Constitución de 1821, consideramos, nunca fue recibida realmente en Venezuela.

La Constitución de 1830, es la de más larga duración en Venezuela, de ello se deriva su importancia y, además, porque consagra, después de la real independencia, un “estado independiente, con un gobierno republicano, alternativo y responsable y con un sistema mixto centro-federal, equilibrando el poder central con la autoridad provincial”⁴⁰. Se señala que es una de la constitución más respetada y fielmente aplicada.

Las constituciones de la época analizada abren un debate no cerrado en Venezuela sobre la descentralización del poder. Todavía se debate sobre la conveniencia o no de la puesta en práctica de un estado federal o de un estado unitario. Hasta el punto que dicho debate llegó a tergiversarse de tal manera, que federalismo era sinónimo de democracia e igualdad y la forma unitaria se le vinculaba con los movimientos conservadores y la oligarquía, y hasta una larga guerra adoptó el nombre de Guerra Federal, entre los años 1859 y 1863.

Asimismo, las Constituciones analizadas, abren paso a una tendencia ya establecida en Venezuela sobre un régimen de influencia presidencial, que ha subsistido a lo largo de nuestra historia constitucional. Dicho sistema presidencialista ha degenerado a lo largo de nuestra historia constitucional en un presidencialismo exacerbado, que ha profundizado el desequilibrio entre los órganos del poder a favor del ejecutivo.

³⁷ José Pareja Paz Soldán, “Evolución Constitucional de Venezuela”, en: *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. 7.

³⁸ *Ibid.*, p. 7.

³⁹ *Ibid.*, p. 4

⁴⁰ *Ídem.*

ORDENAMIENTOS INFORMALES, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Rogelio Pérez Perdomo*

SUMARIO

I. Ordenamientos informales y legalidad. II. Informalidad, reconstrucción del derecho y derechos humanos.

Los ordenamientos informales son patrones de conducta que consideramos vinculantes y que responden a necesidades sociales pero que carecen de la sanción del estado y del reconocimiento del derecho formal. En el pasado se los designó como sistemas jurídicos informales para distinguirlos del sistema formal, pero la denominación no era apropiada, primero porque no son realmente “sistemas” sino conjuntos normativos no necesariamente sistematizados¹. Algunos autores prefieren designar a estos ordenamientos como instituciones informales². Usaremos ambas designaciones indistintamente.

Este ensayo es sobre los ordenamientos informales en Venezuela, su relación con el derecho formal y el sistema político, y también con los derechos humanos. Se escribe en homenaje a Pedro Nikken con quien realizamos una investigación sobre la propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas y analizamos el ordenamiento informal que regía en la materia³. Posteriormente Nikken concentró su atención en

* Profesor, Universidad Metropolitana. Individuo de número, Academia Nacional de la Historia. Agradezco a Manuel A. Gómez los extensos comentarios al borrador de este trabajo.

¹ Rogelio Pérez Perdomo, “Système informel de droit”, en : A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Bruxelles, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. E. Story Scientia.

² Helmke Gretchen y Steven Levitsky, “Introduction”, en: G. Helmke & S. Levitsky (eds.), *Informal institutions and democracy. Lessons from Latin America*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2006. Briceño-León, Roberto, “The contribution of informal institutionality to safe cities in Venezuela”, en: J.E. Salahub, M. Gottbacher, J. de Boer, M. Zaaroura (eds.), *Reducing urban violence in the Global South. Towards safe and inclusive cities*, Routledge, London, 2019.

³ Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*, Universidad Central de Venezuela y Fondo de Cultura Económica, Caracas, 1979. En un ensayo anterior rememoré el estado del arte cuando decidimos abordar el tema de la propiedad de la vivienda en los barrios y del ordenamiento informal al que dio origen, y cuál fue nuestra motivación para

los temas de derechos humanos. Por esto considero que relacionar ambos temas es pertinente para su homenaje.

Cuando en la década de 1970, Nikken y yo trabajamos sobre la relación del derecho con los barrios de Caracas la literatura existente sobre los barrios era escasa y la que analizaba la relación con el derecho podía contarse con los dedos de una mano. Cuatro décadas han pasado. La población urbana ha alcanzado casi el 90 por ciento de la población total del país. Una parte importante de esa población habita en los barrios. Venezuela se hizo más violenta y en Caracas y otras ciudades los barrios se convirtieron en el epicentro de la violencia.

Los barrios han cambiado no solo en tamaño y población. La vida en ellos se ha hecho más dura y la gente de los barrios han tenido que enfrentar problemas que no tenían hace cuarenta años. La manera de mirarlos también ha cambiado. Todavía en 1970 persistía la idea que la ciudad ordenada, en su crecimiento, podía ennoblecer toda la ciudad. En esa época buscamos un mapa de Caracas en la oficina de planificación urbana para tener una idea del área ocupada por barrios y descubrimos que las zonas ocupadas por barrios aparecían como zonas vegetales, no construidas. La ilusión desapareció pronto. El gobierno nacional reconoció su existencia y hubo planes de mejoramiento. En trabajos posteriores advertimos el consenso de que los barrios estaban para quedarse y que más bien debíamos repensar a la ciudad y a la legalidad⁴. Este trabajo tiene relación con la necesaria revisión de la idea de legalidad en vista de la creciente importancia de los ordenamientos informales.

El aporte del trabajo de Pérez Perdomo & Nikken⁵ fue haber puesto de manifiesto un caso de ordenamiento informal, relacionándolo tanto con el derecho formal como con el estado y el sistema político. El propósito de este ensayo es teórico, lo que ahora es posible porque existe una literatura y un número de casos que permite la teorización. Los estudios sobre los barrios se han hecho mucho más numerosos en las ciencias sociales⁶ y han aparecido muchas otras investigaciones sobre ordenamientos informales tanto en Venezuela como el mundo. Algunos de estos ordenamientos han sido reconocidos constitucionalmente, como las costumbres indígenas (por ejemplo, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 119). La literatura nos muestra que en diversos países y diversas comunidades humanas los ordenamientos informales pueden desplazar al derecho formal o servir de complemento en situaciones reguladas deficientemente por el derecho formal. No se trata solo de indígenas o de pobres. Los ganaderos y agricultores del Norte de California⁷, los mayo-

iniciar la investigación (Rogelio Pérez Perdomo, “Los barrios, la propiedad y el estado de derecho en Venezuela. Un homenaje memorioso a Pedro Nikken”. Aceptado para publicación en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, 2020). Por tal razón no se repite en este trabajo.

⁴ Rogelio Pérez Perdomo, “Derecho y explosión urbana en América Latina”, en: J. E. Hardoy y R. M. Morse (comp.), *Repensando la ciudad de América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988. pp. 173-178. Rogelio Pérez Perdomo y Teolinda Bolívar, “Legal pluralism in Caracas”, en: E. Fernandes y A. Varley (eds.), *Illegal cities*, Zed Books, London, 1998.

⁵ Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, ob. cit.

⁶ Por ejemplo: Teolinda Bolívar y Josefina Baldó (Comp.), *La cuestión de los barrios*, Monteávila, Caracas, 1996. Oscar Camacho y Ariana Tarhan, *Alquiler y propiedad en barrios de Caracas*. International Development Research Centre, Ottawa, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991. Haini Guo y Bradley Klein, “Bargaining in the shadow of the community. Neighborly dispute resolution in Beijing Hutongs”, en: *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, Vol. 20, 2005.

⁷ Robert Ellickson, *Order without law. How neighbors settle disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

ristas de diamantes en Amberes, Nueva York y de Mumbai⁸, los comerciantes de atún en Tokio⁹, los drag queens de Tel Aviv¹⁰ y los bañistas de las playas de Ipanema¹¹ entre muchas otras comunidades, usan ordenamientos informales o intermedios con rasgos formales e informales. En Venezuela son numerosos los ejemplos de justicias alternativas¹². Solo nuestras escuelas de derecho tienen poco interés en el fenómeno a pesar de que el propio sistema jurídico formal está penetrado por la informalidad¹³, un fenómeno bastante general¹⁴. En Venezuela, el sistema formal ocupa cada vez menor espacio en el funcionamiento del derecho. Torres Arends¹⁵, estudiando la educación jurídica en la Universidad Central de Venezuela, mostró que la enseñanza formalista no logra incrementar el aprecio por el sistema jurídico formal aun entre los estudiantes que están próximos en convertirse en abogados.

Este ensayo se propone responder dos preguntas. La primera es si los ordenamientos informales son contrarios a la legalidad. La segunda, si pueden o deben subsistir en el estado de derecho. En ambos casos tendremos muy presente la deteriorada situación de la legalidad en Venezuela y los desafíos de la construcción del estado derecho después de la catástrofe que vivimos.

I. ORDENAMIENTOS INFORMALES Y LEGALIDAD

En una visión del derecho que ya es tradicional, el sistema jurídico regula la totalidad de la vida social. Esta manera de concebir la relación entre el derecho y la sociedad ha sido llamada “centralismo jurídico”¹⁶, aunque tal vez el nombre más apropiado sería el de totalitarismo jurídico. La concepción opuesta se ha denominado ‘pluralismo jurídico’. La expresión ha hecho fortuna y hay revistas sobre derecho que lo han incorporado a su nombre. *The Journal of legal pluralism and unofficial law* ha publicado 52 volúmenes desde su creación en 1969 hasta el presente. La idea principal es que en la sociedad hay varios ordenamientos provistos de sanción que regulan la conducta y que pueden ser llamados jurídicos, aunque solo sea por analogía. Los ciudadanos escogemos entre ellos. El sistema jurídico formal, con su complejo aparato de leyes, profesionales y tribunales, es una opción entre varias. Otra forma de ver la relación entre los diferentes ordenamientos es como si se tratase de capas superpuestas¹⁷.

⁸ Manuel Gómez, “Precious resolution: the use of intra-community arbitration by Jain diamond merchants”, en: *b-Arbitra*, Vol. 2, 2013.

⁹ Eric A. Feldman, “The tuna courts: law and norms in the world premier fish market”, en: *California Law Review*, Vol. 94, 2006.

¹⁰ Eden Sarid, “Don’t be a drag, just be a queen: How drag queens protect their intellectual property without legal regulation”, en: *FIU Law Review*, Vol 10, 2014.

¹¹ Pedro R. Fortes, “Law and (in)formality at Ipanema Beach”, en: *FIU Law Review*, Vol 10, 2014.

¹² Manuel Gómez y Rogelio Pérez Perdomo, “Justicias alternativas en Venezuela”, en: *Reforma Judicial*, Vol. 7, 2006.

¹³ Manuel Gómez, “Greasing the squeaky wheels of justice: networks of Venezuelan lawyers from the pacted democracy to the Bolivarian revolution”, Y. Dezalay y B. Garth (eds.), *Lawyers and the rule of law in an era of globalization*, Routledge, New York, 2011.

¹⁴ Larissa Adler Lomnitz, “Informal exchange networks in formal systems: a theoretical model”, en: *American Anthropologist*, Vol. 90, 1988.

¹⁵ Irene Torres Arends, *Cultura jurídica y estudiantes de derecho. Una medición de la cultura jurídica en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002.

¹⁶ Marc Galanter y Manuel Gómez, “Waiting for Mendeleev: The tangle of indigenous law”, en: *FIU Law Review*, Vol. 10, 2014.

¹⁷ *Idem*.

La primera observación es que los ordenamientos informales son una alternativa, no un complemento del derecho formal. No son parte del sistema jurídico formal. La gran pregunta es si son ilegales. La respuesta tiene que ser matizada. Una parte importante del derecho es la oferta de un camino regulado, pero esto implica que estamos obligados a tomarlo. Por ejemplo, el Código Civil regula el matrimonio, pero no estamos obligados a casarnos, aun si nos enamoramos. También regula el divorcio, pero una pareja que se desenamora no está obligada a divorciarse. Puede cada uno seguir su camino y llevar vidas independientes sin formalizar su separación. Lo mismo pasa con los reclamos y conflictos. Podemos haber sufrido una experiencia dañosa y el derecho nos ofrece vías para reclamarlo, incluyendo un litigio, para la reparación del daño sufrido. Para que el conflicto surja no solo hace falta que la presunta víctima identifique el daño sufrido, sino también que el presunto autor de ese daño rechace la pretensión del primero¹⁸. Algunas víctimas pueden preferir reaccionar con violencia y causar un daño igual o mayor al sufrido. Esta acción sería ilegal y seguramente configuraría un delito. Otros tal vez prefieren la inacción. Aun en sociedades generalmente consideradas como litigiosas, como los Estados Unidos, la mayor parte de las personas evitan los tribunales¹⁹, pero esto no implica que cometan un acto ilegal por rehusarse a reclamar. Aun otros puede que contraten un brujo para tomar venganza, recurrir al chisme o provocar un escándalo que avergüence al agente del daño²⁰. Aunque inapropiado e ineficaz, esto probablemente no sería ilegal o delictivo. Tampoco es ilegal recurrir a un mediador formal o informal que ayude a resolver el conflicto.

Los mayoristas en diamantes de Nueva York, Mumbai o Amberes, frecuentemente judíos ortodoxos o seguidores del jainismo, hacen transacciones con diamantes sin talar que se venden en bandejas por un precio de decenas de miles de dólares. No hay formalidad jurídica oficial en la transacción: un apretón de manos, unas palabras en hebreo y un recibo en una pequeña pieza de papel es toda la solemnidad de la transacción²¹. En caso de conflicto no se va ante los tribunales, sino que un rabino o un árbitro designado por la comunidad decide. Bernstein lo define como “*opting out of the legal system*”, pero su conducta no puede ser considerada ilegal en el sentido de que infrinjan las reglas del derecho. Simplemente no usan las vías que les ofrece el sistema jurídico formal. Lo mismo puede decirse de los ganaderos del Norte de California que no prestan atención a las complejas normas jurídicas que los regulan y que cambian según áreas específicas, sino que se conducen conforme a normas sociales de la buena vecindad²².

En el caso de los barrios de Caracas, la invasión de una propiedad de otro es un acto claramente ilegal y la construcción de una edificación sin respetar la regulación urbanística también lo es. Legalmente, el propietario del terreno, la policía o las autoridades urbanísticas podrían haber reaccionado, pero por motivos que analizamos²³ no lo hacían. La realidad social y política era más compleja. Había personas dispues-

¹⁸ William L.F. Felstiner, Richard L. Abel and Austin Sarat, “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...”, en: *Law and Society Review*, Vol. 15, 1981.

¹⁹ David M. Engel, *The myth of the litigious society. Why we don't sue*, Chicago University Press, Chicago, 2016.

²⁰ Richard H. McAdams, “Norms, gossip and blackmail”, en: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996.

²¹ Barak Richman, “How community institutions create economic advantage. Jewish diamond merchants in New York”, en: *Law and Social Inquiry*, Vol. 31, 2006. Manuel Gómez, “Precious resolution”, ob. cit.

²² Robert Ellickson, ob. cit.

²³ Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, ob. cit.

tas a invadir porque el mercado o el estado habían fallado en proveer vivienda para ese nivel de ingreso. Generalmente activistas vinculados a los partidos del gobierno organizaban la invasión y los invasores pagaban con algo de dinero y sobre todo con promesa de apoyo político. Para el estado era una manera de proveer vivienda con escasa inversión, pues los terrenos no habían sido urbanizados ni dotados de servicios, y para el partido político involucrado una manera de ganar adeptos. Los servicios eran provistos escalonadamente como favores clientelares, lo cual proveía una nueva ganancia política²⁴. No es una sorpresa que los invasores consideraran segura su tenencia e hicieran inversiones importantes (en relación con sus ingresos) levantando su vivienda²⁵. La seguridad venía del sistema político, no del jurídico.

En términos jurídicos la situación de los invasores era precaria. Por haber edificado en suelo ajeno no podían registrar su propiedad y la ley de alquileres prohibía el arrendamiento de ‘ranchos’ o edificaciones de baja calidad. Una parte de las viviendas en los barrios podía ser calificada de ranchos. El cambio en la situación personal hacía que los pobladores de los barrios necesitaran arrendar, vender, resolver conflictos familiares relacionados con la vivienda, responder ante molestias posesorias, pero todas estas actividades habían sido expulsadas del sistema formal. Karst y Schwartz²⁶ habían señalado que las juntas de barrio o la municipalidad atendían esas necesidades y conflictos. En los barrios que se visitaron para la investigación de Pérez Perdomo y Nikken no existían tales juntas y en la municipalidad del entonces Distrito Federal existía una oficina de asistencia jurídica, atendida por abogados. Estos abogados eran los encargados de atender las situaciones presentadas por los habitantes de los barrios. Ante la imposibilidad o dificultad de recurrir al sistema formal habían inventado un sistema de mediación.

La apariencia de la oficina era oficial, incluso tenía un policía apostado en la puerta. La persona era citada en una carta con membrete y sello oficial llevada por la contraparte. Si no atendía la citación un policía llevaba la nueva citación. Un funcionario municipal podía ir y tomar fotografías de la situación in situ que eran agregadas al expediente. Los abogados vestían formalmente y usaban un lenguaje jurídico: se hablaba de demanda, de contestación y de pruebas. Las partes veían en los abogados figuras de autoridad pública, aunque en el derecho formal carecieran de ella. Por supuesto tampoco había demanda, contestación y pruebas en el sentido definido por el Código de Procedimiento Civil.

Lo que interesa aquí es destacar que se había creado un ordenamiento informal, pues no se aplicaban las reglas del Código Civil, sino que se buscaba una solución satisfactoria para las partes. Apreciamos el buen sentido con el que los abogados manejaban los conflictos. Era un ordenamiento informal oficial, pues eran funcionarios del estado quienes actuaban como mediadores y, en apariencia al menos, tenían el respaldo del estado. Lo que el estudio aportó fue una visión distinta de un ordenamiento informal. Karst & Schwartz²⁷ describieron el derecho de los barrios como una creación espontánea en el cual el estado no intervenía. La percepción del orden informal como creación popular fue también la de Boaventura de Sousa Santos²⁸ en

²⁴ Talton Ray, *The politics of the barrios in Venezuela*, University of California Press, Berkeley, 1969.

²⁵ Kenneth L. Karst, Murray L. Schwartz y Audrey James Schwartz, *The evolution of law in the barrios of Caracas*, University of California, Los Angeles, 1973.

²⁶ Kenneth L. Karst, Murray L. Schwartz y Audrey James Schwartz, ob. cit.

²⁷ Kenneth L. Karst, Murray L. Schwartz y Audrey James Schwartz, ob. cit.

²⁸ Boaventura de Sousa Santos, “The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasagra”, en: *Law and Society Review*, Vol. 12, 1977.

su estudio de una favela en Rio de Janeiro. Pérez Perdomo y Nikken²⁹ lo presentaron más bien como producto de políticas clientelares. Las políticas públicas daban legitimidad a los barrios y seguridad a la tenencia de sus habitantes. La ilegalidad de origen era borrada.

Un estudio mucho más reciente observó un fenómeno similar en un contexto físico y político diferente. Gómez³⁰ analizó el caso de la Torre de David, un edificio de altura (45 pisos) diseñado como un gran centro financiero. A mediados de la década de 1990, la empresa promotora cayó como consecuencia de una grave crisis bancaria y el edificio a medio hacer pasó a formar parte del patrimonio de un fondo de garantía de los depósitos bancarios (FOGADE), un organismo del estado. Los intentos de venderlo no tuvieron resultado. Una década después, a raíz de graves inundaciones y deslizamientos de tierras que dejaron sin vivienda a numerosos habitantes de los barrios, el entonces presidente Chávez invitó a las personas en esta situación que invadieran propiedades desocupadas. Un pastor evangélico que antes había estado en prisión, lideró la invasión de la Torre de David. El edificio carecía de paredes, ascensores y servicios, por lo cual los invasores debieron hacer inversiones relativamente importantes para hacer habitable el espacio. Arquitectos connotados ayudaron en la distribución de los espacios y aconsejaron en la habitación del edificio para vivienda³¹. Organismos públicos proveyeron servicios como electricidad y agua. Crearon un ingenioso sistema de tubos que llevaba agua a los distintos apartamentos. Se formó un barrio vertical donde funcionaban, además de las viviendas, pequeñas empresas como panadería, guardería infantil, abastos, una fábrica de helados y una peluquería, entre otros comercios. Desde 2009, los ocupantes se organizaron en una cooperativa de vivienda. En cada piso las reglas de convivencia aparecían en posters. El líder organizó un servicio de seguridad que hacía cumplir esas reglas. Fue la creación de un orden informal.

En un estudio socio-jurídico Gómez³² destacó la compleja relación con el estado, el derecho y la sociedad que plantea este caso. La invasión de la torre se produjo en un momento de aguda escasez de vivienda debido a varios eventos naturales. El presidente Hugo Chávez prácticamente invitó a invadir propiedades. Sin embargo, esto no le quitaba el carácter ilegal a la invasión. Organismos del estado podían proveer servicios a pesar de la ilegalidad. Por otra parte, en la época vivir en la Torre de David implicaba un cierto estigma que podía hacer más difícil obtener un empleo, pues la percepción social es que era un antro de criminales. Un documental que se produjo en la época lo presentaba de esa manera y presentaba a su líder como un sicario. Presidía la cooperativa que tenía una organización relativamente compleja con personas a cargo de coordinar los distintos aspectos de la vida en común. Había afiches y señalización con las reglas de conducta básicas que tenían que observarse en la comunidad.

Aun cuando vivir en la Torre de David o en un barrio no convierte a una persona en delincuente frente al ordenamiento formal, algo muy distinto es la percepción social. Quien viva en un barrio o, en su época, en la Torre de David es estigmatizado. Se lo percibe como asociado con delincuentes y en general como persona de un nivel inferior. Si una persona informa que vive en el barrio El Pedregal o en Pajaritos, tiene menos estima social que si informa que vive en La Castellana o en Los Palos Gran-

²⁹ Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken, ob. cit.

³⁰ Manuel Gómez, “The Tower of David: Social order in a vertical community”, en: *FIU Law Review*, Vol. 10, 2014.

³¹ Alfredo Brillembourg y Hubert Klumpner *Torre David. Informal vertical communities*, Lars Müller Publisher Zürich, Springer London, 2013.

³² Manuel Gómez, ob. cit.

des, aunque sean pocos metros lo que separe una dirección de la otra. En especial, la Torre de David rápidamente obtuvo la fama de ser un antro de delincuencia.

En 1986, una obra extraordinariamente exitosa³³ describió la informalidad como una respuesta ante regulaciones complejas que no dan otra alternativa a los sectores populares y abogó por una simplificación de las regulaciones y una legalización que permitiera acceso al crédito a los actores de la economía informal. Aunque la obra hizo mirar de otra manera la informalidad en el ámbito académico e intelectual, los prejuicios generales no disminuyeron.

En 2012 un diplomático de Costa Rica fue secuestrado, lo que obligó al gobierno a ser inusualmente diligente en su rescate. Una llamada telefónica hizo sospechar que secuestradores y secuestrado estaban en la Torre de David. Un enorme operativo policial realizó un registro minucioso sin encontrarlos allí. Tampoco encontró mayores evidencias de actividad delictiva. Pero los policías aprovecharon de llevarse el dinero y cuanto objeto de valor encontraron. Esto generó que los okupas protestaran ante el Ministro de Relaciones Interiores y Justicia por los actos delictivos de los agentes de la ley. No sabemos si esa protesta tuvo algún seguimiento. Analizada la conducta de los okupas y de los policías parece claro que la acción de éstos es más destructiva del estado de derecho que la de los primeros.

Para no dejar la historia inconclusa es importante advertir que en 2014-2015 el gobierno decidió desalojar la torre, lo que logró gracias a ofrecimientos de vivienda social en otros sitios y compensando económicamente a los okupas. Las invasiones continuaron en muchos otros inmuebles a lo largo del país, pero se desconoce si cada una de esas comunidades dio lugar a un ordenamiento como el de la Torre de David.

II. INFORMALIDAD, RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Los estudios de derecho y sociedad no son un aplauso a la informalidad. Nadie pondría en duda que unas políticas públicas correctas que hubieran permitido el desarrollo ordenado y armónico de las ciudades y la disposición de viviendas adecuadas para las personas y familias en los distintos tramos de ingreso hubieran sido preferibles al crecimiento desordenado que hemos tenido. Tampoco millares de personas hubieran tenido que invadir una torre a medio construir y hacerla habitable con grandes sacrificios. Pero si ahora tenemos barrios y una multitud de personas que viven en ellos, no es saludable para quienes estudiamos el derecho y operamos con él, ignorar esa parte importante de la población. Si no se estudia los ordenamientos informales y su relación con el sistema jurídico formal probablemente tampoco vamos a entender cómo funciona en la práctica el sistema formal. No estamos hablando solo de los barrios sino de los muchos ordenamientos informales que han surgido ante el evidente fracaso de la justicia y, en general, del aparato del estado en Venezuela.

Los estudios de derecho comparado y de historia del derecho nos muestran igualmente formas de colaboración entre ordenamientos formales e informales. Tal vez el caso más estudiado es el surgimiento del derecho mercantil. Sabemos que surgió primero como normas sociales entre comerciantes que fueron luego asumidas por la legislación estatal³⁴. Ese es el origen del Código de Comercio, y en general del

³³ Hernando de Soto (con la colaboración de E.Gherzi y M.Ghibellini), *El otro sendero*, Editorial El Barranco, Lima, 1986.

³⁴ Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001. Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre anational*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992.

derecho mercantil. Una forma de colaboración diferente es el descrito por Feldman³⁵ como el tribunal del atún en Tokio. Esta forma de resolver conflictos tiene mucho paralelismo con los tribunales mercantiles medievales de las ciudades italianas: son los propios comerciantes quienes se duplican en jueces y crean un ordenamiento *sui generis*. La diferencia es que en Tokio las reglas emanadas de la costumbre fueron adoptadas como regulación municipal, pero mucho del desarrollo del procedimiento sigue siendo norma social.

Una tercera forma de colaboración es el derecho de los negocios internacionales en nuestra época. Mucho de ese derecho surgió de costumbres, pero organizaciones internacionales como la Cámara de Comercio Internacional, lo han codificado. No son normas vinculantes, pero ocurre que generalmente los abogados las hacen parte de los contratos. Quienes reducen el derecho a la producción normativa estatal están perdiendo una parte importante del desarrollo del derecho en las sociedades contemporáneas.

Por otra parte, no debe desconocerse que algunos ordenamientos informales pueden tener fines perversos y medios criminales. Entre los ejemplos más conspicuos están las redes de contrabando, corrupción y narcotráfico. Estas redes tienen sus propias normas, jerarquías y sanciones para quienes no cumplan con las expectativas. Los criminólogos se interesan en estudiarlas y sus estudios son del mayor interés para el derecho como fenómenos criminales. Carecen de legitimidad como ordenamientos.

¿Cómo distinguir un ordenamiento informal con legitimidad de una que no la tiene? Ya hemos visto que no es el origen. Un ordenamiento informal puede tener un origen ilegal que luego obtiene legitimidad en su desarrollo, como lo ha mostrado el caso de la formación y desarrollo de los barrios. Sostenemos que la distinción es substantiva: los ordenamientos informales que violan los derechos humanos básicos carecen de legitimidad y generalmente pueden ser calificados de ilegales o criminales. Esto debe ser elaborado luego, pero antes debemos examinar que los ordenamientos formales o estatales pueden también perder la legitimidad cuando violan los derechos humanos.

Tal vez el caso más egregio es el de la justicia penal en varios países de América Latina. La justicia penal es seguramente la parte más represiva y visible del sistema jurídico estatal. El estado invierte recursos enormes y generalmente configura un aparato gigantesco con tribunales, prisiones, policías y funcionarios que desempeñan tareas variadas. Normalmente requiere también de funcionarios adicionales que vigilen que el extenso e invasivo poder de este aparato no conduzca a violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, las defensorías del pueblo o los *ombudsmen* tienen esa misión. También dentro de las policías hay departamentos especializados, llamados de control interno, destinados a vigilar la conducta de los demás policías.

En Venezuela el mal funcionamiento del sistema de justicia, aun en el período democrático debilitó el funcionamiento del estado de derecho e hizo perder legitimidad al sistema político venezolano. Las redes de corrupción que penetraron el funcionamiento de la justicia fueron señaladamente uno de los factores de deslegitimación de la democracia venezolana del período 1958-1998³⁶. En el presente período el problema se ha hecho más severo pues se han creado órganos de represión no estatales dirigidos principalmente a la represión política, y organismos de la policía formal que

³⁵ Eric A. Feldman, "The tuna courts: law and norms in the world premier fish market", en: *California Law Review*, Vol. 94, 2006.

³⁶ Rogelio Pérez Perdomo, *Justicia e injusticias en Venezuela*, Universidad Metropolitana, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011, pp. 169 ss.

actúan criminalmente como escuadrones de la muerte. Adicionalmente se ha comprobado el uso sistemático de la tortura. Esta ha producido que tanto la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas como la Misión Internacional Independiente del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hayan producido informes condenatorios del gobierno de Venezuela y hayan responsabilizado a los altos funcionarios del gobierno por crímenes de lesa humanidad³⁷. Si a esto agregamos que el gobierno se ha asociado a organizaciones criminales, entendemos que tenemos un estado gansteril que ha perdido legitimidad interna y se ha convertido en paria internacional³⁸.

No solo la justicia penal opera disfuncionalmente e incluso de forma perversa. El estudio de cómo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela se puso al servicio de la revolución y olvidó al ciudadano³⁹ es otro ejemplo de la perversión del sistema de justicia. Esta sala toma las decisiones finales en los reclamos que los ciudadanos hacen contra los distintos organismos del estado. El estudio mostró que entre 2006 y 2012 prácticamente todas las decisiones de la sala estuvieron a favor de los distintos organismos del estado. La Sala Constitucional del mismo tribunal también está al servicio de la revolución y no ha tenido límites en desconocer los principios del estado de derecho⁴⁰. Estos trabajos muestran la importancia de estudiar el sistema formal en su funcionamiento y no solo en su normativa.

En Venezuela, muchos ordenamientos informales y formas alternativas de manejar conflictos han surgido como consecuencia del mal funcionamiento del estado. Por ejemplo, los linchamientos fueron una manera informal de castigar a delincuentes que azotaban determinadas zonas de Caracas (“azotes de barrio”) ante la falta de interés de los organismos oficiales de controlar esas conductas. Era una forma completamente violatoria de los derechos humanos y de los principios del derecho, y por tanto, carente de legitimidad.

Por otra parte, la corrupción e irregularidades en los tribunales civiles y mercantiles han generado que los abogados recurran a la negociación para evitar los tribunales. Es una transformación de la profesión jurídica ante la total inconveniencia de recurrir a los tribunales. En los casos en los cuales la diferencia se muestra insalvable, los abogados recurren al arbitraje. Estas formas de resolver conflicto son compatibles con el respeto a los derechos humanos y con los principios del derecho. El estado, la profesión y la academia podrían fortalecer esos mecanismos que pueden favorecer la descongestión del aparato judicial y también tener un efecto positivo en el clima de negocios. Por ejemplo, las escuelas de derecho podrían ofrecer entrenamiento en negociación o prestar atención al arbitraje, algo que muy pocas han incorporado al plan de estudios.

Los ordenamientos informales existen en muchos países incluyendo aquellos en los cuales el sistema jurídico y los tribunales en particular funcionan bastante bien. Hemos citado a unos pocos porque cuentan con estudios canónicos pero los orde-

³⁷ Véase informe de la Alta Comisionada del 04-07-2019 -A/HRC/41/18, y del Consejo de Derechos Humanos del 15-11-2020 -A/HRC/45/33.

³⁸ Paola Bautista de Alemán, “Revolución Bolivariana y desarrollo del estado gansteril”, en: P. Bautista de Alemán (ed): *Autocracias del siglo XXI. Caso Venezuela*, Dahbar, Caracas, 2020.

³⁹ Antonio Canova González, Luis Herrera Orellana, Rosa Rodríguez Ortega, Giuseppe Graterol Stefanelli, *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

⁴⁰ Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, New York, Caracas, 2016.

namientos informales o no estatales son numerosísimos, aunque los estudios académicos serios sobre ellos son menos numerosos. En muchas áreas de la actividad humana, en distintas industrias, en los deportes y muchos otros negocios surgen constantemente ordenamientos informales y formas diversas de resolver conflictos. Por ejemplo, tuve la fortuna de leer un estudio sobre Kleros, una forma descentralizada de resolver conflictos en contratos on-line⁴¹ que para mí fue una ventana a un mundo que desconocía. La cuestión es saber si un estado de derecho debería buscar que estos ordenamientos sean absorbidos por el derecho formal. Ya hemos visto que esa absorción no es indispensable y que hay otras formas de colaboración entre el sistema formal y los ordenamientos informales.

Mi impresión es que hoy estamos de regreso, que aceptamos que el derecho nazca en muchos ámbitos. Los ordenamientos informales pueden estar más cerca de la gente, más adaptados a la naturaleza de negocios específicos, más fáciles de adaptarse a los rápidos cambios tecnológicos y sociales que distinguen nuestra época. Es importante que los investigadores en el ámbito jurídico nos ocupemos de estudiarlos. Desde el estado y la justicia formal el desiderátum sería más bien cómo apoyarlos sin desnaturalizarlos y prestando atención a que atiendan a necesidades de la población y respeten sus derechos humanos.

Los derechos humanos, convertidos ya en parte de la cultura jurídica de nuestra época⁴², han tomado el lugar que el pasado tuvo el derecho natural. Es el respeto a esos derechos lo que hace la legitimidad de los ordenamientos formales e informales. No es sorprendente que Pedro Nikken haya pasado a estudiar los derechos humanos después de haberse interesado por los ordenamientos informales.

⁴¹ Luis Bergolla, Luis Bergolla y Can Eken, “A Socio-Legal Inquiry into Decentralized Justice & Blockchain-Based Arbitration, ICAR”, en: *Investment & Commercial Arbitration Review*, July 10, 2020.

⁴² Lawrence M. Friedman, *The human rights culture: a study in history and context*, Quid Pro Books, New Orleans, 2011.

DEBILIDAD DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

Gustavo Tarre Briceño*

SUMARIO

I. El neo-autoritarismo. II. La debilidad de las instituciones. III. La herencia colonial. IV. El legado del pasado republicano. V. El dilema del futuro. VI. La alternativa neoaautoritaria. ¿regreso al caudillismo? Conclusiones.

Queremos hablar de la democracia en América Latina, de su situación actual, de sus fracasos y de sus éxitos, lo que nos permitirá vislumbrar su futuro. Nuestro tema es la debilidad de la democracia en la región. Queremos hacer un balance, y desde estas primeras líneas, adelantamos, que la realidad que observamos no nos permite ser muy optimistas. El futuro de la democracia en el subcontinente no parece muy bueno y es legítimo preguntarse si la democracia, (igualmente valpuleada en otras latitudes), como sistema político y como forma de vida, tiene posibilidades reales de adaptarse y perdurar en la parte Sur del continente

Al terminar el Siglo XX se podía concluir, con poco temor a errar, que América Latina había dado pasos indudables hacia la estabilidad política, la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos. Las repúblicas ideadas por los libertadores parecían al alcance de la mano y los tiempos de las dictaduras militares, del autoritarismo y de las violaciones a los derechos humanos solo parecían haberse detenido en Cuba.

Nuestra intención es hacer algunos comentarios sobre el Estado en la América española y portuguesa en el marco de la “tercera ola” de expansión democrática que se vivió en el mundo y en la región en el último cuarto del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI. Samuel Huntington definió la “tercera hora” de la siguiente manera: “un grupo de transiciones de regímenes no democráticos a democráticos que tiene lugar en un periodo específico de tiempo y que excede en mucho a las transiciones en dirección contraria durante ese mismo periodo”¹. La democracia dejó de ser el régimen de un puñado de países para cubrir la casi totalidad del subcontinente. Debe

* Político, abogado, profesor y diplomático. Representante Especial de Venezuela ante OEA.

¹ Ver Samuel P. Huntington, “The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century”, en: *Journal of Democracy*, Vol. 2. Nº 2, Spring 1991, p. 15.

anotarse que el sistema de elecciones y de respeto a las libertades ciudadanas llegó a sociedades con niveles muy altos de pobreza y de desigualdad y que muchos de los derechos y garantías consagrados en las constituciones no se cumplían a cabalidad sino en un número muy limitado de países.

El 11 de septiembre del año 2002 el continente recibió un mandato de parte de la organización que agrupa a todas las naciones que lo integran con la aprobación de la Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos. En ella se estableció que “los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”.

El artículo 3 de la carta daba contenido a la palabra “democracia”, al establecer que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Y más adelante el artículo 4 agregaba: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

La Carta estableció además una relación muy importante entre el sistema político y el desarrollo y el progreso: “La democracia es esencial para el desarrollo social y económico de los pueblos de las Américas”. Se vincula de esta manera el tema del sistema político al problema del desarrollo económico y social y se permite enumerar las condiciones que deben reunirse para lograr el progreso de los países o contestar a la pregunta de por qué hay naciones que “fracasan”.

La Organización de Estados Americanos quiso dar el mandato de establecer verdaderas Repúblicas para el siglo XXI. Lamentablemente la Carta se quedó en el papel y su utilidad ha estado muy por debajo de las expectativas.

A partir del año 2006 se constata que lo que parecía una ola expansiva de democratización en el mundo fue un espejismo. A partir de esa fecha fueron muy pocas las nuevas democracias que se establecieron y muchas de las ya existentes se deterioraron. Esto ocurrió en las repúblicas que conformaron la extinta Unión Soviética, en los países satélites de la URSS en Europa oriental, en África, en América Latina y en muchos otros lugares.

Examinemos las realidades que hoy por hoy obstaculizan los caminos de la democracia liberal en América Latina.

I. EL NEO-AUTORITARISMO

La larga tradición de autoritarismo y de violación de las libertades y de los derechos humanos, especialmente ejercida a través de caudillos y dictaduras militares parecía superada, pero en los últimos quince años el viejo fantasma ha despertado o han surgido algunos nuevos que expresan o han expresado una tendencia hacia el populismo autoritario.

Algunas democracias se han salvado, pero esto no quiere decir que en ellas la aspiración republicana ha sido alcanzada ni que la democracia sea una forma de gobierno plenamente establecida, ni que sus principios políticos sean permanentemente respetados. No olvidemos que, para tomar una sola fuente, en el Índice de Libertad en el mundo, elaborado por Freedom House, solo Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica,

Panamá y Uruguay alcanzan la calificación de países “libres”². Debiendo anotarse que solamente en un par de esos países están ausentes los nubarrones de graves crisis societarias.

El resurgimiento del autoritarismo no es ni un fenómeno nuevo ni exclusivamente latinoamericano. Desde finales del siglo pasado los politólogos han empezado a hablar de una nueva categoría en el estudio de los sistemas políticos³. Algunos la llaman “autoritarismos competitivos”, otros hablan de “neautoritarismo” o de “regímenes híbridos”. John Keane rechaza los neologismos y habla de un resurgir del despotismo. Más benévulos algunos los denominan “democracias delegativas”. Para muchos no se trata de las viejas dictaduras o de los regímenes meramente autoritarios, pero es obvio que la democracia liberal ha sido descartada⁴.

La democracia, como lo consagra la Carta Interamericana, no se agota en la celebración de elecciones periódicas. Estas deben ser libres, justas y basadas en el sufragio universal, directo y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; con respeto a las libertades y a los derechos humanos y plenamente abiertas al pluripartidismo. La democracia, por tanto, es mucho más que elecciones y votaciones.

Ocurre que las instituciones democráticas pueden mantenerse de manera formal y el acceso al poder lograrse a través de ellas, pero se produce un marcado desequilibrio entre quienes ostentan el mando y quienes aspiran a él. Los partidos de oposición se toleran, pero no hay democracia si el juego electoral está falseado por el ventajismo, el control sofisticado de los medios de comunicación, los tribunales sometidos, el uso de modernos sistemas de vigilancia, la parcialidad de la autoridad electoral, la intimidación, la violencia muchas veces puntual y la corrupción como sostén del poder.

Según el autor argentino Guillermo O’Donnell, los 4 rasgos definitorios de la “democracia delegativa” son⁵:

1. El predominio del principio democrático del apoyo mayoritario del pueblo sobre el principio liberal de limitación jurídica del poder gubernamental.
2. El personalismo presidencial que encarna a la nación, define y defiende sus intereses.
3. La base política del jefe del Estado es un movimiento emotivo que supera al faccionalismo partidista.
4. El Presidente solo es “responsable ante el pueblo”.

Se vincula el nacimiento de estos regímenes a crisis profundas, al desprestigio de los partidos tradicionales, a la incapacidad para brindar soluciones que traen consigo

² Freedom House, *Freedom in the World*, 2020.

³ El estudio se origina en América Latina con los regímenes de Alberto Fujimori en Perú y Carlos Menem en Argentina, y con el desarrollo político de la Europa Oriental y de las antiguas repúblicas soviéticas una vez separadas de Rusia después de la caída del socialismo.

⁴ Ver, entre muchísimos otros, Steven Levitsky y Lucan A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*; Steve Levitsky y Daniel Ziblitz, *How Democracies Die*; Guillermo O’Donnell, *Illusions about Consolidation* y *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*; Ángel Álvarez, *La democracia delegativa y muerte de la Constitución*; William Galston, *Anti Pluralism, The Populist Threat to Liberal Democracy*; Javier Corrales y Michael Penfold, *Dragon in the Tropics*; Carlos Blanco, *Venezuela: del Bipartidismo al Neautoritarismo*; Thomas Carothers, *The End of the Transition Paradigm (Journal of Democracy)*; Juan J. Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*; Larry Diamond, “Elections without Democracy: Thinking about Hybrid Regimes” (*Journal of Democracy*); Andrea Cassani, “Hybrid what? Partial consensus and persistent divergences in the analysis of hybrid regimes”; William J. Dobson, *The Dictator’s Learning Curve*. Yascha Munk, *The People vs Democracy*; John Keane, *New Despotism*.

⁵ Ob. cit., pp. 750-757 y diario *La Nación*, artículo publicado el 29 de mayo de 2009.

el surgimiento de liderazgos mesiánicos que se sienten intérpretes únicos de la voluntad popular a la que se someten solo en el momento de las elecciones y que no aceptan ningún tipo de contrapesos a su poder.

Javier Corrales y Michael Penfold definen los regímenes híbridos como aquellos en los cuales los mecanismos de acceso al poder son una combinación de prácticas democráticas y prácticas autoritarias. Existe libertad y la oposición puede participar en procesos electorales, pero los sistemas de pesos y contrapesos han dejado de funcionar. Para estos autores, las características más resaltantes de los regímenes híbridos serían:

1. El diálogo y la negociación entre gobierno y oposición son muy poco frecuentes.
2. Las más altas posiciones del Estado se ven copadas por personalidades muy leales al gobierno.
3. La ley se invoca para castigar a los opositores y pocas veces para sancionar a los gobernantes.
4. El titular del poder cambia o interpreta a su manera la Constitución.
5. El equilibrio electoral no existe y los partidarios del gobierno gozan de ventajas que son sistemáticamente negadas a la oposición.

En estos regímenes neautoritarios, muchas veces la represión deja de ser masiva para tornarse selectiva. Ya no se trata de encarcelar a todo el que disienta, de cerrar todos los medios de comunicación, de asesinar o desaparecer a cientos o a miles de personas. La modalidad nueva consiste en reprimir con todo el rigor posible a unas pocas personas o a un pequeño sector, a varios periódicos, a varias estaciones de televisión, con la finalidad de atemorizar a la generalidad, logrando así la inhibición, el abandono de sus propios derechos, la autocensura y la emigración.

La organización de derechos humanos Human Rights Watch identificó a la Venezuela del año 2013, como el ejemplo latinoamericano de una tendencia global en la que los gobiernos adoptan formalidades democráticas, pero sin respetar su esencia. Se incluyó a Venezuela, junto con Egipto, Rusia y Turquía, en una lista de países que han incurrido en lo que denominan “mayoritarismo abusivo”⁶.

Estamos entonces frente a un fenómeno mundial. pero nos limitaremos en este escrito a América Latina.

II. LA DEBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES

En 1968, Samuel Huntington, al escribir sobre los países del llamado Tercer Mundo, analizó las causas de la inestabilidad, del desorden y del atraso y concluyó en que más importante que la forma de gobierno es el grado de gobierno con que cuentan.

Para el autor, la modernización social y económica afectó las instituciones políticas tradicionales, así como los fundamentos de la autoridad. Los cambios (urbanización, educación, industrialización, acceso a la información) no se vieron acompañados por una nueva organización del poder y una nueva institucionalización. El desarrollo político fue un proceso distinto al crecimiento económico y social.

Según Huntington la organización es la vía hacia el poder y su estabilidad y se constituye en una precondition para la existencia de la libertad política. Se trata de controlar el poder por la vía de una estructura de instituciones viables y se define a las instituciones como patrones de conducta estables, aceptados y recurrentes que

⁶ *Informe anual*, enero 2014.

trascienden a las personas de los líderes políticos. El principal problema de la política es el atraso en el desarrollo de las instituciones que deben respaldar los cambios económicos y sociales⁷.

Más recientemente, Francis Fukuyama⁸ ha señalado que el desarrollo de los países depende de su capacidad para dotarse de una estructura institucional sólida y flexible a la vez. Afirma que los tres componentes del orden político moderno son un estado fuerte y eficaz; un estado subordinado a la ley y un gobierno responsable ante los ciudadanos. Recuerda que el Estado es una organización jerárquica y centralizada que tiene el monopolio de la violencia legítima en un determinado territorio. Ese Estado, y quienes ejercen el poder, están sometidos a la Ley, respetan los derechos de los ciudadanos y consagran y garantizan la propiedad y el cumplimiento de los contratos.

No debe confundirse fortaleza con arbitrariedad: El Estado es fuerte en la medida en que cumple cabalmente con su cometido, pero tiene que hacerlo sometido a la ley y respetando los derechos y garantías. Con posterioridad surge el tercer elemento: La democracia cuyo significado más importante es que quienes gobiernan, responden ante los ciudadanos. Recuerda el autor que en Europa Occidental surge primero la Ley y luego viene un Estado fuerte y eficaz con toda una estructura administrativa. Esa estructura estatal se somete al Derecho y más adelante llega la democracia. Como complemento esencial a esta triada propuesta por Fukuyama, proponemos en este trabajo, agregar la separación de poderes. Los pesos y contrapesos, los *checks and balances*. No basta que el poder esté sometido a los límites que establece la ley; se requiere además mantenerlo dentro de esos límites. El poder tiene una dinámica propia que lo aparta de las ideas y de las reglas jurídicas y lo lleva a crecer cada día más. Se trata entonces de impedir que quien detente el poder caiga en la tentación de abusar. La propuesta, formulada por el Barón de Montesquieu, consiste en dividir el poder para que sea una parte del mismo la que detenga a aquella que pretende salirse de cauce⁹.

Daron Acemoglu y Jim Robertson establecen el carácter determinante de las instituciones. Ellas indican cómo se escoge a quienes gobiernan y cuáles son las competencias de cada una de las partes que conforman el gobierno. Determinan quién tiene el poder y cuáles son sus límites. Si el poder se concentra y no está sometido a límites, estamos en presencia de instituciones absolutistas en las cuales quienes detentan el poder pueden lograr que las instituciones económicas sirvan para enriquecerlos e incrementar su propio poder a expensas de la sociedad¹⁰.

Los mismos autores plantean la distinción entre instituciones políticas extractivas en las que un grupo pequeño de individuos lograr explotar al resto de la población, e instituciones políticas inclusivas o pluralistas, en las que muchos participan en el gobierno lo que excluye o disminuye la explotación. Inglaterra fue el primer país en el que apareció la segunda categoría¹¹.

Huntington, Fukuyama, Daron Acemoglu y Jim Robertson han descrito fenómenos universales, fundamentados en la creciente globalización. El análisis de América Latina no puede pretender escapar a esa realidad, pero los instrumentos brindados por la Ciencia Política moderna no pueden trasplantarse ignorando la riqueza de un pensamiento político y de una elaboración teórica propia.

⁷ *Political Order in Changing Societies*.

⁸ *The Origins of Political Order y Political Order and Political Decay*.

⁹ *El Espíritu de las Leyes*. Libro XI.

¹⁰ *Why Nations Fail*, pp. 79 y 80.

¹¹ *Ibid.*, p. 80.

Las instituciones inclusivas inglesas se trasladan a las 13 colonias norteamericanas, mientras que las instituciones extractivas españolas y portuguesas se superponen a las estructuras precolombinas. Como bien señala Octavio Paz, el Virrey español es el continuador del Tlatoani mexica y el predecesor del Dictador después de la independencia y del Señor Presidente priista¹².

Si aceptamos la idea de que la fortaleza de las instituciones es un requisito indispensable para la viabilidad democrática y el desarrollo económico de América Latina, es pertinente preguntarse cuáles son las instituciones que deben fortalecerse y determinar si el tipo de democracia que debe buscarse es el modelo liberal en lo político con el contenido social que cada país estime conveniente.

La literatura política es rica en el estudio de la inadecuación de las instituciones y la inconveniencia de los trasplantes¹³.

Simón Bolívar, entre muchos otros, vio claramente el problema:

¿No dice El Espíritu de las Leyes que estas deben ser propias para el pueblo que se hacen? que es una gran casualidad que las de una nación puedan convenir a otra; que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos; referirse al grado de libertad que la Constitución puede sufrir, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales. ¡He aquí el Código que debíamos consultar, y no el de Washington!" ... "Tengamos presente que nuestro pueblo no es el europeo, ni el americano del Norte, que más bien es un compuesto de África y de América, que una emanación de la Europa; pues que hasta la España misma deja de ser europea por su sangre africana, por sus instituciones y por su carácter. Es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos. La mayor parte del indígena se ha aniquilado, el europeo se ha mezclado con el americano y con el africano, y este se ha mezclado con el indio y con el europeo. Nacidos todos del seno de una misma madre, nuestros padres, diferentes en origen y en sangre, son extranjeros, y todos difieren visiblemente en la epidermis; esta semejanza trae un reato de la mayor trascendencia¹⁴.

La importación de instituciones europeas o norteamericanas a realidades culturales, geográficas, económica y políticas diferentes, generalmente conduce al rechazo. La coexistencia de instituciones foráneas con realidades que les son extrañas genera una disfuncionalidad que tiene diferentes efectos: Las instituciones no cumplen su cometido, no se adaptan, no funcionan. Ante esas situaciones, el gran escritor brasileño Sergio Buarque de Holanda dijo sentirse "desterrado en su propia tierra"¹⁵. Desde el Uruguay, José Enrique Rodó critica el sometimiento a los valores sajones que conducirá a someterse a la América inglesa. Critica el utilitarismo, la "nordomanía" y señala que no se debe renunciar al pasado propio, a los orígenes hispanos, a la propia historia¹⁶.

Podríamos recoger incontables opiniones coincidentes, pero nos limitamos, como conclusión, a repetir las palabras de José Martí:

El buen gobernante en América no es el que sabe cómo se gobierna el alemán o el francés, sino el que sabe con qué elementos está hecho su país, y cómo puede ir guiándolos en

¹² Ver *El Ogro Filantrópico*.

¹³ Una muy acertada visión desde la óptica anglosajona puede encontrarse nuevamente en Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations*.

¹⁴ Discurso al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819. Para el lector interesado en el tema, recomendamos el ensayo de José de Vasconcelos, *La raza cósmica*.

¹⁵ Racines du Brésil, p. 11.

¹⁶ *Ariel*.

conjunto, para llegar, por métodos e instituciones nacidos en el país mismo, a aquel estado apetecible donde cada hombre se conoce y ejerce, y disfrutan todos de la abundancia que la naturaleza puso para todos en el pueblo que fecundan con su trabajo y defienden con sus vidas. El gobierno ha de nacer del país. El espíritu del gobierno ha de ser del país. La forma de gobierno ha de avenirse a la Constitución propia del país¹⁷.

III. LA HERENCIA COLONIAL

Así como la experiencia colonial en cuanto al ejercicio limitado del poder dejó un legado importantísimo en el norte del continente, no ocurrió lo mismo con las instituciones españolas y portuguesas en la América meridional. Los sistemas imperantes con sus consejos, reinos, virreinos, capitanías generales e intendencias no brindaron una práctica sólida para instaurar ni estados fuertes ni gobiernos sometidos a la Ley.

Sí se recibió de España una riquísima tradición de fueros y libertades, además de una elaboración doctrinaria que, más que cualquier otra, fue la inspiración del movimiento independentista¹⁸.

La más antigua doctrina española, predicada por teólogos y canonistas, rechazó siempre el poder absoluto. Inspirados en Santo Tomás de Aquino, pensadores de los siglos xv y xvi, tales como los frailes dominicos Francisco Vitoria, Domingo de Soto, y Melchor Cano, el agustino Juan Márquez y los jesuitas Juan de Mariana y Francisco Suárez, escribieron sobre los límites al poder de los reyes, el derecho de rebelión, la igualdad, el autogobierno y las leyes justas¹⁹.

En el acta del Cabildo de Caracas del 19 de abril de 1810 se señala que “al no existir en la Península gobierno de ningún género” se recurre al derecho natural para ejercer la soberanía que ha recaído en el pueblo, “conforme a los mismos principios de la sabia Constitución primitiva de la España”²⁰. Argumentación idéntica se repite en las principales ciudades de las Indias para justificar el nacimiento de “juntas de gobierno”, invocando las leyes y doctrinas españolas²¹. Entre las mejores expresiones de estas tradiciones jurídicas encontramos al padre Miguel Hidalgo en México²² y al venezolano Juan Germán Roscio, una de las mentes más esclarecidas de todo el proceso emancipador, autor de *El triunfo de la Libertad sobre el Despotismo*.

¹⁷ *Nuestra América*, p. 16.

¹⁸ Debe recordarse que la independencia de Brasil no fue el resultado de una insurrección revolucionaria en contra de Portugal sino del traslado de la monarquía, de la metrópoli a la colonia, a raíz de la invasión napoleónica y que la independencia fue proclamada en 1822 por el propio Rey de Portugal.

¹⁹ Autores como Richard M. Morse (*El espejo de Próspero*, 1978), piensan, por el contrario, que la tradición neotomista española brinda fundamento a la concentración del poder en el gobernante.

²⁰ Ambrosio Oropeza, *Caracteres originarios del Estado venezolano*, pp. 11 y siguientes.

²¹ Sobre este tema ver, entre muchos otros, Manuel Giménez Fernández, *Las doctrinas populistas en la independencia de Hispano-América*, Sevilla, 1947; Antolín Sánchez Cuervo y Ambrosio Velasco Gómez (coords.), *Filosofía política de las independencias latinoamericanas*, Madrid, Biblioteca Nueva, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2012; Enrique Gandía, *Las ideas políticas de los hombres de Mayo*, Buenos Aires, 1965; Miguel Molina Martínez, *Los cabildos y la independencia de Latinoamérica*, Granada, 2002; y el exhaustivo estudio del profesor argentino Otto Carlos Stoetzer, *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española* (Colección Estudios Políticos), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

²² Ver Georgina Villafranca López, *El pensamiento filosófico y político del Padre de la Patria*, México, 2010.

Además, nos recuerda Ángel César Rivas que:

...desde el siglo XI, los monarcas de Castilla concedieron a sus súbditos privilegios extraordinarios que constituyeron los fueros de las ciudades, siendo así que bien puede mirarse ese reino como la nación de Europa que primero implantó un régimen de libertades municipales²³.

Los fueros permitían a las ciudades organizar sus ayuntamientos, nombrar jueces civiles y criminales que amparaban a sus habitantes y no permitían la intromisión de la Justicia Real ni de la nobleza.

Tampoco debe escatimarse la influencia de los teóricos liberales, que condujeron en España al establecimiento de una “monarquía moderada hereditaria” en la Constitución de Cádiz de 1812²⁴.

Desde el punto de vista constitucional, como de manera muy clara lo explica el historiador Germán Carrera Damas, las nuevas repúblicas americanas diseñaron una nueva estructura de poder y la república sustituyó a la monarquía. Pero en el orden jurídico-social presenciamos una “continuidad jurídica”. “Solo los espíritus tan exaltados como carentes de sentido histórico podrían concebir el establecimiento de la República como un corte radical y absoluto con el pasado”²⁵.

El orden jurídico español y portugués tuvo, además una característica especial: Las metrópolis coloniales, separadas por miles de kilómetros de las realidades que pretendía normar, dictaban leyes, pragmáticas y reales cédulas que se alejaban tanto de las realidades, que provocaron el surgimiento de una respuesta: “Se acata pero no se cumple”, insólita manifestación del rechazo de la norma basado en la realidad reacia a imposiciones y trasplantes. Mientras que el *common law* llevado a las 13 colonias norteamericanas aseguraba un ordenamiento legal apegado a las realidades del nuevo continente, el Consejo de Indias y el Consejo Ultramarino, desde Sevilla y desde Lisboa, dictaban normas que no podían cumplirse por no adaptarse a condiciones sociales demasiado distintas.

Por último, no pueden olvidarse los aportes de los recién independizados Estados Unidos de América y la influencia de los pensadores ingleses y franceses, que fueron también elementos claves para la limitación del poder, la separación de poderes y los derechos de las personas, en los debates, en las discusiones y en las primeras constituciones²⁶.

²³ Citado por Augusto Mijares, *La interpretación pesimista de la Sociología Hispanoamericana*, pp. 24-25.

²⁴ Ver Juan Ignacio Marcuello Benedicto, “División de poderes y proceso legislativo en el sistema constitucional de 1812”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 93, 1996, pp. 219-231 y Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de Cádiz de 1812 y los principios del constitucionalismo moderno: su vigencia en Europa y en América*. Hablamos de la influencia de quienes inspiraron la Constitución gaditana, no del texto mismo, que se sanciona en 1812 y cuya influencia fue, en Venezuela, muy modesta. Ver Allan R. Brewer-Carías, *El paralelismo entre el Constitucionalismo venezolano y el Constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)*. Germán Carrera Damas en *Colombia, 1821-1827, Aprender a edificar una República moderna* por el contrario ve un paralelismo entre el Poder Ejecutivo consagrado en la Constitución de Colombia de 1821 y lo establecido en relación con el rey en la Constitución de Cádiz, p. 82.

²⁵ Ob. cit. La cita corresponde a las páginas 125 y 126 de *Colombia, 1821-1827, Aprender a edificar una República moderna*, pero el planteamiento es una de las ideas centrales sostenidas por el autor.

²⁶ Entre muchos textos que se refieren a la historia de Estados Unidos y su influencia, queremos recomendar uno reciente: *These Truths* de Jill Lepore (2018).

Terminadas las guerras de independencia, no puede hablarse de un balance de éxitos. Durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, América Latina vivió una polémica entre legalismo, civilismo y Estado de Derecho, por una parte, y autocracia, paternalismo y gendarme necesario, por la otra.

En este sentido reproducimos el análisis del profesor Cecil Jane de la Cátedra de Estudios Hispánicos de la Universidad de Oxford:

La población de las Repúblicas Hispanoamericanas está permanentemente dividida en dos partidos, a cada una de los cuales impulsa su devoción por un principio. Sostiene el uno que es la libertad; el otro, que es el orden el más alto bien. Para el uno, cercenar las facultades del Poder Ejecutivo es un fin por el que se debe luchar; Para el otro, la estabilidad del Estado. No se trata de que el uno busque deliberadamente la desintegración de la sociedad o de que el otro aspire deliberadamente a la opresión del ciudadano, sino que uno prefiere la desintegración a la tiranía, y otro la tiranía a la desintegración²⁷.

Esta resulta ser una visión optimista, pues supone que detrás de la ambición de los líderes militares (y de más de un civil) existieron siempre “principios”, pero no cabe duda de que la permanente tensión entre civilistas y personalistas dividió a nuestras repúblicas.

Pero hay una constante que se empieza a manifestar en 1812 y, en nuestra opinión, solo mengua a partir en la segunda mitad del Siglo XX. Se trata del predominio militar. Los mecanismos de control civil establecidos en las primeras Constituciones tuvieron una vigencia limitada para luego desaparecer ante las diferentes realidades.

A partir de 1810, el primer imperativo era ganar la guerra y todo debía subordinarse a esa meta. Situación que se presenta para ambos bandos, pues no debe obviarse que los caudillos militares españoles desconocieron también a las legítimas autoridades realistas.

En la evolución histórica del subcontinente desde las guerras de independencia hasta casi todo el siglo XX, las relaciones civiles y militares han sido primero militares y después civiles. El predominio político-militar se vio marcado además, por el surgimiento de los caudillos.

IV. EL LEGADO DEL PASADO REPUBLICANO

El gran escritor y poeta mejicano Octavio Paz hace un análisis del proceso histórico de institucionalización de México, que puede extenderse a los países vecinos. Señala que, debido a la ausencia de un poder central moderador y a la falta de tradiciones democráticas, surgió en ese país lo que el autor denomina “la plaga del militarismo” para dirimir, por la fuerza, las diferencias entre las distintas facciones. “La espada fue así la respuesta a la debilidad del Estado y al poder de las facciones” dice Paz²⁸.

Entre las características generales que se heredan del reciente pasado republicano, destacamos:

1. La gran mayoría de los intentos destinados a establecer un Estado de Derecho se enfrentaron al personalismo y a la fuerza mesiánica de los caudillos. El poder fáctico ha tenido más fuerza que la ley. América Latina ha sido el escenario de una permanente lucha entre la libertad y el despotismo, que ha dejado un saldo poco alentador. Los largos períodos de dictadura oscurecen los escasos lapsos democráticos. La realidad fue la de un poder ejercido sin contrapesos.

²⁷ *Libertad y despotismo en América Hispana*, citado por Carlos Sánchez Viamonte, *Bases esenciales del Constitucionalismo latinoamericano*, pp. 37-38.

²⁸ *El ogro filantrópico*.

2. Los oficiales de los ejércitos libertadores cobraron caro su aporte de sangre y sacrificio, reclamando como premio bienes y cuotas de poder. Quienes les siguieron en el oficio de las armas se han sentido, en la mayoría de los países, herederos de la gloria de sus predecesores (con la diferencia de que rara vez se la ganaron) y por tanto acreedores a la misma participación en la vida política y en la fortuna. El enfrentamiento entre civilismo y militarismo no es entonces ninguna novedad para nosotros.
3. Más que en cualquier otro continente, hemos presenciado un choque entre la realidad y la norma. Sabios legisladores y constituyentes han intentado domesticar una realidad rebelde que se resiste. “Constituciones de papel” y “repúblicas aéreas”²⁹.
4. Desde el nacimiento de las repúblicas hemos presenciado una constante aspiración insatisfecha hacia la igualdad política y social. Forma parte del ser latinoamericano el rechazo a las distinciones nobiliarias, de castas, políticas, raciales y sociales pero la realidad señala al subcontinente como la región con mayores desigualdades del mundo.
5. Desde la Independencia, y sin interrupción, se han venido enfrentando el centro y la periferia, el centralismo y el federalismo. Las capitales se han impuesto a las provincias, pero estas nunca han abandonado su afán de autonomía.
6. No ha existido, salvo cortas excepciones, la separación de poderes, los *checks and balances* tan caros a los colonos ingleses del norte como antidotos contra la tiranía. Hemos conocido una concentración del poder en el Ejecutivo, parlamentos sumisos y jueces obsecuentes. El Presidente ha ejercido un poder mesiánico ante quien todos se doblegan. Para usar la expresión del Barón de Montesquieu, el poder no ha detenido al poder.
7. Las nuevas repúblicas no supieron escapar del sistema de dominación patrimonial que imperó en las colonias. La distinción entre el ámbito de lo público y el ámbito de lo privado no pudo establecerse de manera total y muchas veces los cargos y los bienes se consideraron la propiedad personal de gobernante de turno. La corrupción, con contadas excepciones, ha marcado y marca la actividad administrativa.

V. EL DILEMA DEL FUTURO

A la mitad de la segunda década del Siglo XXI, debemos reflexionar sobre el futuro del Estado en América Latina. La visión optimista de hace algunos años se ve opacada por el resurgimiento autoritario, la violencia que acompaña al crimen organizado, por la incidencia que sobre la democracia está teniendo y tendrá el deterioro de la situación económica que ha conducido a migraciones masivas, por el surgimiento de nuevos actores y por una pandemia paralizante.

El panorama actual nos permite plantear que existe un dilema para América Latina: Repúblicas o regreso al caudillismo, si es que alguna vez este había desaparecido. Sabemos perfectamente el riesgo que se corre con cualquier planteamiento dicotómi-

²⁹ En 1812, en el Manifiesto de Cartagena, Simón Bolívar definió las repúblicas aéreas como aquellas construidas sobre la base de lo ideal y no de lo posible, con “filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica, y sofistas por soldados”. En 1862 Ferdinand Lasalle, abogado, analista y sociólogo alemán, dictó dos conferencias intituladas “Über Verfassungswesen” o (¿Qué es una Constitución?) en las que distinguió la Constitución real (aquella que se forma por lo que denominó los “factores de poder real”, es decir, todos aquellos factores de poder que constituyen la realidad de una sociedad) y la Constitución de papel, ajena a la realidad y que no tiene vigencia efectiva.

co. Por ello preferimos no plantear el dilema entre democracia y dictadura sino más bien ver en la República y el caudillismo, más que regímenes, movimientos³⁰.

Acto seguido, corresponde aclarar qué entendemos por estos términos. Ello sin negar la importancia de las tipologías, caracterizaciones y definiciones y la inmensa riqueza que sobre estos temas existe en la ciencia política y en el derecho constitucional. Sencillamente creemos que extendernos mucho en estas definiciones escaparía a la intención del presente texto.

Por esta razón, nos limitamos a plantear la República en la América española y portuguesa como una aspiración.

Recordamos que en el sentido más amplio *Res Pública* significa “la cosa pública”, que nació como una alternativa a la monarquía hereditaria; que se trata de un sistema político en el cual la Ley se encuentra por encima de las voluntades individuales y que frente a ella todos son iguales. Una pluralidad de personas, elegidas por la mayoría del voto popular ejerce el gobierno por lapsos limitados y lo hace en representación y velando por los intereses de todos los ciudadanos. La legitimidad del poder proviene del consentimiento del pueblo y las decisiones se toman después de debates abiertos con una participación plural y con acceso pleno a la información. Entre el individuo y el Estado existe una amplia gama de sociedades intermedias que conforman la sociedad civil y que son vehículos de participación y de solución de problemas. Ampliando el concepto, agregamos que el poder, para el cumplimiento de los fines del Estado, se encuentra dividido en varias ramas que se complementan y controlan entre ellas y que los derechos humanos y libertades ciudadanas se encuentran plenamente garantizadas. No identificamos “república” con “democracia”. Esta es un sistema de gobierno que descansa sobre el poder del pueblo, ejercido directamente o indirectamente a través del sufragio. La república incluye a la democracia pero no se limita a ella. Constituye un sistema de valores producto de tradiciones históricas, es, en Latino América, la heredera de las guerras de independencia, pero es también la encarnación de múltiples movimientos hacia el progreso, una ambición común a todos los ciudadanos. La República promueve la discusión y el debate, rechaza la personalización del poder, el mesianismo. Los gobernantes son servidores públicos que no pueden esperar otra recompensa que no sea el reconocimiento de sus conciudadanos: Queda, en consecuencia, excluida la idea patrimonial en la que se confunde lo público con lo privado y que permite la apropiación de los bienes de todos por parte de algunos.

Son totalmente ajenos a la aspiración republicana los salvadores indispensables, los dictadores supremos, los autoproclamados “herederos de los libertadores”, los comandantes eternos. La República encuentra su fundamento en la virtud.

VI. LA ALTERNATIVA NEOAUTORITARIA. ¿REGRESO AL CAUDILLISMO?

El surgimiento de los nuevos autoritarismos es la negación de la República. Podríamos hablar del regreso al autoritarismo o de neautoritarismo; de dictaduras o neodictaduras; también cabría la expresión “populismo autoritario”. No estamos de acuerdo con el calificativo de “democracias iliberales” propuesto, entre otros por Fareed Zakaria, quien distingue entre “democracia” y “liberalismo constitucional”³¹.

³⁰ Trazamos esta distinción como un paralelo al planteamiento de Juan J. Linz relativo al fascismo. Ver *Totalitarian and Authoritarian Regimes*.

³¹ El surgimiento de democracias no liberales, en *Política Exterior*, Vol. 12, No. 62 (Mar. - Apr., 1998), (traducción del texto publicado en inglés en la Revista *Foreign Affairs* en 1994); ver sobre este tema:

Serían democráticos los gobierno que acceden al poder mediante elecciones libres, mientras que el liberalismo constitucional lleva consigo el *rule of law*, la separación de poderes, el respeto por los derechos y garantías. Constatamos sin embargo que la mera exigencia de elecciones libres supone la existencia de una autoridad electoral imparcial, una completa libertad de pensamiento, de expresión y de manifestación, el pluralismo político, la igualdad de condiciones para participar y una jurisdicción electoral confiable. Estas condiciones solo han existido en las democracias liberales. Pueden haber existido gobernantes que acceden al poder mediante elecciones libres, pero una vez en poder, las elecciones subsiguientes dejan de ser libres. El término “democracia no liberal” constituye un oxímoron. La República tiene que ser liberal sin entendemos por ello el ejercicio pleno de los derechos civiles; la realización de elecciones en las que la voluntad popular puede manifestarse de manera diáfana y con igualdad de oportunidades para todos; unas fuerzas armadas sometidas al poder civil; un poder público cuyo ejercicio está limitado en el tiempo, sometido a controles y contrapesos y absolutamente tolerante y permeable a la crítica. Si se prescinde de estas condiciones, sencillamente no hay República, lo que no significa que los regímenes que lo hagan no pueden tener aciertos y lograr mejoras para sus ciudadanos. Para poder existir una democracia en el sentido expresado por Abraham Lincoln, el gobierno tiene que ser “del pueblo y por el pueblo”. No basta que sea o diga ser “para el pueblo”. El despotismo ilustrado no es compatible ni con la república ni con la democracia y mucho menos el despotismo no ilustrado. La mera mención de “democracias no liberales” recuerda las “democracias populares” de la Europa Oriental de la segunda mitad del siglo XX.

Planteamos que la alternativa a la República es el caudillismo. El mismo caudillismo del siglo XIX, aunque revestido de un nuevo ropaje.

En la historia política de América Latina, este tipo de régimen se identifica comúnmente con las dictaduras, y se completa con el agregado del carácter militar de las mismas.

No todas las dictaduras son ejercidas por caudillos ni son iguales, pero de alguna manera, comparten su esencia. Pueden cambiar las apariencias, las formas y formalidades, los ritos y rituales, los disfraces, las prácticas y las explicaciones. Puede haber elecciones o no haberlas.

En la historia, el dictador es uno. Como bien dice el filósofo venezolano-chileno Antonio Sánchez García,

sobre ese dictador –con los debidos matices del horror absoluto o del horror relativo– no existe potestad alguna: puede decidir a quien se culpa o se perdona, se encarcela o se libera, se mata o se deja con vida. A él le están supeditados todos los poderes y ninguno posee autonomía: fiscales, contralores, diputados, generales, funcionarios, todos le deben obediencia. En esencia: él y su grupo, son dueños del Poder, controlan el tiempo y el espacio de sus dictados, permiten o prohíben, sea directamente y con violencia, sea con mecanismos disuasorios de distinta naturaleza: si se habla y qué se habla, si se publica y qué se publica, si se informa o qué se informa. Poco importa también, qué, quién, y cómo lo sostiene: una camarilla cívica y/o militar, un partido, un Estado extranjero, etc. En una palabra: dictatorial es aquel régimen en que la autonomía e independencia de los poderes han dejado de existir, los mecanismos de control sobre las acciones de quien ejerce el Poder han desaparecido, la ley es atributo exclusivo de su poder y el ámbito y extensión del Poder de quien dicta es tan

Gustavo Tarre, *Illiberal Democracies in Latin America*, Law and Liberty, diciembre 2015; Georges Gray Molina *¿Cómo evaluar democracias que no son liberales?*, nota preparada para la reunión del Grupo de Gobernabilidad Democrática del Inter-American Dialogue, 24 de mayo de 2010.

universal, que en rigor puede ejercer, virtualmente, el más alto derecho del dictador: decidir de la vida o la muerte de los ciudadanos sometidos a sus dictados³².

En el mundo hispano, se ha usado, algunas veces la expresión “dictablanda”. Surgió el término en España, cuando terminaba el reinado de Alfonso XII y el general Dámaso Berenguer sustituyó al general Miguel Primo de Rivera. Pasándose de la “dictadura” del primero, a la “dictablanda” del segundo. El diccionario de la Real Academia Española acogió el término, como una forma festiva de dictadura, y catalogándolo como una expresión irónica, definida de la siguiente manera: “dictadura poco rigurosa, en comparación con la otra”. Se usó el término para definir el gobierno autoritario y pro fascista de Gabriel Terra en Uruguay (1933); se oyó también en los últimos días del general Francisco Franco, luego lo acogió para sí el general Augusto Pinochet³³. Frente a la “dictadura perfecta”, expresión utilizada por Mario Vargas Llosa para definir el gobierno del PRI en México, Enrique Krauze retomó el concepto de dictablanda³⁴.

A la palabra dictadura se le pueden adicionar adjetivos, se le puede reforzar o suavizar. Las hay más represivas, casi todas tratan de disimular su verdadera esencia, pero en el fondo lo que importa es el ejercicio del poder desmedido, sin control, sin límites. Las dictaduras, nos recuerda Karl Schmidt permiten “una participación ruidosa, pero políticamente insignificante en los acontecimientos estatales, además de un inteligente miramiento para la vanidad humana. No falta aquí el catálogo de recetas inaugurado por Maquiavelo, indicando lo que hay que hacer para mantenerse en posesión del poder político, como tampoco falta la representación del pueblo como el gran animal polícromo, que tiene que ser manejado con determinadas maquinaciones”. En suma, “los arcana son planes y prácticas secretos, con cuya ayuda son mantenidos los jura imperii”³⁵.

La pregunta obvia es la siguiente: ¿Pueden los regímenes autoritarios que surgieron en el transcurso de este siglo ser calificados como dictatoriales?

Adelantamos que la respuesta no es uniforme, pero respaldamos el uso del término “dictadura” para identificar las nuevas visiones de un poder, encarnado en una sola persona o en un pequeño grupo, no sometido a límites ni controles, sostenido por la represión y que atenta contra los derechos humanos, así tomen el disfraz del socialismo.

Recordamos que el viejo caudillismo surge al culminar las guerras de independencia, cuando colapsa el orden colonial y se produce un choque entre el poder de la Ley y la fuerza de las armas. La competencia política se coloca en la confrontación armada y prevalece el hombre frente que toma en sus manos los destinos de las antiguas colonias. Se trata de un liderazgo fundamentado en las condiciones personales de un líder y que surge en países con no han tenido instituciones o cuyas instituciones se han debilitado o han perdido la confianza de los ciudadanos. Para Domingo Faustino Sarmiento, se trata de un enfrentamiento entre civilización y barbarie que encarna el rechazo del gobierno civil, basado en el cumplimiento de la Ley

No todos los caudillos son iguales ni en el tiempo ni en el espacio. Las formas de dominación, sin embargo, son muy parecidas. La historia incluye una amplia varie-

³² *El gran engaño, la dictadura y sus arcanos*, pp. 1-2.

³³ “Esta nunca ha sido dictadura, señores. Esta es dictablanda, pero si es necesario vamos a tener que apretar la mano, porque tenemos que salvar primero al país y después miraremos hacia atrás”. Septiembre de 1985, *You Tube*, <https://www.youtube.com/watch?v=OVvcqVRPyb4>.

³⁴ Ver Paul Gillingham, en: *Dictablanda, Politics, Work and Culture*, México 1938-1968, p. 7.

³⁵ *La dictadura*.

dad que va en Venezuela de José Antonio Páez a Hugo Chávez y que se expresa en la Argentina de José Manuel de Rosas y de Juan Domingo Perón, en el Paraguay de Gaspar Rodríguez de Francia y de Alfredo Stroessner, en el México de Francisco de Iturbide y de los “dictadores perfectos del PRI. Getulio Vargas, Rafael Leónidas Trujillo, y Omar Torrijos, son personalidades distintas que corresponden a épocas diferentes. Personalidades tan variadas con pensamientos tan disímiles como Francisco Franco y César Augusto Sandino; Jorge Eliécer Gaitán y Antonio de Oliveira Salazar; Antonio López de Santana, Porfirio Díaz y Emiliano Zapata se han autodenominado “caudillos” o han sido calificados como tales.

Veamos entonces cuáles son los rasgos que nos permiten plantear que, frente a la República constitucional, basada en fuerte instituciones, se presenta modernamente la alternativa de un nuevo caudillismo dictatorial cabalgando el potro del populismo³⁶:

1. En primer lugar, el caudillo/dictador se mantiene en el poder gracias al apoyo de las fuerzas armadas. En algunos casos se trata de un militar, en muy pocas ocasiones, con méritos de guerra.
2. El caudillo/dictador goza de carisma, es decir que ha logrado establecer una comunicación emocional, magnética, con la comunidad que dirige y que lo considera un ser excepcional, a veces sobrehumano o sobrenatural. El carisma conduce a un estilo personalista que se dirige a “su pueblo” de manera directa y sin intermediarios, entiende sus problemas e interpreta sus aspiraciones. El culto a la personalidad es un denominador común.
3. Los caudillos no se sienten atados por ninguna norma, ninguna ley, que no sea el mandato del pueblo. Pretenden ejercer el poder por tiempo ilimitado y rechazan la alternabilidad en base al apoyo popular.
4. Existe un total desprecio por la democracia liberal, se concentra el poder tanto horizontal como verticalmente. Se establece un gobierno paternalista que descarta la separación de poderes y el federalismo y la descentralización. La administración pública se maneja en función a la lealtad de los funcionarios y no a sus capacidades y competencias.
5. El caudillo/dictador es reacio a la crítica, tratan de eliminar o reducir al mínimo la oposición. Quien le adverte no se coloca en contra de un líder sino en contra de la nación, de la patria. Se tiende a criminalizar cualquier actuación opositora. Su ideal sería el partido único o absolutamente predominante cuya dirección ejerce identificándolo con el Estado y el gobierno.
6. Se presenta una confusión entre los bienes públicos y los bienes privados del caudillo/dictador, de sus seguidores y de su clientela, lo que, unido a la ausencia de controles reales, se traduce en corrupción y malversación de los fondos públicos. Los recursos del Estado son repartidos de manera discrecional, la inversión se transforma en “donaciones” que se dan a cambio de sumisión y obediencia. Se diseñan grandes proyectos cuya importancia solo es determinada por el caudillo, que no toman en cuenta costos ni consideraciones económicas. Las consecuencias negativas (inflación, descapitalización, desempleo, endeudamiento desmesurado) siempre serán señaladas como producto de la acción de sus enemigos y nunca serán reconocidos como el producto de errores propios.

³⁶ Entre otras fuentes, tomamos estos rasgos del estudio del investigador mexicano Pedro Castro en “El caudillismo en América Latina hoy”. Están siempre presentes las reflexiones de Max Weber sobre la legitimidad carismática (*Economy and Society*, Vol I, pp. 241 ss.).

El caso de Venezuela presenta unas características diferentes: No padecemos en el Palacio de Miraflores a un caudillo con algún asomo de legitimidad carismática. Nicolás Maduro tiene una comunicación con el pueblo muy limitada y nadie le considera “un ser excepcional”. Maduro se presenta como un caudillo subrogante, habilidoso y macabro, cuya supuesta legitimidad proviene de haber sido ungido por Hugo Chávez. Poco le importa la ausencia de respaldo popular pues fundamenta su permanencia en el poder en el uso de la represión, la corrupción y en el apoyo que su supuesta ubicación en “la izquierda” que le brinda el sostén de países como Cuba, Argentina, Nicaragua, Bolivia y México. Por otra parte, Cuba junto con Rusia, China, Irán y Turquía reciben grandes beneficios económicos a cambio de un respaldo que nada tiene que ver con la existencia del socialismo del siglo XXI.

CONCLUSIONES

Queda muy claro que las conquistas de la democracia liberal no pueden negarse y que no se ha propuesto ninguna alternativa válida para sustituirlas. Todos los intentos, sinceros o hipócritas para establecer en América Latina “democracias verdaderas” que pretendían adaptarse a las realidades, desembocaron, en el mejor de los casos, en gobiernos autoritarios. Hizo bien la Carta Democrática en asumir las instituciones representativas propias a la democracia liberal.

Pero la realidad es rebelde y siempre cabe preguntarse si es viable la democracia liberal en América Latina. Lo que no es obstáculo para el diseño de nuevas instituciones, especialmente aquellas dirigidas a un incremento real de la participación; relaciones más eficientes entre el Ejecutivo y el Legislativo; tribunales más cercanos a la gente y menos influenciados por los poderosos; novedosas formas de poder local; imaginativas regulaciones a los partidos políticos.

Para enfrentar al nuevo caudillismo, la democracia requiere “reinventarse”, hace falta una puesta al día, adaptar las instituciones a las nuevas realidades. Los demócratas tienen que buscar el restablecimiento de una relación de confianza con la sociedad, recuperar el valor de la política. Para ello tienen que valerse de los instrumentos que la tecnología ofrece.

Las redes sociales, manejadas por las nuevas dictaduras y por todo tipo de nuevos actores no convencionales, se usan para polarizar y dividir. Tienen que convertirse en instrumentos para la cultura cívica y aunque parezca un idealismo ingenuo, para la promover las virtudes cívicas. Para ello deben servir como sitios de discusión y deliberación.

Frente al resurgimiento del caudillismo dictatorial debe construirse la barrera del Estado de Derecho.

Este es el reto de la Democracia del Siglo XXI.

LA GARANTÍA POPULAR DE LA “CONSTITUCIÓN” (UNA NUEVA MIRADA SOBRE LA RESISTENCIA CONTRA LA OPRESIÓN, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS)

Claudia Nikken*

SUMARIO

I. La garantía popular de la constitución: términos de referencia. 1. El sentido del término “constitución” en el marco del presente análisis. A. La constitución como concepto. B. Constitución “formal” y constitución “real”. 2. Hacia una definición de la garantía popular de la constitución. A. La garantía de la constitución: aproximación conceptual. B. Garantía de la constitución y resistencia contra la opresión. a. El derecho de resistencia contra la opresión. b. Manifestaciones del derecho de resistencia contra la opresión. II. La garantía popular de la constitución: ¿por qué? ¿cómo? ¿para qué? 1. La opresión del cuerpo social como presupuesto de la garantía popular de la constitución: del dismantelamiento de los pilares del Estado de derecho a la negación de la dignidad de la persona humana. 2. La deconstitución como mecanismo de la garantía popular de la constitución. A. La ruptura como proceso inicial. B. La transición constitucional como instrumento de contención. 3. La reconstitución como fin de la garantía popular de la constitución, más allá del ejercicio del poder constituyente. A. La negociación y conclusión de un nuevo pacto social. a. La construcción de futuro: el pliego de condiciones (cahier de charges) constitucional. b. La legitimación del proceso: instancias y procedimiento constituyente. B. La justicia transicional como salvaguardia del nuevo pacto social. a. Lo que es la “justicia transicional”. b. Los motivos de la justicia transicional ante la necesidad de la consolidación democrática. c. Los particulares (¿peculiares?) métodos de la justicia transicional. Epílogo: “Venezuela está en peligro y los venezolanos tenemos que retomar el control de nuestra salvación”. 1. La opresión del cuerpo social. 2. La urgencia de proceder a la deconstitución. 3. La necesidad reconstituir la República.

* Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Profesora en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Abogado de la Universidad Central de Venezuela. DEA (máster) en Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Doctora en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Miembro de la junta directiva de AVEDA. Miembro fundador de la Asociación de Juristas Franco-venezolanos (JURIS-FRAVEN).

*Solo la magnitud de la reacción de la sociedad
será capaz de inhibir la represión.*

Ese es un reto para la sociedad.

*Creo que no tiene otro camino que la protesta masiva,
la desobediencia y la resistencia para enfrentar
la destrucción de las instituciones democráticas;
pero debe prepararse para hacerlo con éxito.*

*La sociedad no está suficientemente organizada
para el reto que tiene frente a sí.*

*Corresponde a sus líderes improvisar esa organización
y trazar una estrategia eficaz y coherente
para obligar al gobierno a retroceder.*

Pedro Nikken¹

Rendir homenaje a Pedro Nikken, mi padre, mediante un artículo a ser publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, más que un honor —que siempre lo es—, ha representado un reto particular. De hecho, tardé en decidir sobre el objeto de este trabajo, no solo por la diversidad de tópicos jurídicos sobre los cuales podría tratar, atendiendo a la conocida versatilidad del homenajeado, sino también, desde mi posición de hija, vista la amplitud del contenido de este Libro-Homenaje, que espera contribuciones de orden jurídico o, en general, académico, y de carácter vivencial².

Sin embargo, el transcurrir del año 2020, entre la accidentada elaboración del duelo y los avatares del COVID-19; además, ante la (aparente) usurpación de la soberanía popular por el movimiento y su líder³, luego de la concreción del fraude en que, a mi juicio, consistieron las elecciones parlamentarias de 2020⁴, decidí desarrollar

¹ “Venezuela: el nuevo contexto político, presentación realizada en la reunión de análisis de la coyuntura venezolana realizada en UCAB el 4 de enero de 2011 - Resumen”, *CADAL – Documentos*, Año IX N° 118, 6 de enero de 2011, p. 4. Disponible en https://www.cadal.org/documentos/documento_118.pdf, consultado el 15 de enero de 2021.

² Por ejemplo, para el número especial de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) dedicado a honrar la memoria de mi padre, materialmente solo pude escribir una semblanza, a pesar de mi intención de escribir, además, un artículo académico. *Vid.* Claudia Nikken, “Perder el miedo. Una Semblanza de Pedro Nikken”, en: *REDAV*, N° 17-19, 2021, pp. 15-25; disponible en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/Perder-el-miedo-Una-semblanza-de-Pedro-Nikken-Claudia-Nikken.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021.

³ Me permito la paráfrasis desde la obra de Carl Schmitt, *État, mouvement, peuple – L’organisation triadique de l’unité politique* (trad. y coment. Agnès Pilleul), Kimé, Paris, 1997 (reimpr. 1933), que es el primero del autor dedicado a justificar la existencia del III Reich y su Führer, encarnación de la unidad total del Estado.

⁴ El comentario viene al caso, en concordancia con la paráfrasis señalada en la nota anterior, en virtud de la toma de la Asamblea Nacional por el partido mayoritario de gobierno, luego de las inconstitucionales e ilegítimas elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2020; hecho este suficientemente documentado, como puede constatarse de DW, *Unión Europea no reconoce presuntos resultados de elecciones parlamentarias en Venezuela*, 7 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.dw.com/es/unión-europea-no-reconoce-presuntos-resultados-de-elecciones-parlamentarias-en-venezuela/a-55852621>; Antonia Laborde, “Estados Unidos condena por “fraudulentas” las elecciones parlamentarias en Venezuela”, en: *El País*, 7 de diciembre de 2020, disponible en <https://elpais.com/internacional/2020-12-07/estados-unidos-condena-por-fraudulentas-las-elecciones-parlamentarias-en-venezuela.html>; Matías Delacroix, “El Grupo de Lima califica de “ilegítimos” los comicios legislativos en Venezuela”, en: *El País*, 7 de diciembre de 2020, disponible en <https://elpais.com/internacio>

un tema que forma parte de mi *repertorio*, pero desde la perspectiva del trabajo que había venido realizando mi padre durante los últimos años con el ánimo de contribuir con la recomposición de la democracia en Venezuela⁵.

Voy a hablar de la garantía de la constitución, pero de una especial forma de garantía que es la denominada garantía popular de la constitución⁶. Esto me ha permitido tratar muchos de los temas trabajados por mi padre a lo largo de su vida, en particular en el ámbito del Estado de derecho, la democracia y –por supuesto– los derechos humanos.

Por razones de tiempo y espacio, el tema será abordado en términos generales, sin ninguna pretensión más allá de la de organizar ciertas ideas, con referencia al caso venezolano solamente a manera de epílogo. El trabajo –que no es exhaustivo– no persigue presentar fórmulas mágicas para resolver problemas concretos, ni demostrar que Pedro Nikken expuso alguna o que la Historia está llena de ejemplos que pueden servir no solo para la arquitectura, sino también para la ingeniería necesarias para la construcción de la salida de esos problemas y de la entrada a una nueva era.

El motivo por el cual escogí este tema puede resumirse en el texto de Pedro Nikken que cito a continuación:

El panorama, con todo, amenaza con ser peor –y en cierta medida ya lo es– de lo que hemos conocido en el pasado. Las injusticias, los abusos contra los derechos humanos, la recurrente frustración de las expectativas y la desesperanza han venido creando un clima propicio para que crezca y se propague la violencia (...). No es nada aventurado vaticinar que un nuevo desplome de la democracia difícilmente se traduciría en un autoritarismo cuya represión consiguiera, como ha ocurrido a menudo en el pasado, un apaciguamiento más o menos estable. Lo previsible, por el contrario, sería la generalización de la violencia y la guerra⁷.

Ese texto fue escrito en 1990 con relación a la situación de América Latina y, sin embargo, hoy, con los matices que sin duda son necesarios, es trasladable al resto del mundo, incluyendo al llamado civilizado: el crecimiento de la desigualdad ha venido abriéndole campo al populismo, que es el nuevo ropaje del bien conocido autoritarismo, germen de la violencia.

De ahí la creciente preocupación por entender los procesos de desarticulación de la democracia y, en especial, de aquellos destinados a (re)instaurarla. Es en esa línea que se produce este trabajo.

Expresado lo anterior, solo queda advertir que el tema planteado –en muchas más páginas de las esperadas, por lo que pido excusas– será abordado en dos partes. En la primera se explicarán de manera sintética los términos de referencia: “constitución” y “garantía popular de la constitución” y; en la segunda, se establecerá por qué, cómo y para qué opera la garantía popular de la constitución.

nal/2020-12-07/el-grupo-de-lima-califica-de-ilegitimos-los-comicios-legislativos-en-venezuela.html, consultados el 15 de enero de 2021.

⁵ Entre otros testimonios sobre este trabajo, puede verse el video de la Velada: *Pedro Nikken, un hombre de paz*, inserto en la cuarta edición de las *12 Acciones por la Paz* del Centro para la Justicia y la Paz (CEPAZ) – 2020, dedicadas a rendir homenaje a la memoria de Pedro Nikken: https://www.youtube.com/watch?v=xheP1a_wMDk&feature=youtu.be

⁶ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Col. Léviathan, PUF, Paris, 1994, p. 261.

⁷ Pedro Nikken, “Presentación” de Pedro Nikken (ed.), *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, Serie Elecciones y Democracia, IIDH- CAPEL – Friederich-Naumann-Stiftung, San José, 1990, p. 9.

I. LA GARANTÍA POPULAR DE LA CONSTITUCIÓN: TÉRMINOS DE REFERENCIA

Garantía popular de la constitución es una expresión empleada por el prof. Olivier Beaud para referirse a “la forma moderna de la resistencia a la opresión”, más concretamente, del derecho a la insurrección⁸. Aparece en su análisis relativo a la necesidad de conciliar el deber de los sujetos de obedecer la constitución y el derecho de resistencia de los ciudadanos⁹. Según explica, la escisión entre el pueblo como cuerpo colectivo y sus miembros se recoge expresa o tácitamente en la constitución, la cual hace del pueblo su guardián: “[l]a ambivalencia de la constitución en un régimen democrático deriva (...) de que, por un lado, impone a los sujetos obediencia y que, del otro, impone al pueblo, a los mismos sujetos, un deber de resistencia e incluso un derecho a la insurrección si fuera violada. El individuo-sujeto debe normalmente obedecer al Estado, pero el individuo-ciudadano tiene el derecho a resistir si los gobernantes desconocen sus derechos, es decir, si violan la constitución”¹⁰.

Las ideas de Olivier Beaud antes sintetizadas sirven como antesala de este capítulo, pues es de allí de donde surge el título del trabajo. Sin embargo, antes de desarrollar el tema central, se hace necesario establecer el sentido del término “constitución” empleado en este análisis (1), para luego expresar lo que se entiende concretamente por “garantía popular de la constitución” (2).

1. El sentido del término “constitución” en el marco del presente análisis

Para explicar lo que es la *garantía popular de la constitución*, debemos comenzar por establecer el sentido del término “constitución” en el marco de este análisis. A tal fin, se hará una primera aproximación a la “constitución” como concepto (A); para luego presentar la distinción entre lo que aquí se denomina constitución “formal” y la constitución “real” (B).

A. La constitución como concepto

En un trabajo de este tipo parece innecesario establecer el concepto de “constitución”. Sin embargo, la garantía popular de la constitución no se refiere –necesariamente– a lo que también se califica como “texto fundamental”. La garantía popular de la constitución puede aplicarse al “texto fundamental” en vigor, pero, sobre todo, tiene que ver con la *idea base* de constitución. Por otra parte, el desarrollo del concepto de “bloque de la constitucionalidad”, conduce a revisar las definiciones clásicas de constitución.

La idea base de constitución del denominado constitucionalismo moderno está plasmada en el artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que proclama que un Estado donde la separación de poderes y los derechos del hombre no estén asegurados carece de constitución. Desde esa perspectiva, la constitución tiene por función garantizar la separación de poderes y los derechos humanos, por ello, lógicamente, se la ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico. Si esa es la función que se acuerda a la constitución moderna no es por puro tecnicismo: el principio de separación de poderes tiene como fin, como lo expresó Montesquieu, que el poder detenga al poder, pues se lo concibe como instrumento

⁸ Olivier Beaud, ob. cit., p. 261.

⁹ *Ibid.*, p. 260.

¹⁰ *Ibid.*, p. 261.

para “evitar el despotismo y garantizar la libertad”¹¹. De modo que en el marco del constitucionalismo moderno en la constitución están indisolublemente vinculados el principio de separación de poderes y los derechos humanos.

Dicho lo anterior, es de advertir que no existe una única noción constitución, sino diversas definiciones del objeto “constitución”¹², en las que no nos detendremos. Solo queremos hacer una brevísima referencia a los conceptos de *constitución formal* y *constitución material* en la medida en que son útiles para el desarrollo de este trabajo.

En sentido *material*, la constitución es “el conjunto de las normas sobre la legislación, es decir, sobre la creación de las normas jurídicas generales”¹³ o, como lo apuntaba Kelsen, “la regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de la determinación de los órganos y del procedimiento de legislación”¹⁴.

En sentido *formal*, la constitución es “el conjunto de leyes cuya confección obedece a un procedimiento excepcional con relación al de la legislación ordinaria”¹⁵. Las normas de ese procedimiento excepcional constituyen las normas de la legislación constitucional o la forma constitucional, que pueden revestir tanto normas generales, como disposiciones individuales¹⁶.

Constitución formal y constitución material no coinciden necesariamente. Algunas normas inherentes al procedimiento de legislación pueden no estar revestidas de la forma constitucional. En cambio, normas que nada tienen que ver con ese procedimiento, pueden estar dotadas de la forma constitucional.

Esas constataciones se han traducido –y siguen traduciéndose– en problemas de interpretación que, de una u otra manera, son –o deben ser– resueltos en última instancia por el juez. De hecho, es de allí de donde surge el concepto, hoy ampliamente institucionalizado, de “bloque de la constitucionalidad”¹⁷, que muestra un cambio de paradigma en la definición del objeto constitución.

En efecto, puede decirse que el “bloque de la constitucionalidad” es el conjunto de normas de referencia empleadas por el juez constitucional para revisar la constitucionalidad de los actos estatales, en especial de la ley. Se trata de lo que otros llaman “fuentes del derecho constitucional”, pero que, en la práctica, es la constitución entendida como norma suprema del ordenamiento jurídico¹⁸.

¹¹ Georges Burdeau, Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 24^a ed., LGDJ, Paris, 1995, p. 101. Sobre el principio de separación de poderes, *vid.* Charles Eisenmann, “L’esprit des lois et la séparation des pouvoirs”, en : *Mélanges Carré de Malberg*, Topos Verlag AG, Librairie Édouard Duchemin, Liechtenstein, Paris, 1977 (reimpr. 1933), pp. 163-192; Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder*, Col. Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

¹² Ver, por ejemplo, Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^a ed., Sirey, Paris, 1929, pp. 217.

¹³ Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, Economica – PUAM, Paris, Marsella, 1986 (ed. de 1928), p. 3.

¹⁴ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en: *Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, LGDJ, Paris, 1928, p. 204.

¹⁵ Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle...*, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ Apunta el prof. Claude Goyard que la expresión “bloque de la constitucionalidad” ha tenido tanto éxito como la de “Estado de derecho”, en el “Préface” de Charlotte Denizeau, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?* Col. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, LGDJ, Paris, 1997, p. VII.

¹⁸ Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la constitución*, Col. Monografías N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, Caracas, 2018, pp. 71-73, 78-82.

Entonces, cuando en este trabajo hablamos de “constitución”, nos referimos en realidad al “bloque de la constitucionalidad”; pero lo hacemos siempre que esa “constitución” se compadezca con la idea base, porque separa el poder público y garantiza los derechos humanos. Otra cosa será un “texto fundamental”, pero no una “constitución”.

Lo último representa un problema mayor, pero también lo es que, aun existiendo una “constitución”, en el Estado de que se trate haya una diferencia esencial entre la constitución “formal” y la constitución “real”.

B. Constitución “formal” y constitución “real”

Hemos establecido que, a los efectos de este trabajo, cuando hablamos de “constitución”, nos referimos al conjunto de normas escritas y no escritas que se incluyen en el bloque de la constitucionalidad de un Estado determinado, en tanto y en cuanto esas normas, como mínimo, aseguren la separación de poderes y garanticen los derechos humanos. Esa será nuestra constitución formal.

En oposición a esa constitución formal, vamos a referirnos a una constitución real, que consiste en el “conjunto de reglas que orientan efectivamente el comportamiento político”, que no tienen que estar necesariamente escritas y que, incluso, pueden ser implícitas¹⁹.

Las características principales de la constitución real serían las siguientes: 1) son las reglas del juego fundamentales del comportamiento político, en tanto que determinan cómo se selecciona a las autoridades que emitirán actos obligatorios, el procedimiento para que tales actos sean válidos y los derechos de los particulares; 2) esas reglas del juego deben ser consideradas como válidas y obligatorias por los principales actores o grupos sociales y políticos, en concreto, por los factores reales de poder, “de modo que la sanción que se aplique a los eventuales infractores sea sentida por aquellos como justa y debida”; 3) las reglas en cuestión deben tener un grado razonable de efectividad, en el sentido de que “se produzca una regularidad empírica de la conducta, basada en la obediencia por regla general y para la mayoría de los casos de los mandatos de tales normas”, entendiéndose que esto se refiere a “la probabilidad de que a los infractores se les apliquen sanciones jurídicas respaldadas por el uso de la fuerza”²⁰.

La constitución real puede o no coincidir con la constitución formal y, las diferencias entre una y otra no se traducen necesariamente en la desnaturalización del régimen definido en la primera. Esa constitución real, por otra parte, puede estar conformada o no por convenciones constitucionales, es decir, por prácticas que, aunque reiteradas, no pueden ser calificadas como costumbre constitucional, porque no se tienen como jurídicamente obligatorias²¹, pero que sí tienen –o se tiene la convicción de que tienen– un carácter obligatorio desde el punto de vista político.

Llegados aquí, es importante subrayar que los regímenes autoritarios, especialmente en Latinoamérica, suelen contar con una constitución formal que parece recoger los principios del constitucionalismo moderno, pero que en realidad no es la aplicada por los factores reales de poder, sino que “sirve para ocultar la sordidez y

¹⁹ Juan Carlos Rey, “Problemas de la transición democrática y de la consolidación de la democracia en América Latina”, en: *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, ob. cit., p. 351.

²⁰ *Ibid.*, pp. 352-353.

²¹ Sobre este tema, Pierre Avril, *Les conventions de la constitution*, Col. Leviathan, PUF, Paris, 1997.

abyección del orden político efectivo, y para proporcionar una apariencia de respetabilidad ante la opinión pública interna o internacional”²². En otras latitudes (o longitudes) en el “texto fundamental” no se toman siquiera la molestia de esconder la verdadera naturaleza del régimen, como ocurrió en el pasado con el régimen nacionalsocialista alemán o con el régimen del apartheid en Suráfrica.

Es justamente en esos casos de discrepancia cuando “los instrumentos y/o sanciones jurídicas convencionales previstos en la constitución [formal] (...) (en particular el control judicial) pueden ser totalmente inefectivos, de modo que, en definitiva, solo queda como último recurso acudir a la antigua y venerable idea del derecho de resistencia”²³.

Esa es la relevancia de aceptar el concepto de constitución que presentamos, así como la distinción entre la constitución formal y la constitución real. Ciertamente, la garantía de la constitución se refiere a la constitución formal, pero también —y especialmente— a la idea base de constitución. Lo más importante es que la constitución formal se funde en la idea base de constitución y que la constitución real sea conforme o, al menos, compatible con ella. La garantía popular de la constitución cuando falle alguno de esos postulados, por lo que en el Estado de que se trate no habría constitución.

2. Hacia una definición de la garantía popular de la constitución

La garantía de la constitución consiste en “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”²⁴, es decir, su compatibilidad o conformidad a la constitución, según sea el caso. Esa definición es aplicable, claro está, a la aséptica noción de constitución formal normativista y, por supuesto, tanto a la noción de constitución formal que hemos desarrollado en las líneas anteriores²⁵, como a la idea de base de constitución: separación de poderes y garantía de los derechos humanos.

En las líneas siguientes haremos una aproximación conceptual a la garantía de la constitución (A), para seguidamente tratar de circunscribir la idea de resistencia contra la opresión como forma de garantía de la constitución (B).

A. La garantía de la constitución: aproximación conceptual

La garantía de la constitución tiende a la preservación (“conservación”) de la constitución en vigor. Se pone en marcha —o debe ponerse en marcha— cuando la constitución *formal* es vulnerada puntualmente y; en especial, cuando por la fuerza de las cosas la constitución *real* comienza a serle contraria o se hace incompatible con ella.

En el marco de un Estado (democrático) de derecho, existen —o deben existir— múltiples mecanismos institucionales de garantía de la constitución. De entre ellas, interesa ahora subrayar la garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución.

La garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución es, en efecto, “un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”²⁶. Aunque no es el único, de entre sus métodos se entiende

²² Juan Carlos Rey, ob. cit., p. 349.

²³ *Ibid.*, p. 355.

²⁴ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle...”, ob. cit., p. 198.

²⁵ Esto, con referencia al “bloque de la constitucionalidad”.

²⁶ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle...”, ob. cit., p. 198.

que la anulación judicial de un acto inconstitucional es la garantía jurisdiccional principal y más eficaz de la constitución²⁷.

Cuando se habla de garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución, normalmente se lo hace con referencia al control de la regularidad del acto *ley* y, en ese orden, se definen los modelos de control de constitucionalidad, sea el *americano*, judicialista, o el europeo, que tiende a conferir a un órgano independiente de la organización judicial –y de los órganos del poder público– la competencia para controlar la constitucionalidad de la ley: la corte o tribunal constitucional. En ese mismo sentido, se habla del control difuso, típicamente ejercido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y el control concentrado, que es el propio de las cortes o tribunales constitucionales europeos²⁸.

Ahora bien, resulta que la garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución es mucho más compleja –y completa–, si se la mira desde el control general del ejercicio del poder público.

Con independencia de si se trata de un control ejercido por el poder judicial o por órganos especializados excluidos del mismo, la garantía de la constitución puede asumir diversas formas. Puede tomar la de un control abstracto, mediante el cual el juez está llamado a sentenciar sin considerar los efectos de la aplicación del acto, tratándose típicamente de un control objetivo, que no supone la lesión concreta de algún interés, por lo que es naturalmente aplicable a los llamados “actos de efectos generales”, en especial si son normativos²⁹. También existe un control en concreto de la constitucionalidad de los actos y actuaciones estatales, que se ejerce con relación a situaciones jurídicas específicas, con mecanismos propios (la resolución de conflictos constitucionales, el control difuso de la constitucionalidad de la ley y el amparo constitucional, entre otros)³⁰ que, si bien en algunos casos está reservado al *tribunal* constitucional, también puede ser ejercido por todo juez en el ejercicio de sus atribuciones ordinarias, en el marco del proceso civil, mercantil, penal o contencioso administrativo, cuando debe evaluar la regularidad de una actuación estatal referida a una situación jurídica concreta, incluyendo la sentencia, sea a través de la apelación o de la casación, entre otras posibles vías de recurso³¹.

En consecuencia, la garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución es uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho, en tanto que su función es, precisamente, preservar mediante actos obligatorios, ejecutables incluso con el empleo de la fuerza, la supremacía constitucional; es decir, en esencia, por una parte, la separación

²⁷ *Ibid.*, p. 221. Según el mismo autor, otra forma de garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución sería el juzgamiento de la responsabilidad constitucional de los altos funcionarios. Ver con respecto a lo último Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2001, pp. 45, 177-181.

²⁸ Sobre este tema se ha escrito muchísimo. Una de las últimas obras publicadas al respecto, en Venezuela, es la de Rafael Badell Madrid, *Derecho procesal constitucional*, Serie Estudios N° 121, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020; disponible en: <https://www.acienpol.org/ve/wp-content/uploads/2020/12/16-dic-Derecho-Procesal-Constitucional.pdf>. También puede verse Allan R. Brewer-Carías, *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*, Col. Tratado de Derecho Constitucional N° XII, Fundación de Derecho Público – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017; disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATA-DO-DE-DC-TOMO-XII-9789803652975-txt.pdf>, consultados el 15 de enero de 2021.

²⁹ Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice...*, ob. cit., p. 57.

³⁰ *Ibid.*, p. 84.

³¹ *Ibid.*, pp. 70-113.

de poderes y todas las consecuencias que derivan de su aplicación y, sobre todo, lo derechos humanos³².

Como se anunció, la garantía jurisdiccional de la constitución no es la única garantía de la constitución.

Desde el punto de vista institucional, entre otras posibles vías, aparecen lo que aquí llamamos “garantías políticas”, que tienen que ver fundamentalmente –aunque no únicamente– con la exigencia de la responsabilidad política, es decir, la pérdida de la investidura como consecuencia del desacuerdo que existe entre el funcionario de que se trate y el órgano o cuerpo ante el cual debe rendir cuentas³³. De lo simple a lo complejo, este mecanismo va desde la remoción de un ministro o incluso de un simple funcionario hasta la revocatoria popular de un mandato, pasando por la disolución de un gobierno o un parlamento, e incluye la no reelección³⁴. A diferencia de la garantía jurisdiccional de la constitución, la responsabilidad política no está necesariamente destinada a garantizar la supremacía constitucional, pero es, sin duda, una herramienta útil al efecto.

Además, en una democracia, paralelamente a las garantías institucionales, existen garantías ciudadanas de la constitución, las cuales no suponen acudir directamente a procesos y mecanismos que implican la intervención estatal, sino que se trata de manifestaciones de la libertad y, en consecuencia, de componentes de la ciudadanía, considerada como categoría jurídica –y también sociológica³⁵. Por ello, también son instrumentos –ya no institucionales– que sirven o pueden servir como garantía de la constitución, la libertad de expresión y el derecho de manifestación³⁶.

En efecto, sin pretender sustituir las garantías institucionales de la constitución ni acudir a la idea de opinión pública de Schmitt como forma de expresión del poder

³² Entre tantas obras de referencia que pueden revisarse con relación a este tema, Jacques Chevallier, *El Estado de derecho* (trad. Oswaldo Pérez Orozco), 5ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 99-109; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

³³ Yves Lenoir, “La notion de responsabilité politique”, en: *Recueil Dalloz-Sirey*, II, Paris, 1966, p. 5.

³⁴ No hay que confundir la responsabilidad política con la denominada “responsabilidad constitucional”, “que es una responsabilidad específica, cuya exigencia implica la puesta en marcha de un procedimiento especial, ante una jurisdicción *excepcional*, establecida en vista de la salvaguarda de la continuidad del poder público” (Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice...*, ob. cit., p. 199), como es el caso del *impeachment* en los Estados Unidos de América o en Brasil, o del enjuiciamiento de los altos funcionarios en Venezuela, que incluye un antejuzicio de mérito, o de los juicios que adelanta la Alta Corte de Justicia en Francia. Ese mecanismo es uno de los componentes de la garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución, como se vio más arriba (nota 27).

³⁵ Sobre la dicotomía, puede verse Alberto Martín Pérez, “El concepto de ciudadanía en la obra de Dominique Schnapper: entre el tipo ideal sociológico y el ideal de sociedad democrática”, en: *Política y sociedad*, Vol. 53, Núm. 1 (2016), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 101-121; disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj9KHK0IXuAhVyzlkKHWjACykQFjAEegQIDRAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FPOSO%2Farticle%2Fdownload%2F47511%2F48639%2F&usg=AOvVaw0N5xziYUW5hBA3Qk7ek4kP>, consultado el 15 de enero de 2021.

³⁶ En ese sentido, como lo subrayó Pedro Nikken, “las posiciones de Martín Lutero con respecto a la libertad de conciencia en materia religiosa y el derecho a la desobediencia y a la resistencia frente a leyes injustas, siempre que ello se hiciera por causas correctas, son el anticipo de las luchas sociales por la libertad”. Cfr. Pedro Nikken, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza”, en: *Revista IIDH*, Vol 48, San José, p. 66; disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23706.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021.

constituyente³⁷, a través del ejercicio de tales derechos, se persigue —o puede perseguirse³⁸— asegurar la regularidad constitucional de las funciones estatales, en la medida en que se ponen en marcha para señalar que la constitución formal es vulnerada o; que la constitución real comienza a serle contraria o se hace incompatible con ella.

La libertad de expresión puede ser considerada “como uno de los principios esenciales de una sociedad democrática al permitir la formación de la opinión pública y la participación de todos en los asuntos de la Ciudad”³⁹, puesto que, para que una democracia sea efectiva, es necesario que las ideas y la información circulen libremente en el ámbito de la sociedad, de modo que “el pueblo pueda decidir con pleno conocimiento de causa y que el gobierno, cuyo poder deriva del pueblo, tenga la obligación de aceptar una libre circulación de críticas y de informaciones”⁴⁰. Tanto es así, que se afirma que su supresión afecta en su esencia “el conjunto de los principios de organización política y social que constituye el zócalo de la democracia liberal y el Estado de derecho”⁴¹.

Lo mismo ocurre con el derecho a manifestarse pacíficamente. De hecho, como lo subraya la Federación Internacional de los Derechos Humanos, “la reivindicación de los derechos a través de movimientos de protesta social pacífica permite el surgimiento de la democracia participativa”; pues a través de ellos, se restablece “la dinámica de la sociedad y suscitan alternativas iniciativas de cambio social y político conforme a las aspiraciones democráticas de la comunidad”. Más aún,

La protesta social se puede comprender como una oposición colectiva a una política gubernamental, o un rechazo categórico de una estructura sea social, política o económica. La historia demuestra que ha sido el motor de muchas reformas transitorias o estructurales. De la Revolución Francesa a la abolición de la esclavitud, de movimientos de independencia nacional a combates por el reconocimiento de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la protesta social es un instrumento que le permite a la sociedad civil renovar, reformar o inclusive derribar las viejas estructuras opresivas y avanzar hacia un mejor equilibrio de los derechos individuales y colectivos⁴².

Allí es, precisamente, donde encontramos el vínculo entre la garantía de la constitución y la resistencia contra la opresión.

B. Garantía de la constitución y resistencia contra la opresión

Acabamos de establecer un concepto de garantía de la constitución, a partir de la idea de la preservación o conservación de la supremacía constitucional, con referencia a lo que aquí se ha denominado constitución formal (“bloque de la constitucionalidad”) y a la idea base de constitución.

³⁷ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, (trad. – prólogo Olivier Beaud), Col. Leviathan, PUF, Paris, 1993, p. 219.

³⁸ Es de Perogrullo decir que la libertad de expresión y el derecho a la manifestación pacífica son mucho más que garantías ciudadanas de la constitución.

³⁹ Laurent Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LDGJ, Paris, 2003, p. 331.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ Jean Morange, *La liberté d'expression*, Bruylant, Brussels, 2009, p. 23.

⁴² Federación Internacional de los Derechos Humanos, *La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?*, Informe N° 460/3 2006, p. 4; disponible en <https://cidhdh.uqam.ca/fichier/document/rapport-fidh-protestation-sociale.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021. Este informe es citado por Javier Mujica, en su comentario del artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido al derecho de reunión, en Christian Steiner y Patricia Uribe (ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 2014, p. 371.

Se expresó que la garantía más robusta es la judicial (o jurisdiccional), pero que no es la única. Entre las institucionales, se hizo referencia a las que tienden a hacer valer la responsabilidad política y, entre las no institucionales, al ejercicio de la libertad de expresión y al derecho a la manifestación pacífica. Desde esto último, anunciamos el vínculo entre la garantía de la constitución y la resistencia contra la opresión, en tanto que una y otra sirven como vehículos no solo para denunciar, sino también para luchar contra situaciones que atentan contra la constitución formal (o la idea base de constitución), en especial contra los derechos humanos, como componente esencial de la misma.

En las próximas líneas trataremos de esbozar una definición de “resistencia contra la opresión” (a), para luego dar una mirada a sus manifestaciones (b).

a. El derecho de resistencia contra la opresión

La Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en su artículo 2, incluye entre los derechos naturales e inalienables del hombre el de la resistencia contra la opresión, luego de expresar que el fin de toda asociación política es la protección de tales derechos. Ahora bien, ¿qué es la resistencia contra la opresión?

Por supuesto que en este limitadísimo espacio es impensable traducir todas las reflexiones filosóficas, morales, jurídicas y otras que han pretendido responder esa pregunta, sea para afirmar su existencia como derecho (o deber), sea para demostrar su inexistencia o ineficacia⁴³. Es claro que partimos de la base de que efectivamente existe ese derecho de resistencia contra la opresión, el cual, históricamente, se ha expresado a través de las luchas sociales que han cristalizado en los derechos humanos –su reconocimiento, constitucionalización e internacionalización– y, más generalmente, en lo que conocemos como Estado de derecho⁴⁴. Nadie podría negar eso.

De hecho, habría que decir que el derecho de resistencia contra la opresión es hoy un componente del derecho humano a la paz, recogido en la Resolución 71/189 de la Asamblea General de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2016, que contiene la Declaración sobre el Derecho a la Paz⁴⁵, a pesar de que su texto se separa de los

⁴³ “Las viejas cuestiones sobre la resistencia, acumuladas en hilo de los siglos, me parecen, por lo esencial, inoperantes”. Stéphane Rials, *Oppressions et résistances*, Col. Quadrige, Essais Débats, Quadrige, PUF, Paris, 2008, p. 57.

⁴⁴ Pedro Nikken, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en: *Seminario sobre derechos humanos – La Habana*, 1ª reimp., IIDH, San José, 1999, pp. 17-36; disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>. Es interesante leer también a Carlos Sánchez Viamonte, “Revolución, resistencia a la opresión y derecho a la insurrección”, en: *Lecciones y Ensayos*, N° 1, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1956, pp. 35-42; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/1/revolucion-resistencia-a-la-opresion-y-derecho-a-la-insurreccion.pdf>, consultados el 15 de enero de 2021.

⁴⁵ El texto de la Resolución 71/189 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 19 de diciembre de 2016, puede verse en <http://aeditd.org/wp-content/uploads/2017/03/N1645467.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021. Es de mencionar que Pedro Nikken estudió el valor de las declaraciones sobre derechos humanos, lo cual puede verse en: “La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 75, Caracas, 1990, pp. 329-349; “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Revista IIDH*, San José, mayo 1989 (número especial), pp. 65-99; “La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, en: *Revista de Derecho Público* N° 32, Caracas, 1987, pp. 27-46.

términos originales en que tal derecho fue concebido en la “Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz”⁴⁶ o “Declaración de Santiago”: como bien lo recordaba Pedro Nikken, la dignidad humana no depende de las coyunturas políticas de los Estados ni de los gobiernos⁴⁷.

En efecto, el derecho humano a la paz, tal como fue concebido de acuerdo con “Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz”, según su artículo 6, entre otras cosas comprende, el derecho de resistencia contra la opresión en los siguientes términos:

1. Toda persona y todo pueblo tienen derecho a resistir y oponerse a todos los regímenes que cometan crímenes internacionales u otras violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos, de acuerdo con el derecho internacional.
2. Las personas y los pueblos tienen derecho a oponerse a la guerra; a los crímenes de guerra, genocidio, agresión, apartheid y otros crímenes de lesa humanidad; a las violaciones de otros derechos humanos universalmente reconocidos; a toda propaganda a favor de la guerra o de incitación a la violencia; y a las violaciones del derecho humano a la paz, según se define en la presente Declaración. La glorificación de la violencia y su justificación como necesaria para construir el futuro y permitir el progreso será prohibida por ley.

El derecho de resistencia contra la opresión es, pues, un derecho inherente a la persona humana, componente hoy del derecho humano a la paz, que consiste en resistir y oponerse a cualquier régimen que, entre otras cosas, cometa violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos; a toda propaganda de incitación a la violencia; y a las violaciones del derecho humano a la paz⁴⁸.

Establecido lo anterior, corresponde ahora determinar cómo se ejerce o se manifiesta el derecho de resistencia contra la opresión.

⁴⁶ Esta declaración se aprobó en el *Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a Paz* celebrado en Santiago de Compostela, con la intención de que la Asamblea General de las Naciones Unidas la hiciera suya. El texto completo puede verse en http://www.fes-madrid.org/media/1037_Human%20Right%20to%20Peace/Derecho%20Humano%20a%20la%20Paz_Declaracion%20de%20Santiago.pdf. Para conocer algunos detalles del proceso, puede verse <http://aedidh.org/es/2017/01/30/la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-aprueba-la-declaracion-sobre-el-derecho-a-la-paz/>. También puede leerse Carmelo Faleh Pérez y Carlos Villán Durán (dirs.), *El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica*, Cideal, Madrid, 2013. Vale decir que Pedro Nikken escribió un artículo denominado “Encuentro entre las ‘Contribuciones regionales para una declaración universal del Derecho Humano a la paz’ y ‘La proclamación de la Declaración de Caracas sobre el Derecho Humano a la Paz’”, en Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política, Vol. 18, Nº 1, 2011, pp. 111-114. Lamentablemente, no pude revisarlo. Aunque en el portal Dialnet.Unirioja.es se ofrece acceso al mismo en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6560566&orden=0&info=link>, el mismo no está funcionando adecuadamente y, como sabemos, no hay acceso a las bibliotecas (consultados el 15 de enero de 2021.).

⁴⁷ Pedro Nikken, “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y efecto sobre Venezuela”, en: *Venezuela y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Universidad Monteávila, Caracas, 2011, p. 260.

⁴⁸ Para un análisis sobre el derecho de resistencia a la opresión en la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz en el marco de la Constitución venezolana de 1999, ver Allan R. Brewer-Carías, *El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, a la luz de la declaración de Santiago*, en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/04/II-4-70-Brewer.-DES-OBEDIENCIA-Y-RESISTENCIA-DECL.-SANTIAGO-24-2-2012.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021.

b. Manifestaciones del derecho de resistencia contra la opresión

Opresión es la acción y el efecto de oprimir. Oprimir, por su parte, significa ejercer presión sobre algo; producir agobio o desasosiego grave a alguien o; someter a una persona, a una nación, a un pueblo, etc., vejándolos, humillándolos o tiranizándolos⁴⁹. En nuestro ámbito, como lo expresaba Duguit, “según la terminología de [las] declaraciones de derechos”, hay opresión “[s]i a pesar de todas las garantías establecidas en los países modernos para asegurar el respeto del derecho por el Estado, hay violación del derecho”⁵⁰.

La opresión, como toda acción, genera una reacción. Al menos eso es lo que se espera, trasladando una ley de la física al comportamiento social que, a diferencia del mundo de los objetos, no se rige por ninguna ciencia exacta. En ese sentido, se espera que, si la opresión es individual, la reacción sea individual; si, en cambio, se está ante una situación de opresión del cuerpo social, se espera una reacción colectiva: la garantía popular de la constitución.

Para entender a qué nos referimos al hablar de garantía popular de la constitución y sin pretender aquí formular una teoría acerca del derecho de resistencia contra la opresión, es útil distinguir brevemente sus diversas manifestaciones: la resistencia pasiva, la resistencia defensiva y la resistencia agresiva⁵¹ o, como preferimos llamarla, resistencia vital.

La resistencia pasiva consiste en no dar cumplimiento a una orden arbitraria, sea porque el obligado obedece cuando se procede a la ejecución forzosa de la orden, bajo protesta, y habiendo empleado infructuosamente todos los medios que el ordenamiento jurídico acuerda para dejarla sin efecto⁵²; o bien porque el obligado no obedece, pura y simplemente, asumiendo las consecuencias de su desobediencia⁵³.

La llamada resistencia defensiva, por su parte, se produce cuando se pretende resistir por la fuerza a la ejecución que se considera contraria a derecho de un acto ilegal⁵⁴, incluso de una ley inconstitucional⁵⁵. En tales casos se habla, entre otras cosas, de “legítima defensa” para justificar el uso de la violencia contra a la autoridad⁵⁶.

Por último, la resistencia agresiva, o derecho a la insurrección (resistencia vital) consiste en el derecho a deponer un gobierno que, “de manera permanente, emite leyes que atentan contra el derecho superior que se impone al Estado, que comete o deja cometer actos arbitrarios en violación de las leyes existentes”, pues se trata de un gobierno tiránico⁵⁷.

⁴⁹ Ver definición en el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, versión web, en <https://dle.rae.es/oprimir>, consultado el 15 de enero de 2021.

⁵⁰ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontenmoing & Cie., Éditeurs- E. De Broccard, Successeur – Librairie des écoles françaises d’Athènes et de Rome, Paris, 1930, T. III, p. 791.

⁵¹ En esto, por la simplicidad de sus explicaciones sobre un tema extremadamente complejo, seguimos a Léon Duguit, ob. cit., pp. 790-806. Ver también Olivier Beaud, ob. cit., pp. 81-93.

⁵² Léon Duguit, ob. cit. p. 801.

⁵³ Es el sentido de la desobediencia civil de Thoreau (1849); cfr. Henry David Thoreau, *Civil Disobedience and Other Essays*, Dover Publications Inc., Nueva York, 1993, pp. 1-18.

⁵⁴ Léon Duguit, ob. cit., p. 802.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 803-804.

⁵⁶ Ver, entre otros, a Maurice Hauriou, ob. cit., p. 712.

⁵⁷ Léon Duguit, ob. cit., p. 805.

Ese derecho a la insurrección aparece en la carta de derechos que precede a la Constitución francesa del 24 de junio de 1793, en la cual se establece que, además de que la resistencia a la opresión es la consecuencia de otros derechos (artículo 33), cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes del pueblo y de cada porción del pueblo (artículo 35).

Antes, el 4 de julio de 1776, en la Declaración Unánime de los Trece Estados Unidos de América⁵⁸, se expresó lo siguiente:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres son creados iguales; que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Que (...) cuandoquiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. (...) (...) cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, evidencia el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y proveer de nuevas salvaguardas para su futura seguridad.

En el mismo sentido, la Constitución venezolana del 21 de diciembre de 1811 – que es otro de los primeros textos constitucionales modernos–, declaró que “cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de [producir la mayor suma de bien y de felicidad, y de cubrirse del peligro de una mala administración,] o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitadamente el derecho inajenable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue más propio para procurar el bien público”⁵⁹.

No cabe duda, pues, de que el derecho a la insurrección (o a la rebelión) forma parte del denominado constitucionalismo moderno, aunque, en el marco de ese mismo constitucionalismo –como se expresa en la declaración de independencia de los Estados Unidos de América–, “[l]a prudencia (...) aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos”. Por otra parte, de la llamada “resistencia agresiva” o derecho a la insurrección se dice que, si bien su legitimidad es teóricamente incontestable, es ineficaz: “[l]a ley constitucional de un país no puede reconocerlo sin echar en ese país el fermento de la anarquía”⁶⁰.

Por eso, se afirma que, en realidad, el derecho a la insurrección es “el poder ‘de-constituyente’ del pueblo cuya teoría fue forjada por Sieyès inspirándose en Locke”⁶¹. En nuestra sociedad, además, hay que tomar en consideración el derecho humano a la paz. Por eso, en este trabajo, preferimos hablar de resistencia vital, no de “insurrección” o “resistencia agresiva”.

En efecto, de acuerdo con la Declaración de Santiago ya referida, “[l]a glorificación de la violencia y su justificación como necesaria para construir el futuro y permitir el progreso será prohibida por ley” (artículo 6.2). Así, en tanto que el derecho de

⁵⁸ Conocida como la “declaración de independencia” de los Estados Unidos de América.

⁵⁹ Artículo 191 de la Constitución de 1811. Se dice de esa norma que es uno de los antecedentes constitucionales del actual artículo 350. Cfr. Ver Eloísa Avellaneda y Luis Salamanca, “El artículo 350: ¿derecho de rebelión, derecho de resistencia o a la desobediencia civil?”, en: *El derecho público a comienzos del siglo XXI – Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, T. I, pp. 568-569.

⁶⁰ León Duguit, ob. cit., p. 806.

⁶¹ Olivier Beaud, ob. cit., p. 261.

resistencia contra la opresión se reconoce como componente del derecho humano a la paz, no se reconoce como derecho el uso de la violencia en el ámbito de su ejercicio, a pesar de que suponga una *resistencia* que tenga por finalidad el (r)establecimiento del Estado de derecho⁶². En todo caso, como lo recuerda Pedro Nikken,

Los grupos insurgentes armados que controlan de una manera estable áreas territoriales o, en términos generales, ejercen de hecho autoridad sobre otras personas, poseen un germen de poder público que están obligados, lo mismo que el gobierno regular, a mantener dentro de los límites impuestos por los derechos humanos. De no hacerlo, no solo estarían violando el orden jurídico del Estado contra el que surgen, sino también los derechos humanos. (...). Por lo demás, aplicando principios extraídos de la teoría de la responsabilidad internacional, si un grupo insurgente conquista el poder, son imputables al Estado las violaciones a obligaciones internacionales –incluidas las relativas a derechos humanos– cometidas por tales grupos antes de alcanzar el poder⁶³.

Por lo anterior se afirma que la deconstitución es la manifestación del derecho –inalienable e imprescriptible– de la resistencia vital contra la opresión⁶⁴, en el entendido de que su puesta en marcha incluye “una variedad de conductas distintas que se caracterizan por la confrontación de los particulares con el poder público, y que no se limita a un enfrentamiento puramente fáctico, sino también jurídico, pues supone un desconocimiento o negación de la pretensión de legitimidad de ese poder, o de la justicia de su actuación”⁶⁵.

En este estado habría que señalar que la deconstitución no es necesariamente una forma de resistencia contra la opresión, pues puede tratarse, pura y simplemente, de un ejercicio democrático producto de la soberanía y del derecho a la autodeterminación o; al contrario, de la perversión de ambos, mediante la utilización de las herramientas del cesarismo democrático o, directamente, en virtud de la usurpación de la soberanía. La deconstitución será legítima, en el ámbito conceptual del Estado de derecho, cuando derive del ejercicio de la soberanía y del derecho a la autodeterminación, en especial, si opera como mecanismo de resistencia contra la opresión, es decir, como garantía popular de la constitución. Otra cosa conducirá siempre a la ilegitimidad del proceso y, por vía de consecuencia, de su resultado final⁶⁶.

⁶² En la realidad, esta constatación no impide que, aunque se use la violencia como mecanismo de *resistencia vital*, su resultado (positivo) sea igualmente reconocido, como lo muestran muchísimos ejemplos, entre los cuales los de El Salvador y Guatemala en el último cuarto del siglo XX. Otras serán las consecuencias.

⁶³ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos en la construcción de la paz. Lecciones de América Central* (Trabajo de incorporación), Serie Estudios N° 54, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, p. 120.

⁶⁴ Olivier Beaud, ob. cit., p. 261.

⁶⁵ Juan Carlos Rey, ob. cit., pp. 355-356.

⁶⁶ Un ejemplo de deconstitución ilegítima es el referido a la Constitución venezolana de 1961. En ese caso, a partir de una promesa electoral de Hugo Chávez Frías (1998), la Corte Suprema de Justicia lo autorizó para ejercer la *iniciativa preconstituyente*, de modo que el pueblo, mediante referendo “consultivo”, manifestara su acuerdo (o desacuerdo) con la convocatoria y posterior elección de una asamblea nacional constituyente no prevista en el Constitución de 1961. En concreto, Chávez Frías postuló una asamblea en la que no se aseguraba la representación proporcional de las minorías (ni la de los estados, siendo Venezuela un Estado federal), ni tomó las previsiones necesarias para “objetivar” la sanción popular de la nueva constitución, como el establecimiento de una tasa mínima de participación y/o de sufragios para que pudiera entenderse aprobado el nuevo texto. En la práctica, el llamado oficialismo ocupó prácticamente el 100% de los escaños y se encargó de no establecer un régimen transitorio, lo que le “permitió”, antes siquiera de la promulgación de la nueva constitución, desco-

Por otro lado, es necesario tener presente que, si bien la legitimidad del levantamiento de un pueblo contra un régimen autoritario se tendrá –en principio– como indiscutible, la realidad es más compleja: “el simple hecho de deponer a un régimen autoritario no garantiza el paso a un régimen democrático”⁶⁷.

En todo caso, las conductas permitidas en el ámbito de la resistencia vital contra la opresión son aquellas que no atenten contra el derecho a la paz; de modo que son, por esencia, no violentas. De hecho, su finalidad ha de ser la generación de un nuevo pacto social, a través de mecanismos no violentos⁶⁸.

II. LA GARANTÍA POPULAR DE LA CONSTITUCIÓN: ¿POR QUÉ? ¿CÓMO? ¿PARA QUÉ?

La garantía popular de la constitución, que es la forma civilizada del derecho a la insurrección o, mejor, la expresión del derecho de resistencia vital se manifiesta a través de la deconstitución⁶⁹. Como ya se dijo su puesta en marcha incluye una diversidad de conductas que suponen la confrontación de los particulares con el poder y, en esencia, el desconocimiento o negación de la pretensión de legitimidad de ese poder, o de la justicia de su actuación. Para que sea entendida como el ejercicio de un derecho, que por lo mismo persigue su legitimación tanto interna, como en el ámbito internacional, la deconstitución debe obrar por medio pacíficos. A partir de esas ideas básicas, en esta segunda parte, vamos a desarrollar brevemente la causa (1), el mecanismo (2) y el fin (3) de la puesta en marcha de la garantía popular de la constitución.

1. La opresión del cuerpo social como presupuesto de la garantía popular de la constitución: del desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho a la negación de la dignidad de la persona humana

La garantía de popular de la constitución –de cualquier constitución– es una forma de ejercicio del derecho de resistencia contra la opresión. Por ello, la opresión es su presupuesto necesario, pero no cualquier forma de opresión. La garantía popular de la constitución se justifica ante una situación de opresión del cuerpo social, en la cual

nocerla y dictar sin mandato un régimen transitorio que dio fundamento a las nuevas autoridades, en especial a las judiciales, en mucho incluso contrariando el nuevo texto, sin que el pueblo hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. La nueva constitución, por lo demás, si bien fue aprobada con el 87,75% de los votos válidos emitidos, lo fue con una abstención del 62,35%, en una fecha en que ocurría la catástrofe natural más importante –posiblemente– de la historia venezolana (el 15 de diciembre de 1999). Fuente CNE: <http://www.cne.gov.ve/web/documentos/estadisticas/e013.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021. Si en ese momento se hubiera aplicado el porcentaje de participación necesario para la aprobación de un referendo abrogatorio, no se habría sancionado la nueva constitución (art. 74 de la constitución); de hecho, fue sancionada únicamente con la aprobación del 33,03% de la población electoral. Sobre el tema, ver Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002; Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice...*, ob. cit., pp. 359-408.

⁶⁷ Raphaël Déchaux, “La légitimation des transitions constitutionnelles”, en: X. Philippe y N. Danelciuc-Colodrovschi (dirs.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit ?* Institut Universitaire Varenne, Col. Transition & Justice, Paris, 2014, p. 165.

⁶⁸ Es interesante leer, en ese orden, el trabajo de Allan R. Brewer-Carías, *Destrucción de la democracia, derecho a la resistencia y elección popular*, en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2015/10/118.-Brewer.-1.-2.-118.-DESTRUCCION-DE-LA-DEMOCRACIA-DERECHO-A-LA-RESISTENCIA-Y-ELECCION-POPULAR-Oct-2015-1.pdf>

⁶⁹ Olivier Beaud, ob. cit., p. 261.

se espera o, mejor, se justifica, que esa garantía se active. Por eso la calificamos como resistencia vital.

Para establecer en qué consiste la opresión del cuerpo social, parece útil introducir el tema mediante alguna definición “objetiva”. En concreto, una que parece útil y pertinente es la contenida en la Declaración venezolana de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811, según la cual

Hay opresión individual cuando un solo miembro de la sociedad está oprimido y hay opresión contra cada miembro cuando el Cuerpo social está oprimido. En estos casos las leyes son vulneradas y los ciudadanos tienen derecho a pedir su observancia⁷⁰.

En ese orden, de acuerdo con la misma Declaración, “[e]l fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye al asegurarla”⁷¹; en el entendido de que la felicidad común consiste “en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley”⁷². Cuando, contrariando el derecho, no se provee a la felicidad común o se actúa contra ella, como más tarde quedó expresado en la Constitución del 21 de diciembre de 1811 (artículo 191), se entiende que hay opresión del cuerpo social.

Los postulados transcritos nos llevan a subrayar, en la actualidad, la estrechísima vinculación que existe entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como componentes indispensables de aquella felicidad común, “[n]o solo por la premisa ética que impide distinguir entre el sufrimiento humano que proviene del despotismo de aquel que se origina en la explotación y en la injusticia, sino porque la ofensa masiva a los derechos sociales entraña serios riesgos para el goce de los derechos individuales y de las libertades fundamentales”⁷³.

Así, es posible concluir que la opresión social aparece cuando no está asegurada la felicidad común, es decir, cuando por acción u omisión del gobierno, los ciudadanos no gozan de sus derechos civiles y políticos y/o cuando se masifica la violación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Esa es, por supuesto, una visión simplificadora de un problema mucho más complejo que, sin embargo, funciona para el propósito de este trabajo⁷⁴, pues muestra que la opresión del cuerpo social tiene dos posibles manifestaciones, casi siempre inseparables: una formal y otra, material.

La opresión formal del cuerpo social consiste, a nuestro modo de ver, en el desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho, es decir, en esencia, la democracia y/o las garantías judiciales.

En efecto, cuando alguno de los elementos de la democracia —que son muchos— falla (o falta), falla la democracia; pero cuando faltan (o fallan) todos sus elementos,

⁷⁰ Artículo 23 – sección Derechos del hombre en sociedad, Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811. El texto es idéntico al contenido en el artículo 34 de la declaración de derechos ubicada al inicio de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793.

⁷¹ Artículo 1 – sección Derechos del hombre en sociedad, Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811.

⁷² Artículo 2 – sección Derechos del hombre en sociedad, Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811.

⁷³ Pedro Nikken, “Discurso de inauguración”, en: *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, ob. cit., p. 27.

⁷⁴ Para profundizar sobre el tema, puede revisarse, entre otras obras, el trabajo ya citado de Stéphane Rials.

la conclusión solo puede ser una: no hay democracia. Y “[v]ivir en democracia no es solamente un derecho de cada hombre, sino un imperativo social. La democracia es también el nuevo nombre de la paz”⁷⁵.

El desmantelamiento de las garantías judiciales es otro de los hechos (complejos) que permite afirmar la opresión del cuerpo social desde un punto de vista formal, pues sin garantías judiciales no puede haber democracia y, no puede haber democracia pues de esas garantías depende la existencia, sustentación y funcionamiento efectivo de un Estado de derecho, en tanto que, en lo que nos ocupa, deben servir como remedio de la opresión del cuerpo social.

Por su parte, la opresión material del cuerpo social se produce cuando se niega la dignidad de la persona humana. Esto ocurre cuando se desconocen sistemáticamente los derechos humanos sustancialmente considerados y no existen —o son inoperantes, que es lo mismo— los mecanismos para garantizarlos y para asegurar la reparación de los daños sufridos por las víctimas.

Por lo expresado, es posible constatar empíricamente que

[l]a emergencia en la historia de los derechos humanos como institución jurídica pasa por un intrincado tránsito del pensamiento filosófico, moral y, sobre todo, político a la praxis jurídica, cuyo escenario y cuyo catalizador han sido invariablemente luchas sociales contra el despotismo y contra la opresión, en búsqueda de la dignidad, de la libertad y de la justicia, incluida la justicia social⁷⁶.

Por ello, la historia de los derechos humanos permite comprobar que la negación de la dignidad humana es, sin duda, la expresión material de la opresión del cuerpo social.

En conclusión, el desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho (democracia y/o garantías judiciales), así como la negación de la dignidad de la persona, son manifestaciones evidentes de opresión del cuerpo social, ante la cual cada ciudadano individualmente considerado o reunido en pueblo o nación tiene no solo el derecho, sino también el deber, de hacer resistencia, en particular resistencia vital. Veamos cómo.

2. La deconstitución como mecanismo de la garantía popular de la constitución

En términos generales, el fin del derecho de resistencia contra la opresión, al menos cuando se lo positiviza, es obligar al opresor a retomar la letra de la constitución⁷⁷; sin embargo, en el marco de un proceso de opresión social como el que acabamos de describir, existen razones por las cuales esa constitución terminó no siendo operativa o real. Lo ordinario es que eso suceda porque su origen no está en la soberanía popular, aunque exista una apariencia contraria; o bien porque, aun estándolo, los factores reales de poder han defraudado masivamente la constitución y, por ende, la soberanía popular —o nacional. En los dos casos, para sintetizar, puede utilizarse el adagio latino

⁷⁵ Pedro Nikken, “Presentación”, ob. cit., p. 9.

⁷⁶ Pedro Nikken, “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y efecto sobre Venezuela”, ob. cit., p. 211.

⁷⁷ Ejemplos de esto pueden verse en el artículo 250 de la Constitución venezolana de 1961 o en su equivalente artículo 333 de la Constitución de 1999. También pueden señalarse como ejemplo el artículo 120 de la Constitución griega de 1975, de acuerdo con cuyo tercer aparte los *helenos* tienen el derecho y el deber de resistir por todos los medios contra cualquiera que pretenda abolir la Constitución de manera violenta.

de acuerdo con el cual *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe), que implica la *invalidéz* de esa constitución⁷⁸. Por ello, restablecer la vigencia de la constitución no puede entenderse, en un caso de opresión del cuerpo social, de manera literal, sino en sentido filosófico. Se trata de restablecer los principios del constitucionalismo a partir del ejercicio de la soberanía popular –o nacional.

De hecho, en el marco de los estudios destinados a teorizar sobre la reconstrucción del Estado de derecho, el proceso de deconstitución, entendido como forma civilizada del derecho a la insurrección –o expresión del derecho de resistencia vital– es el mecanismo de la garantía popular de la constitución. Su puesta en marcha conduce a lo que se califica como transición constitucional (B); pero, para alcanzar ese estadio, es indispensable que se produzca previamente lo que, partiendo de esos mismos estudios, calificamos como ruptura (A).

A. La ruptura como proceso inicial

La ruptura es el proceso inicial de lo que se califica transición constitucional, entendida como el pasaje de un régimen autoritario a uno democrático. Esa ruptura es además la característica esencial de lo que aquí llamamos deconstitución.

En efecto, de la deconstitución se dice que es la fase negativa del proceso constituyente, es decir, el abandono del orden constitucional en vigor hasta ese momento; pues se traduce en la expresión de la voluntad de recurrir a una nueva constitución, mediante un proceso cuyo punto inicial es, precisamente la expresión de esa voluntad⁷⁹.

La expresión de esa voluntad es lo que consideramos aquí como la ruptura entre el pasado y el futuro; ruptura que normalmente es incómoda, que está llena de incertidumbres, pero que al mismo tiempo impone la necesidad de actuar para manejar el período de transición que comienza y preparar el futuro.

En nuestros tiempos, se producen procesos de ruptura particularmente marcados por la violencia y; a pesar de su frecuencia, el impacto de esa violencia se hace difícil de entender y manejar⁸⁰. Sin embargo, entenderla es indispensable, pues de ello dependerá la posibilidad de adaptar las respuestas de la transición⁸¹. En efecto, “la ausencia de realismo puede conducir a diferir las respuestas y a generar ciertas frustraciones que constituirán bombas de tiempo por no haber sabido tomar la medida de los problemas fundamentales de la sociedad”⁸².

En cuanto al tema desarrollado, es esencial comprender que la ruptura es lo que marca el inicio del proceso de cambios en virtud del cual la violencia pasada, presente o latente del régimen cesa (o debe cesar) para dar paso al establecimiento –o al restablecimiento– del Estado de derecho.

Se trata de un asunto paradójico, en tanto y en cuanto el “pueblo” o la “nación” se enfrentan a la autoridad instituida para (r)establecer el Estado de derecho, pero no

⁷⁸ Hace varios años publiqué un trabajo referido a ese tema. *Vid.* Claudia Nikken, “Sobre la invalidez de una constitución”, en: *El derecho público a comienzos del siglo XXI – Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, ob. cit., T. I, pp. 206-218.

⁷⁹ Olivier Beaud, ob. cit., p. 267. Ver también Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice...*, ob. cit., p. 363.

⁸⁰ Xavier Philippe, “Tours et contours des transitions constitutionnelles”, en: *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit* ? ob. cit., p. 17.

⁸¹ *Ídem.*

⁸² *Ibid.*, p. 16.

necesariamente lo hacen a través de los mecanismos del Estado de derecho. Esto, no solo porque tales mecanismos son inexistentes o inoperantes, sino porque el abuso de la autoridad y la violencia pueden alcanzar extremos que hacen surgir en la conciencia de la población que se trata de actos (u omisiones) intolerables y, sobre todo, inatacables por medios distintos a los de la violencia —lo cual no la legitima, como ya vimos.

En este estado, habría que distinguir dos formas o tipos genéricos de deconstitución. La que se produce en tiempo de calma y la que se produce en un marco de opresión del cuerpo social. En el primer caso, lo que normalmente se postula es que el acto de deconstitución sea el producto de un referendo⁸³, mientras que en el segundo es probable que, dependiendo de las circunstancias, esa no sea una posibilidad real; quizás ni siquiera sea plausible proceder de esa manera. Es una situación en la que el poder constituyente —o deconstituyente— se ejerce tal como lo permita el estado de necesidad.

En ese orden, la ruptura puede ella misma ser o no violenta. A fin de cuentas, la violencia que da origen al conflicto puede haberse manifestado externamente o puede tratarse de una violencia latente; puede haber quedado en el pasado o bien mantenerse en el presente⁸⁴. Las rupturas violentas son las más fáciles de caracterizar; no así las no violentas, que son lamentablemente excepcionales.

La ruptura es violenta cuando es producto de un enfrentamiento entre bandos que pretenden, uno, mantenerse en el ejercicio del poder arbitrariamente y, el otro, asumir el poder mediante el uso de la fuerza física. Esa forma de ruptura ocurre, por ejemplo, cuando se produce un golpe de Estado. También se presenta como la capitulación de una de las partes en conflicto o de un armisticio, es decir, paradójicamente, cuando deriva de un acuerdo de paz. Un ejemplo de ruptura violenta es el golpe cívico militar que se produjo en Venezuela el 23 de enero de 1958 y que motivó la huida del dictador Marcos Pérez Jiménez y el cambio de gobierno; otro está en los acuerdos que permitieron la negociación de la paz en El Salvador, después de una cruenta guerra civil que duró más de diez años.

La ruptura no será violenta si el régimen autoritario se retira o si acuerda la transición constitucional con sus opositores políticos, sin que medie violencia por parte de estos en el momento de la ruptura; es decir, si la resistencia contra la opresión es en ese momento pacífica. También se han producido rupturas pacíficas en virtud de un proceso electoral, lo cual es en extremo excepcional y, en la misma proporción, conveniente. Un ejemplo de ruptura pacífica es la transición española luego de la muerte de Franco⁸⁵; otro, la chilena, sujeta a un referendo convocado por Pinochet. Un ejemplo de ruptura electoral hubiera podido ser el de Myanmar en 2015, pero no se produjeron los necesarios (y esperados) cambios constitucionales ofrecidos por la Liga Nacional Democrática; lo es el de Polonia, cuando entre 1988 y 1989, gobierno y oposición se sentaron a discutir las condiciones para una subsiguiente elección parlamentaria, que estuvo luego marcada por el triunfo abrumador de Solidaridad y el consecuente cambio de régimen.

⁸³ Oliver Beaud, ob. cit., pp. 267-290. Formalmente, es lo que ocurrió en Venezuela en 1999 con la Constitución de 1961, mediante el referendo que sirvió para convocar la asamblea nacional constituyente.

⁸⁴ Xavier Philippe, “Tours et contours des transitions constitutionnelles”, ob. cit., p. 17.

⁸⁵ Que la “ruptura” en España haya sido pacífica, no quiere decir que el resto del proceso transitorio lo haya sido, como puede leerse en Jean-Pierre Massias, “Les incidences su processus de pacification sur l’écriture constitutionnelle”, en: *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, ob. cit., pp. 29-33.

Ese momento de ruptura es lo que Kelsen llamó “revolución”, es decir “toda modificación de la Constitución o todo cambio o sustitución de la Constitución que no son legítimas, es decir, que no operan de conformidad con las disposiciones de la Constitución en vigor”⁸⁶, sin importar que se trate de un golpe de Estado producto de un alzamiento violento de la población contra la autoridad, de un movimiento pacífico de masas o de la acción de uno o varios individuos detentadores en ese momento del poder. La ruptura, en efecto, requiere de ordinario de un acto extraconstitucional para materializarse, precisamente porque se trata de una situación anormal.

Ahora bien, tomando en consideración que “[s]i el orden cuya instauración se intenta es ineficaz, [la] empresa no podrá interpretarse como un acto jurídico de creación del derecho sino como un crimen de traición”⁸⁷, se hace especialmente importante entender que, cuando se produce la ruptura, la transición constitucional subsiguiente debe operar como instrumento de contención: “[l]a transición no se conforma con el vacío y la inacción. Esos son sus más grandes enemigos pues acarrear el riesgo de volver al periodo de crisis anterior”⁸⁸.

B. La transición constitucional como instrumento de contención

En el ámbito constitucional, el tiempo no se interrumpe; por el contrario, el principio de la continuidad estatal obliga a preservar la continuidad de las instituciones. De hecho, porque resulta inconcebible que el tiempo del Estado sea pura y simplemente suspendido, corresponde al derecho constitucional crear, determinar, definir, poderes provisionales o temporales, autoridades interinas. En esos casos se habla de “tiempo intermedio”⁸⁹, el cual es especialmente característico del interregno que opera cuando hay un cambio de régimen, cuando se pasa de un orden constitucional a otro; siendo que el carácter pacífico de ese pasaje dependerá, precisamente, del nuevo orden constitucional⁹⁰.

Por lo expresado, en el marco de la garantía popular de la constitución, la llamada *transición constitucional* funge como instrumento de contención: “[u]na situación de transición supone una crisis anterior, más o menos violenta, de la cual el Estado en que se ha desarrollado trata de salir y donde el derecho está llamado a jugar un papel reconstructivo”⁹¹.

Las transiciones, naturalmente, dependen de un contexto que, por definición es único; sin embargo, puede hablarse de tres características típicas de las transiciones políticas y jurídicas: la anormalidad, la temporalidad y la ruptura⁹². De hecho, esa ruptura, como ya se explicó, es el proceso inicial e indispensable para que se produzca y se dé inicio a la transición.

Quedan entonces como características de la transición la anormalidad y la temporalidad, entendiéndose que, primero, la transición no es –ni está supuesta a ser– el régimen a cuyo efecto se ha producido la ruptura ya descrita, sino el encadenamiento

⁸⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Col. La Pensée Juridique, Bruylant-LGDJ, Paris, 1999 (reimp. 1962), p. 209.

⁸⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État* (trad. Béatrice Laroche), Col. La Pensée Juridique, Bruylant-LGDJ, Paris, 1997 (reimp. 1945), p. 172.

⁸⁸ Xavier Philippe, “Tours et contours des transitions constitutionnelles”, ob. cit., p. 16.

⁸⁹ Marc Verdussen, “Préface” de *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit ?*, ob. cit., p. 13.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁹¹ Xavier Philippe, “Tours et contours des transitions constitutionnelles”, ob. cit., pp. 15-16.

⁹² *Ibid.*, p. 16.

entre el régimen anterior y el que está por venir: no se trata de crear algo duradero, sino de manejar una situación de anormalidad para pasar de un estadio a otro. Precisamente por eso, la transición es por definición temporal; tiene un comienzo y un fin; está supuesta a durar solo lo que sea necesario para que la sociedad de que se trate pueda efectivamente (re)establecer las bases de un Estado (democrático) de derecho. Es un tiempo en el cual se generan respuestas excepcionales, cuya provisionalidad condiciona esas respuestas, que tienden únicamente “a gestionar de la mejor manera posible una situación de anormalidad para pasar de un estado a otro”⁹³. A fin de cuentas, “[l]a transición constitucional es una forma de democracia imperfecta que hay que saber aceptar y mirar como tal”⁹⁴.

Para que una transición sea exitosa, es decir, para que realmente sirva como paso de una sociedad violenta a un Estado democrático de derecho, es necesario tomar consideración un sinnúmero de factores jurídicos, políticos, sociológicos, históricos, geográficos, económicos, etc. Sin embargo, habría que tener en cuenta dos elementos o grupos de elementos, sin lo cual el fracaso está garantizado. El primero es el grado de violencia y; el segundo, las fuerzas en presencia en la transición.

Con relación a la violencia, hay que saber que esta puede ser pre-transicional, estrictamente transicional y post-transicional, por lo que es indispensable conocer las circunstancias para hacerla cesar o evitarla, pues se trata de “signos de disfuncionamiento transicionales, susceptibles de dañar la coherencia misma del proceso de democratización”⁹⁵. En efecto, hay que partir del principio de que la violencia es la antítesis del Estado de derecho, por lo que, durante la transición, debe hacérsela cesar y desaparecer, para luego reemplazarla por unas nuevas reglas del juego mediante normas⁹⁶. Por ello, su apreciación es tan compleja como fundamental, pues de ello dependerán las respuestas que se definan para ponerle remedio.

En cuanto a las fuerzas en presencia en la transición, se hace indispensable determinar quiénes son (o serán) sus protagonistas y las relaciones entre ellos, sin lo cual, con certeza, la misma será un fracaso. En ese sentido, habría que concordar en que no es lo mismo un escenario donde haya vencedores y vencidos, que uno donde no los haya. En la misma medida, no es igual un grupo de vencedores que actúa como bloque, que uno caracterizado por luchas internas, sobre todo ante un grupo de vencidos que sigue teniendo influencia en la población de que se trate. Seguidamente nos permitimos una cita larga del prof. Xavier Philippe, que nos parece inevitable:

Las situaciones más complejas no son necesariamente las más difíciles de resolver e, inversamente, las situaciones en apariencia simples pueden revelar líneas insospechadas de desacuerdo. El primer caso es aquel en que los vencidos están aún allí. La cultura del compromiso es entonces inevitable. Esto se resentirá en la transición, pues tratará de construirse un sistema donde habrá que poner de acuerdo al conjunto de participantes, aunque la transición querrá, por definición, desmarcarse del antiguo régimen. Esta situación impone la búsqueda de un consenso que constituirá la clave de una transición exitosa. Paradójicamente, esa no es siempre la situación más complicada a pesar de la presencia de antiguos adversarios, pues las líneas están mejor marcadas entre los vencidos que están aún allí y los vencedores que saben que disponen de un ascendiente sobre sus oponentes pero que deben trabajar con esa necesidad de consenso. En el segundo caso, los vencidos han desaparecido, han huido o han sido eliminados de la escena política sin esperanza de retornar. La transición tiene

⁹³ *Ídem*.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁹⁵ Jean-Pierre Massias, ob. cit., pp. 28-29.

⁹⁶ Xavier Philippe, “Tours et contours des transitions constitutionnelles”, ob. cit., p. 17.

entonces lugar solo con los vencedores. Estos últimos tienen el campo libre para organizar la transición, pero su margen de maniobra no está necesariamente completo en la medida en que el éxito va a depender ampliamente de su capacidad de mantener la unión. El conflicto o la crisis que ha precedido a la transición con frecuencia ha dado nacimiento a una coalición de circunstancias para luchar contra el antiguo régimen político. Si esa lucha ha podido constituirse como cimiento de la unidad durante un período determinado, la transición ofrece al juego político la ocasión de retomar los propios derechos y los aliados de ayer se convierten en los adversarios de hoy o por lo menos partidos que se oponen. La situación es entonces menos confortable que la evocada anteriormente, pues las transiciones necesitan inevitablemente acuerdos y bases comunes. Si los vencedores se oponen y se desgarran, es posible que la necesidad de consenso evocada antes para que la transición sea exitosa se transforme en un fracaso. Es necesario entonces identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre los protagonistas para que la transición pueda convertirse en una realidad viable. Ese contrato de confianza no es sino la traducción de la exigencia de reglas jurídicas que serán la fuente de la transición⁹⁷.

El Prof. Philippe no se refiere al caso donde no hay vencedores ni vencidos, pero es allí donde se hace evidente esa frase fundamental del texto citado: “las transiciones necesitan inevitablemente acuerdos y bases comunes”. Es entonces cuando, con mayor razón, primero dentro de cada grupo y luego entre esos grupos, es indispensable “identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre [ellos] para que la transición pueda convertirse en una realidad viable”. Sin ese acuerdo, no hay ni puede haber transición⁹⁸. Lo ideal, como lo observó Pedro Nikken con relación a los casos de El Salvador y Guatemala, es que enemigos militares se levanten de la mesa de negociación “como aliados en un proyecto nacional de dimensión histórica, determinado no por el mero silencio de las armas, sino por una profunda transformación institucional. Una revolución negociada”⁹⁹.

Y es que, precisamente, si la transición constitucional funge como instrumento de contención tras una situación de ruptura, el fin de la garantía popular de la constitución es la reconstitución.

3. La reconstitución como fin de la garantía popular de la constitución, más allá del ejercicio del poder constituyente

Cuando el pueblo —o la nación— es compelido a poner en práctica la garantía popular de la constitución, es porque, o bien no tiene una constitución que cumpla con las características descritas en este trabajo, o bien su constitución no guía la conducta de sus operadores. Es porque se ha producido lo que aquí denominamos opresión del cuerpo social.

Por ello, el fin de la puesta en marcha de la garantía popular de la constitución es formular una “nueva” constitución, lo que incluye un nuevo pacto social que le dé fundamento (A). Ahora bien, para que ese nuevo pacto social pueda ser efectivamente implementado, para que el nuevo orden aparezca y subsista, la experiencia muestra que es necesario poner en marcha los mecanismos de la llamada “justicia transicional”: “[e]l reto de la empresa constituyente es elaborar un texto constitucional que sea un acto de apaciguamiento colectivo y de restauración de la cohesión social. No se trata ya de gestionar el pasado, el presente y el futuro, sino de reconciliar las tres

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 18.

⁹⁸ Pedro Nikken describe muy bien dos casos de transición en los que no hubo vencedores ni vencidos. El Salvador y Guatemala. Ver especialmente *Las Naciones Unidas y los derechos humanos...*, ob. cit., pp. 43-62.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 258.

dimensiones temporales. El reto es invertir el presente para evitar que el pasado comprometa al futuro”¹⁰⁰ (B).

A. La negociación y conclusión de un nuevo pacto social

La reconstitución es el fin —el objetivo— de la garantía popular de la constitución, en el entendido de que se trata de un paso indispensable para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho¹⁰¹. Esa consolidación supone que la democracia —y el Estado de derecho— alcancen “un estado de firmeza y solidez que le[s] permita funcionar sin verse amenazad[os] por los peligros de una involución autocrática”¹⁰²; proponiéndose dos criterios complementarios para determinar en qué consiste esa consolidación: 1) “el grado de consenso social en torno a las reglas, procedimientos e instituciones democráticas, y su aceptación, tanto por parte de la mayoría del pueblo, como por las principales fuerzas políticas y sociales” y; 2) “los resultados que cabe esperar del funcionamiento de las reglas e instituciones democráticas, de modo que, (...), una democracia consolidada es aquella que se caracteriza por una ampliación de la participación política y por su extensión la esfera económica y social”¹⁰³.

Existe, pues, una diferencia entre la transición, sobre la cual ya se habló, que puede operar mediante las formas constitucionales en vigor hasta el momento de la ruptura, y la consolidación, que es su punto de llegada¹⁰⁴. Y, como el problema central consiste en “asegurar la leal y sincera aceptación de unas reglas del juego y de un conjunto de arreglos institucionales, por parte de actores que eventualmente pueden sentirse perjudicados por el funcionamiento o aplicación de tales reglas y arreglos”¹⁰⁵, es que se habla de reconstitución a partir de la negociación y conclusión de un nuevo pacto social. A fin de cuentas, siguiendo a Hobbes o a Rousseau, de lo que se trata es de dejar atrás el estado de naturaleza —la barbarie— para entrar en el estado de civilización¹⁰⁶.

El producto final del proceso de reconstitución es un nuevo pacto social, una “nueva” constitución. Para que tenga posibilidades de alcanzar su objetivo, ese pacto social tiene que derivar del “consenso de todas las fuerzas políticas y sociales, es decir, de una mayoría importante del cuerpo social, [pues] esa es la condición esencial de una evolución política hacia la democracia y una constitución estable”¹⁰⁷. Por ello hablamos de *negociación y conclusión* de un nuevo pacto social.

En ese sentido, vamos a referirnos primero, al proceso material de formación del nuevo pacto social, que calificamos como “construcción del futuro” (a); y luego a los elementos legitimadores del proceso (b).

¹⁰⁰ Marc Verdussen, ob. cit., p. 14.

¹⁰¹ Como lo subrayó Carlos Floria en 1990, “[p]orque al cabo vale la pena para nuestro tiempo la advertencia dramática que Alfred de Musset sugería aproximadamente así: en tiempos de crisis, cuando se camina, hay que saber si se pisa una semilla o un despojo. / La consolidación democrática sucede cuando se sabe la diferencia”. Carlos Floria, “La turbulenta transición de la Argentina secreta”, en: *Agenda para la consolidación de la democracia* en América Latina, ob. cit., p. 81.

¹⁰² Juan Carlos Rey, ob. cit., pp. 342-343.

¹⁰³ Juan Carlos Rey, ob. cit., p. 343.

¹⁰⁴ Carlos Floria, ob. cit., p.46.

¹⁰⁵ Juan Carlos Rey, ob. cit. p. 343.

¹⁰⁶ Carlos Floria, ob. cit., pp. 51-53.

¹⁰⁷ Fabrice Hourquebie, “La construction de l’avenir : données contextuelles et cahier de charges constitutionnel”, en : *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles*, ob. cit., pp. 47-48.

a. La construcción de futuro: el pliego de condiciones (*cahier de charges*) constitucional¹⁰⁸

Cuando se estudia la teoría del poder constituyente a partir de visiones clásicas, se concluye que el titular del poder constituyente originario, es decir, el soberano, está por encima de toda normación y puede decidir cualquier cosa, incluso abdicar de su soberanía. Habiéndose determinado que esa teoría solo conduce a un neoabsolutismo¹⁰⁹, el alcance de los poderes soberanos se ha visto matizado por la fuerza de los hechos y, más concretamente, por la progresiva mundialización de los derechos humanos¹¹⁰.

Por otra parte, la práctica muestra que no es cierto que el pueblo soberano esté por encima de toda normación. Existe, como lo demuestra claramente el prof. Beaud, un sistema normativo –supraconstitucional, si se quiere– que dirige el ejercicio del poder constituyente originario y, por ende, la confección del producto de su ejercicio: la nueva constitución¹¹¹. Ese sistema normativo es de carácter esencialmente –aunque no solamente– procedimental.

El procedimiento constituyente tiene una fase pre-constituyente y una constituyente. La primera tiene como punto de partida la decisión en que consiste la deconstitución de la constitución en vigor, a lo cual ya hicimos referencia, pero comprende también –y especialmente– la pre-constitución o lo que también llamamos el pliego de condiciones (*cahier de charges*) constitucional. La fase constituyente, lógicamente, está referida a la elaboración del texto que habrá de ser considerado como constitución y a su sanción como tal.

En esencia, la pre-constitución o pliego de condiciones constitucional determina “cómo, y por quién será preparada, redactada, votada y ratificada la futura Constitución”¹¹². Allí se organiza el procedimiento constituyente y se fijan límites sustanciales al poder constituyente¹¹³. El procedimiento constituyente es lo que dotará (o no) de legitimidad al proceso y a su producto: la nueva constitución. Esto será abordado más adelante. Lo que interesa ahora son los límites sustanciales que se imponen al poder constituyente.

En ese sentido, es dable subrayar que, el primero de los límites sustanciales que, en el marco del (r)establecimiento de un Estado de derecho, se imponen al constituyente,

¹⁰⁸ Se toma este título –y parcialmente la estructura de su desarrollo– del trabajo de Fabrice Hourquebie, ob. cit., pp. 47 ss.

¹⁰⁹ Olivier Beaud, ob. cit., p. 417.

¹¹⁰ Con relación a esto, *vid.* Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, 2ª ed., Col. Systèmes – Droit, LGDJ, Paris, 2010, pp. 85-91; Carlos Ayala Corao, “La mundialización de los derechos humanos”, en: I. de Valera (coord.) *La mundialización del derecho – Foro realizado el 20 de octubre de 2008*, Serie Foros N° 3, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009. En concreto, Pedro Nikken decía al respecto lo siguiente: “El tema de los derechos humanos domina progresivamente la relación de la persona con el poder en todos los confines de la tierra. Su reconocimiento y protección universales representa una revalorización ética y jurídica del ser humano como poblador del planeta más que como poblador del Estado. Los atributos de la dignidad de la persona humana, donde quiera que ella esté y por el hecho mismo de serlo prevalecen no solo en el plano moral sino en el legal, sobre el poder del Estado, cualquier sea el origen de ese poder y la organización del gobierno. Es esa la conquista histórica de nuestros tiempos” (*La garantía internacional de los Derechos Humanos (Estudios sobre Derecho Humanos)*, Col. Estudios Jurídicos N° 78, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 28).

¹¹¹ Olivier Beaud, ob. cit., pp. 263-306.

¹¹² *Ibid.*, p. 271.

¹¹³ La pre-constitución, como instrumento, suele igualmente regular la transición. O. Beaud, ob. cit., pp. 272-276.

es que la nueva constitución sea materialmente una, al menos en su esencia. Luego, el proceso de (re)construcción democrática, pre-constitución y constitución deben tener como origen una negociación entre las fuerzas en presencia en la transición, de manera de asegurar el éxito de ese proceso. Solo así se logrará la identificación de los elementos comunes que existen en la sociedad, que se verterán en la pre-constitución para luego ser traducidos en la nueva constitución.

Ahora bien, no hay una única fórmula para la identificación de los elementos comunes que existen entre los componentes de una sociedad en proceso de reconstitución, pues “la explicación política necesita del conocimiento cultural, no solo jurídico de las instituciones”¹¹⁴. Sin embargo, es posible identificar algunos “puntos de entrada que, invariablemente, deben servir como balizas a los constituyentes en la elaboración del texto”; “otros se imponen igualmente por ser el fruto de un arreglo político y de una negociación”; “los últimos deberán ser escogidos en consideración de las características constitucionales que los constituyentes entienden atribuir al nuevo texto”¹¹⁵. Entonces, cuando se habla de elementos comunes, se habla de elementos de contexto, de elementos coyunturales y de elementos de principio, los cuales se convierten en lineamientos que limitan el contenido del pliego de condiciones.

Los elementos de contexto están referidos al pasado común de la sociedad de que se trate, a su historia; a su cultura política; a su(s) ideología(s) (política, religiosa, etc.) y; al peso de la comunidad internacional¹¹⁶. Los elementos coyunturales son, en esencia, los acuerdos en virtud de los cuales se produjo la ruptura¹¹⁷. Por último, cuando se habla de elementos de principio, se lo hace con relación a los principios fundamentales del constitucionalismo (soberanía, separación de poderes, nación, pueblo, etc.)¹¹⁸. En todos los casos, es conveniente que se eviten elementos que podrían ser objeto de polémica, pues, al no ser propiamente pactados, serán más difícilmente traducibles en al texto constitucional¹¹⁹.

La traducción de los elementos comunes a la “nueva” constitución supone la delimitación del “pliego de condiciones” o *cahier de charges*, lo que implica la definición de los parámetros de formalización de esa futura constitución; es decir, si y cómo van a materializarse esos elementos en el texto¹²⁰. Ese pliego de condiciones debe asegurar que la nueva constitución exprese la identidad nacional, es decir, que favorezca el consenso, en tanto que la transición es normalmente un momento de tensión social y política; debe tener por objetivo la reducción de la separación entre la constitución formal y la aplicada y; de tratarse de una constitución definitiva, los actores deben concentrarse menos en el cambio de naturaleza del régimen, que en las reglas que lo instituyen¹²¹. En ese orden, el *cahier de charges* tendría que obedecer a tres tipos de imperativo: uno simbólico, uno dogmático y uno orgánico.

El imperativo simbólico es lo que permitirá a la sociedad de que se trate apropiarse de su nueva constitución a través de elementos de integración¹²². El imperativo dogmático, como lo indica su designación, implica la inclusión en la constitución

¹¹⁴ Carlos Floria, ob. cit., p. 47.

¹¹⁵ Fabrice Hourquebie, ob. cit., p. 48.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 49-53.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹²⁰ *Ídem.*

¹²¹ *Ibid.*, pp. 55-56.

¹²² Fabrice Hourquebie, ob. cit., p. 56.

de lo que se conoce como su parte dogmática, la cual debe traducir la ruptura con el pasado autoritario y expresar los lineamientos de un futuro democrático y liberal. Esa parte dogmática comprende, obviamente, la carta de derechos¹²³, cuyo papel no es meramente simbólico o pedagógico, siendo uno de los elementos definitorios de la constitución como institución. El imperativo orgánico, por último, se refiere a la inclusión en la constitución de lo que se conoce como su parte orgánica, referida en esencia a la organización, responsabilidad y a las relaciones entre los órganos del poder público como traducción del principio de separación de poderes¹²⁴.

No hay que perder de vista, en todo caso, que la fortaleza del nuevo pacto social, de la constitución que dimana del mismo y, a fin de cuentas, de la democracia y el Estado de derecho de cuya consolidación se trata, procede “de la experiencia de una sociedad nacional que ha comprendido (...) que la consolidación de un régimen político legítimo, democrático pluralista es una exigencia ética social y no solo una preocupación académica”¹²⁵. De ahí la importancia de la legitimación del proceso.

b. La legitimación del proceso: instancias y procedimiento constituyente

Como bien lo subraya el prof. Jean-Pierre Massias, la redacción y adopción de la nueva constitución son determinantes, pues es a través de esta que se sella el nuevo pacto social y, además, porque simboliza y garantiza la pacificación¹²⁶.

En ese sentido, existe una racionalidad “democratizante” universal que, con respecto a la redacción de una nueva constitución, reposa sobre dos principios: 1) la asociación de todos los factores socialmente significativos, tanto al proceso de elaboración del texto, como a la adopción de la nueva constitución y; 2) más allá de la intangibilidad de los principios a los cuales ya se hizo referencia, “hacer del texto adoptado la expresión de un compromiso amplio y asumido”¹²⁷.

Es por lo anterior que cobra especialísima importancia la definición de las instancias y el procedimiento constituyente, pues de ello dependerá la legitimidad del proceso. En un primer momento, se trata de determinar a quién corresponde la iniciativa constituyente, es decir, quién preparará el anteproyecto de constitución a ser presentado a la instancia constituyente decisora. Luego, debe regularse la cuestión de la discusión y la adopción del proyecto, así como la de las instancias consultivas, lo cual incide en el tipo de debate que tendrá lugar en torno a la constitución: en un marco democrático y liberal el debate tendría que ser contradictorio, caracterizado por la

¹²³ *Ibid.*, p. 57. El autor subraya la importancia de la parte dogmática de la nueva constitución para el establecimiento del régimen democrático, libre y pluralista, llamado a sustituir al depuesto régimen autoritario. Advierte que, por ello, en su construcción, es particularmente importante evitar la retórica y la palabrería, pues ello puede traducirse en la imposibilidad de materializar su contenido.

¹²⁴ Fabrice Hourquebie, ob. cit., p. 59.

¹²⁵ Carlos Flórida, ob. cit., p. 80.

¹²⁶ Jean-Pierre Massias, ob. cit., p. 27.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 27-28. Manifiesta el autor que esa lógica de democratización puede ser alterada por el ambiente en el cual se desarrolla el proceso constituyente. En concreto, se refiere a los efectos negativos que puede tener el contexto global (económico, político o social) sobre la redacción de la constitución, el cual puede influir en los actores y; a la estrategia específica de ciertos actores, para quienes la transición democrática es más un asunto personal que axiológico, por lo que convierten la redacción y adopción de la nueva constitución en una lucha por el poder y el texto constitucional en un instrumento de acaparamiento del poder, más que de democratización (p. 28). Lamentablemente no tenemos el tiempo ni el espacio para desarrollar estos problemas, fundamentales, sin embargo, para la comprensión de los procesos transicionales.

discusión y la deliberación. El último aspecto a ser objeto de regulación, capital, es la autoridad llamada a sancionar la nueva constitución¹²⁸.

En un contexto de transición a la democracia, lo común es que se encargue del debate a una asamblea constituyente y que la sanción del texto corresponda directamente al pueblo¹²⁹. Ahora bien, para que el pueblo efectivamente decida sobre la constitución a venir y no se limite a emitir un voto de confianza, tienen que asegurarse dos cosas: la elección libre y competitiva de una asamblea constituyente y; la real y efectiva participación del pueblo en el proceso, como titular que es de la soberanía y, por ende, del poder constituyente.

En efecto, la democracia postulada por el Estado de derecho es una en la que la soberanía reside en el pueblo –o en la nación–; en la que rige el sistema representativo, sin excluir obviamente la participación ciudadana y; en la que el ejercicio del poder está limitado por el derecho, derecho que, a su vez, tiene unas características específicas, y que tiene como primera manifestación el respeto de los derechos humanos¹³⁰. Evidentemente, el sistema representativo está indisolublemente vinculado a los llamados derechos políticos, lo que incluye necesariamente el de “[v]otar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”¹³¹.

Como consecuencia de lo anterior, la asamblea constituyente debe ser representativa, lo que implica, por una parte, que debe emanar del sufragio y, por la otra, que su composición tendría que parecerse lo más posible al pueblo que representa¹³². Lo segundo es que su actuación estará limitada por el derecho, en concreto, por los postulados, principios y lineamientos contenidos en la pre-constitución o pliego de condiciones constitucional. Por último, su organización y funcionamiento –si no estuviera así postulado en la pre-constitución–, tendría que ceñirse a los elementos esenciales y componentes fundamentales de la democracia, en especial a la obligación de respetar los derechos humanos.

Lo anterior nos lleva a referirnos muy brevemente al tema electoral.

En caso de transición, la elección de los integrantes de la asamblea constituyente –y posteriormente el referendo aprobatorio de la nueva constitución– tendría estar

¹²⁸ Olivier Beaud, ob. cit., pp. 271-272.

¹²⁹ La iniciativa, por su parte, puede corresponder a la asamblea constituyente, al gobierno provisorio o, aunque no es común, a un grupo de ciudadanos.

¹³⁰ Para profundizar en el concepto, resulta sumamente útil acercarnos a los postulados del sistema de la Organización de Estados Americanos, en particular a la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001 (disponible en http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm). También podríamos acercarnos a los postulados de Naciones Unidas, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Resolución del 20 de diciembre de 2004 de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/59/201), relativa al “Fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia”, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/488/35/PDF/N0448835.pdf?OpenElement> (Consultados el 15 de enero de 2021).

¹³¹ Artículo 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³² Contra lo últimamente expresado, el prof. Raphaël Déchaux (ob. cit., p. 180) “recomienda” que no se aplique el modo de escrutinio proporcional, sino el mayoritario, puesto que es posible que no se alcance una mayoría suficientemente robusta y que, en consecuencia, el sistema entre en crisis. Según él, “[e]n una democracia naciente, tal vez es preferible privilegiar un modo de escrutinio mayoritario para consolidar el nuevo régimen instaurando un sólido hecho mayoritario”. Pensamos que esa “recomendación” es contraria a la premisa representativa, por lo que preferimos tomar *su* idea de establecer un sistema proporcional, creando pequeñas circunscripciones.

precedida de la adecuación de la legislación electoral, la purga del registro electoral, la reinstitucionalización de la administración electoral y, muy seguramente, la renovación de la estructura judicial llamada a garantizar la integridad de las elecciones¹³³. Todos esos temas deberían formar parte del conjunto de acuerdos transicionales y, probablemente, deban ser acompañados de la cooperación internacional. Será la manera de garantizar la elección libre y competitiva de una asamblea constituyente representativa.

En concreto, más allá de las misiones de cooperación y observación electoral, las Naciones Unidas ofrecen asistencia técnica y material, incluso financiera “pues la democracia tiene un costo que quizás puede ser difícil de asumir para Estados que salen desangrados de una dictadura”. También existen las misiones excepcionales de organización material de elecciones, que requieren un mandato especial del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General¹³⁴; las cuales pueden incluso encargarse del control de la regularidad de las elecciones¹³⁵.

Toda esa estructura, renovada y reforzada, servirá para garantizar que el referendo aprobatorio de la constitución se produzca, igualmente, en un clima de integridad electoral, como corolario de la participación del pueblo en el proceso.

La participación del pueblo en el proceso constituyente es fundamental. Esa participación tendría que ocurrir, primero, en la fase de redacción del nuevo texto y, luego, en la fase final del proceso formal, es decir, en la sanción del texto como “constitución”.

Por supuesto que, pretender que el “pueblo” o la “nación” participen en la redacción de la nueva constitución puede parecer –y tal vez es– utópico¹³⁶. De hecho, por las complejidades que apareja la participación ciudadana directa cobra particular importancia la participación en el proceso de la sociedad civil, que es la llamada a canalizar las inquietudes constitucionales de la población, en dirección a la asamblea constituyente, pero también desde la asamblea hacia el pueblo¹³⁷.

Por otra parte, en puertas del primer cuarto del siglo XXI se hace difícil justificar jurídica y políticamente que una “nueva” constitución sea sancionada indirectamente, por algún órgano representativo, como una asamblea constituyente. Desde hace ya varias décadas, la tendencia es a considerar que corresponde directamente al soberano (el pueblo o la nación) sancionar su “nueva” constitución, lo que ocurre mediante un referendo¹³⁸.

¹³³ Raphaël Déchaux, ob. cit., pp. 176-183.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 171-172.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 182.

¹³⁶ El caso surafricano muestra, sin embargo, que es posible manejar un proceso constituyente con muchísima apertura; no solo mediante la *educación* constitucional masiva de los ciudadanos para invitarlos a participar, sino efectivamente permitiéndoles hacerlo, individual o colectivamente (Raphaël Déchaux, ob. cit., pp. 185-187).

¹³⁷ Esa participación hay que distinguirla de la intervención en el proceso de las instancias constituyentes consultivas, normalmente conformadas por organizaciones técnicas o académicas, o bien por individualidades, que prestan su apoyo a la asamblea en la redacción del texto constitucional. Las organizaciones de la sociedad civil pueden efectivamente fungir como expertas, pero seguramente no abandonarán las luchas sociales que hacen parte de sus respectivos *mandatos* y, por ende, se encargarán de manera activa de alimentar el debate y la discusión. Ver con relación a este tema Xavier Philippe, “Le rôle des organisations non gouvernementales dans les processus constitutifs postconflituels: expertise ou plaidoyer ?” en: *Transitions constitutionnelles et constitutions transicionnelles...*, ob. cit., pp. 151-164.

¹³⁸ Olivier Beaud, ob. cit., p. 288.

Sin embargo, a los problemas típicamente electorales que pueden surgir en torno a ese proceso referendario —y a los cuales no vamos a referirnos¹³⁹—, debe sumarse el tema de los efectos plebiscitarios de la consulta o, en términos más claros, de los peligros del populismo. Para mitigar esos peligros, además del funcionamiento adecuado del sistema electoral, deben estar aseguradas varias cosas: la libertad de expresión; la libre circulación de información en cuanto al proceso; el pluralismo político; el derecho a la participación en el proceso de escritura constitucional y; eventualmente, la posibilidad de votar separadamente determinadas disposiciones constitucionales¹⁴⁰.

Para terminar, solo habría que señalar que, aunque la legitimidad de la “nueva” constitución sea incontestable, en el marco de un proceso de transición, su puesta vigor muy probablemente encontrará resistencias, incluso insalvables, si no se atienden las causas y las consecuencias de la opresión del cuerpo social que le ha dado lugar. De ahí que la justicia transicional funja como salvaguardia del nuevo pacto social.

B. La justicia transicional como salvaguardia del nuevo pacto social

Después de un proceso de opresión del cuerpo social en virtud del cual hubo de articularse la garantía popular de la constitución para negociar y concluir un nuevo pacto social, es imprescindible asegurar la vigencia formal y material de ese pacto y, sobre todo, su supervivencia en el tiempo. Es por ello —o para ello— que aparece lo que desde hace algunas décadas se califica como “justicia transicional”¹⁴¹.

Seguidamente trataremos de explicar lo que es la justicia transicional (a), para luego referirnos a sus motivos (b) y a sus métodos (c).

a. Lo que es la “justicia transicional”

De acuerdo con la definición que ofrece el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés), la justicia transicional “alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada”; “emana de la rendición de cuentas y de la reparación para las víctimas. Reconoce su dignidad como ciudadanos y como seres humanos”¹⁴².

¹³⁹ En realidad, esos problemas electorales tendrían que estar enmarcados en el proceso de reconstrucción del sistema electoral al cual se hizo referencia al analizar el tema de la asamblea constituyente.

¹⁴⁰ Léo Hamon, *Le référendum – Étude comparative*, Col. Systèmes – Droit public, LGDJ, Paris, 1995, pp. 58-62. Lo importante es que, cualesquiera que sean los mecanismos para asegurar el carácter democrático del referendo, por su complejidad, no hagan aparecer los problemas del *tecnicismo*, y terminen siendo aliados del problema que pretenden resolver.

¹⁴¹ Este, en concreto, es un asunto complejísimo que amerita un trabajo autónomo. Solo por citar una obra de referencia para el análisis, es interesante la editada por Juan E. Méndez, Martín Abregú y Javier Mariezcurrena, *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, IIDH – CELS, San José, 2001. Pasados veinte años desde su publicación, es posible mirar los (d)efectos de lo que hoy llamamos “justicia transicional” en espacios como el argentino, el chileno, Centroamérica y Suráfrica. También el papel de la justicia internacional en la estabilización de los regímenes democráticos.

¹⁴² ICTJ, *¿Qué es la justicia transicional?*, en <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. Consultado el 15 de enero de 2021. Vale la pena, a este respecto, ver la Conferencia “Justicia Transicional” dictada por Pedro Nikken en el *XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “Justicia Accesible, Eficaz, Reparadora y Diferencial: Hacia la Plena Garantía de los Derechos Humanos”* (22/08 al 01/09 2016), en <https://www.youtube.com/watch?v=jpGMngz2i4A>. Consultado el 15 de enero de 2021.

La justicia transicional “se construye con los procesos judiciales, purgas y reparaciones que tienen lugar después de la transición de un régimen a otro”¹⁴³. Por eso, supone la toma de ciertas decisiones cuyo objeto es, en definitiva, determinar, por una parte, a quién juzgar, sancionar y compensar y, por la otra, cómo juzgar, compensar y sancionar; pues con la transición, aparece el elemento responsabilidad, que es precisamente lo que nos vincula con la justicia transicional, si por “justicia” se entiende “reconocer el amplio espectro del daño y la degradación, la necesidad de rectificación y las diferentes maneras en que esa necesidad puede encontrar una expresión”¹⁴⁴.

Casi invariablemente las decisiones aludidas se desvían de los estándares de la justicia puramente jurídica¹⁴⁵. Esas decisiones son el resultado de la interacción, por una parte, de los procesos legales y administrativos puestos en marcha y de las fuerzas sociales más importantes y, por la otra, de una diversidad de restricciones y limitaciones¹⁴⁶, entre las que cuentan las negociaciones que dan lugar al nuevo régimen, la situación económica y, por último, algunos fines impuestos a la justicia transicional que hacen imposible satisfacer todos esos estándares al mismo tiempo¹⁴⁷. Adicionalmente, las decisiones en cuestión suelen estar moldeadas por emociones, positivas (la alegría desplegada luego de la liberación de Francia y otros países ocupados por la Alemania nazi o la caída del muro de Berlín) y negativas (venganza contra los líderes y agentes del régimen depuesto)¹⁴⁸.

En todo caso, la justicia transicional concierne tanto a la necesidad de saldar cuentas después de un conflicto violento y/o proceso represivo, como a la de poner término a los daños traumáticos causados a los individuos y a la sociedad, mediante la definición de “héroes y villanos”, “víctimas y perpetradores”¹⁴⁹. Sobre todo, persigue poner fin a la cultura de impunidad¹⁵⁰ y, en paralelo, establecer la cultura de los derechos humanos en un contexto democrático¹⁵¹.

Es de reiterar que la justicia transicional no es cualquier justicia ni se refiere a cualquier transición. La transición que la precede debe suponer el paso de un gobierno

¹⁴³ Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 1.

¹⁴⁴ Chrisje Brants, “Introduction” de Chrisje Brants, Antoine Hol y Dina Siegel (ed.), *Transitional Justice. Images and Memories*, Serie Advances in Criminology, Ashgate, Surrey – Burlington, 2013, p. 4.

¹⁴⁵ Jon Elster, ob. cit., p. 129. Se señalan los siguientes ejemplos: detenciones ilegales, culpas colectivas, presunción de culpabilidad, escogencia selectiva de jurados y jueces, ausencia de procedimientos contradictorios, ausencia de recursos, selección arbitraria de inculcados, tribunales especiales, rebaja de la pena, legislación retroactiva, extender, eliminar o recortar los regímenes de prescripción y caducidad, el retardo judicial o la justicia sumaria (pp. 129-35).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 188.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 216.

¹⁴⁹ Chrisje Brants, ob. cit., p. 1. Vale la pena traer a colación el estudio de Susanne Karstedt, “The Lives and Times of Sentenced Nazi War Criminals: Re-negotiating Guilt and Innocence in Post-Nuremberg Germany, 1950-1975”, en *Transitional Justice. Images and Memories*, ob. cit., pp. 33-50. El trabajo muestra cómo la sociedad alemana (occidental) de la posguerra –y la actual– prefirieron “cerrar libros”, dejar atrás el pasado, para seguir adelante y reconstruir su sociedad (ver especialmente pp. 38-41).

¹⁵⁰ “La impunidad implica no solo que los perpetradores han escapado al castigo por sus crímenes, sino además que la responsabilidad compartida de reconocer y rectificar el daño causado por ellos también ha quedado sin efecto a nivel nacional e internacional” (Christje Brants, ob. cit., p. 4).

¹⁵¹ Pádraig McAuliffe, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A contentious relationship*, Routledge, London, New York, 2015, p. 89.

autoritario a uno democrático y, en ese marco, la justicia a ser impartida debe serlo con la intención de que, como insistimos en subrayar, ese régimen democrático se rija por los principios del Estado de derecho¹⁵².

Lo expresado trasciende directamente sobre la justicia, que por eso se llama transicional: por un lado, existe la creencia de que el establecimiento de la responsabilidad de los perpetradores automáticamente contribuye a construir el Estado de derecho; pero, por el otro, de manera contradictoria, se presume que la judicialización de la política en que traduce habitualmente la justicia transicional conduce automáticamente a la construcción de un Estado de derecho sustentable¹⁵³.

b. Los motivos de la justicia transicional ante la necesidad de la consolidación democrática

En la justicia transicional habría tres motivaciones: 1) el deseo de venganza, 2) el deseo de justicia sustantiva retributiva y, por último, 3) el deseo de seguir principios procedimentalmente correctos en la implementación de la justicia sustantiva retributiva.

En la práctica, los deseos de venganza y justicia sustantiva suelen fusionarse; pero, en general, el deseo de respetar el debido proceso dificulta que la venganza se disfrace de justicia sustantiva¹⁵⁴. De hecho, en el marco de la justicia transicional, “una razón adicional para respetar la norma jurídica es que los nuevos líderes quieran desmarcarse tanto como sea posible de las prácticas antijurídicas de sus predecesores”¹⁵⁵. “No somos como ellos”, decía Vaclav Havel. En eso, algunos países escogen vivir según el adagio de acuerdo con el cual “vivir bien es la mejor venganza”.

El deseo de legalidad –según Elster– se acompaña usualmente por el de condenar a la mayor cantidad posible de perpetradores o colaboradores. En muchos casos, sin embargo, aparece un conflicto entre el deseo de justicia adjetiva y el deseo de justicia sustantiva o, lo que vendría a ser lo mismo, “entre el deseo de desmarcarse del régimen depuesto y el deseo de castigar a ese régimen tan severamente como lo merece”¹⁵⁶. Al respecto, se dice que puede sacrificarse el segundo objetivo en aras de alcanzar el primero¹⁵⁷.

La realidad muestra así que la justicia transicional no es solo una cuestión jurídica¹⁵⁸: lo legal compete con lo político y lo militar cuando los actores deciden lo que

¹⁵² De hecho, aunque como lo subraya Roldán Jimeno, “cabe retrotraer a diferentes períodos de la historia los mecanismos de la justicia transicional, como quedó probado en el estudio de Jon Elster, la mayor parte de los estudiosos suelen situar el punto de partida en el período posterior a la segunda Guerra Mundial, con los juicios de Nuremberg y Tokio” (“Introducción” de Roldán Jimeno Arangueren (dir.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Arazandi, Cizur Menor, 2017, p. 17).

¹⁵³ Pádraig McAuliffe, ob. cit., pp. 8-9.

¹⁵⁴ Jon Elster, ob. cit., p. 235.

¹⁵⁵ *Ídem*. Según el autor, “[e]n la justicia transicional, la ira y el deseo de parecer (para uno tanto como para los demás) motivado por la justicia tienen la misma raíz. Los daños del enemigo disparan al mismo tiempo el deseo de castigar el comportamiento antijurídico y el deseo de desmarcarse del mismo. Cuando esos objetivos chocan, el resultado es incierto” (p. 240).

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 236-237.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 237. Sin embargo, según el autor, la práctica muestra que las “nuevas democracias” tienden a resolver el dilema en uno de tres sentidos: i) insisten en el respeto de principios jurídicos fundamentales, como la irretroactividad de la ley; ii) franca y abiertamente aceptan la necesidad de violar tales principios en situaciones sin precedente o; iii) lo que resulta más frecuente, utilizan subterfugios para decir que no están desconociendo los principios, pero los desconocen.

¹⁵⁸ Christje Brants, ob. cit., p. 2.

pasa a ser historia y cuál fue su papel en la misma; también compite con lo individual y lo social, con quienes quieren recordar y registrar su propia versión del pasado en memoriales, rituales, libros, películas y demás manifestaciones artísticas¹⁵⁹; por ello, sus métodos no necesariamente se compadecen con los del Estado de derecho.

c. Los particulares (¿peculiares?) métodos de la justicia transicional

Como lo afirma Elster, “[e]l resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales”¹⁶⁰, indispensables, en el fondo, para el nuevo régimen democrático que ha decidido confrontar el pasado —porque siempre puede decidir o hacer lo contrario—, escogiendo “entre la justicia y la verdad”¹⁶¹.

Si se escoge la justicia, el nuevo régimen tendría que adoptar seis tipos de decisiones sustancialmente políticas¹⁶²: i) qué y quién debe contar como daño y como perpetrador; ii) cómo tratar a los perpetradores (ejecución, exilio, trabajos forzados, prisión, suspensión de la pena, inhabilitación civil y/o política, pérdida póstuma del estatus de víctima, confiscaciones, multas, etc.); iii) aunque los funcionarios —incluidos los militares— no sean juzgados, el nuevo régimen podría decidir “sancionarlos”, sustituyéndolos en sus cargos, por ejemplo; iv) las medidas concretas aplicadas contra los perpetradores; v) a los efectos de la compensación, hay que decidir, primero, qué tipo de sufrimientos constituyen víctimas: sufrimientos materiales (referidos a la propiedad), personales (violación de los derechos humanos) o intangibles (pérdida de oportunidades, por ejemplo); qué familiares y dependientes de las víctimas “primarias” se incluyen como “víctimas secundarias”; ¿desde qué momento se entiende que el régimen anterior tuvo víctimas?; vi) el último grupo de decisiones tiene que ver con el modo de reparación de las víctimas, siempre con relación al tipo de daño sufrido por ellas.

Hay que decir, por otra parte, que la búsqueda de la verdad no está divorciada de la justicia. De hecho, se dice que “las comisiones de la verdad y reconciliación como la establecida en Sudáfrica, incluso relacionadas con amnistías, pueden ser instrumentos poderosos para cambiar el clima de impunidad, en tanto que fuerzan a los perpetradores a expresar y reconocer públicamente su culpabilidad y remordimiento, en lugar de dejarlos en sus propios entornos”¹⁶³.

Más aún, como lo subraya Pedro Nikken con relación a los procesos de El Salvador y Guatemala, en ambos se expresaron las aspiraciones de verdad y justicia, en el entendido de que, “[s]olo cuando se hubiera descubierto la verdad y se hubiera puesto fin a la impunidad que cubrió la infinidad de crímenes cometidos, se estaría en condición de otorgar el perdón de los responsables y alcanzar una verdadera reconciliación”¹⁶⁴.

De hecho, pareciera que, en realidad, se trata de una especie de falso dilema, en tanto que, como advierte el mismo Nikken —crítico del sistema surafricano—,

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 5.

¹⁶⁰ Jon Elster, ob. cit., p. 116.

¹⁶¹ Jon Elster, ob. cit., pp. 116-117.

¹⁶² *Ibidem*, ob. cit., pp. 118-128.

¹⁶³ Susanne Karstedt, ob. cit., p. 48. Ver también Andrea Lillini, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa* (trad. Alexandra T. Marot Pollard), Berghahn Books, New York, Oxford, pp. 95-151.

¹⁶⁴ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos...*, ob. cit., p. 134.

El derecho a la verdad es un derecho autónomo, que porta en sí mismo una virtualidad resarcitoria parcial, en cuanto pone fin al sufrimiento que, en especial para los familiares de las víctimas pero también para la sociedad entera, implica la incertidumbre sobre las circunstancias en que se ejecutaron graves violaciones a los derechos humanos y sobre la suerte de las víctimas¹⁶⁵.

En todo caso, para tratar de establecer o definir sus métodos, se hace necesario comenzar por entender su estructura, lo que pasaría por determinar cuál es el papel de la “justicia” en la justicia transicional¹⁶⁶.

A tal fin, debe analizarse la justicia como motivación y sus complejas relaciones con otras motivaciones de los actores; y también debe estudiarse la justicia como institución, siendo indispensable en este ámbito cumplir la difícilísima tarea de distinguir la justicia jurídica de la justicia política. Hecho lo anterior, habría que distinguir los diferentes niveles de justicia transicional que pueden involucrar individuos, corporaciones, Estados o entidades supranacionales; las categorías de agentes involucrados en la justicia transicional; para, finalmente, tratar de identificar las decisiones esenciales que deben ser adoptadas por las nuevas autoridades en el ámbito de la justicia transicional¹⁶⁷.

Evidentemente, en este espacio no es posible desarrollar todo lo anterior. Debemos limitarnos a la justicia desde el punto de vista institucional.

En ese sentido, lo recomendable es establecer pragmáticamente objetivos alcanzables en el marco de la reforma de la justicia, por sobre objetivos más profundos, pero potencialmente inalcanzables, mediante una ponderación sincera de costos y beneficios, riesgos y oportunidades. Una aproximación más pragmática, que ponga al proceso judicial por encima del producto político podría no solo hacer desaparecer el espectro de los juicios sistemáticamente desequilibrados de la justicia transicional, sino que daría fundamento a una nueva manera de administración de justicia, especialmente penal, que adicionalmente generaría, en el caso de las víctimas, efectos retributivos y reconciliatorios, entre otros¹⁶⁸.

De hecho, a nuestro modo de ver, tendría que aplicarse la justicia jurídica¹⁶⁹ por sobre la justicia puramente política¹⁷⁰ y la justicia administrativa¹⁷¹: “[e]n la justicia

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 135,

¹⁶⁶ Jon Elster, ob. cit., p. 79.

¹⁶⁷ *Ídem*.

¹⁶⁸ Pádraig McAuliffe, ob. cit., p. 288.

¹⁶⁹ La justicia puramente jurídica es la que cumple con las siguientes características: 1) las normas son lo menos equívocas posible, de modo que prácticamente no haya lugar a la interpretación judicial; 2) la justicia está aislada de las demás ramas del poder público; no hay tribunales militares; los jueces profesionales son designados al azar, para evitar que el ejecutivo pueda, de alguna manera, seleccionar jueces para juzgar ciertas causas en un determinado sentido; 3) los jueces y jurados deben comportarse de manera tal que no desvíen el sentido de las normas para justificar una decisión tomada previamente por motivos políticos; 4) se respetan los principios del debido proceso (Jon Elster, ob. cit., pp. 86-88).

¹⁷⁰ La justicia puramente política implica que el ejecutivo del nuevo gobierno, unilateralmente y sin recurso, designe a los perpetradores y decida qué hacer con ellos; también puede tratarse de los juicios-espectáculo, en los cuales la legalidad se presenta como mera ficción en tanto que el resultado es una decisión conocida con antelación (*Ibid.*, pp. 84-85).

¹⁷¹ La justicia administrativa que serían las purgas que se producen en las administraciones públicas, las cuales puede acercarse a la justicia jurídica cuando las promociones o destituciones pueden ser objeto de recurso (*Ibid.*, p. 92).

transicional, un deseo de venganza emocionalmente fundado en cierto sentido puede ser más fuerte que el de impartir una justicia imparcial”¹⁷².

Huelga decir que, en materia de justicia transicional, los requisitos de la justicia jurídica son en esencia los del debido proceso¹⁷³; sin embargo, a pesar de que el fin de esa justicia es la consolidación del Estado de derecho, tales principios son rutinariamente violados, lo que en algunos casos aparentemente se “justifica”, pero en otros sin duda no¹⁷⁴.

Vale señalar que ninguno de los métodos aplicados, hasta hoy y como toda obra humana, es perfecto. Sin embargo, hay errores objetivamente previsibles, que deben evitarse para precaver el derrumbe del sistema. Lo que es claro es que acabar con la “cultura de la impunidad” requiere más que sentenciar a los perpetradores por los crímenes que hayan podido cometer. Incluye los esfuerzos para reeducar grupos de perpetradores sobre esos crímenes y también la reconstrucción de los estándares morales de la sociedad. Esto, claro está, supone retos enormes para sociedades que emergen de conflictos de larga duración¹⁷⁵.

En ese sentido, la voz de las víctimas es decisiva y, por eso, debe ser escuchada: “[a]cabar con la impunidad únicamente en un tribunal no es suficiente, como tampoco lo es el castigo severo. En tanto que nunca podrá reflejar el crimen, el castigo debe reflejar los valores y los derechos humanos que fueron violados en primer lugar”¹⁷⁶.

Lo relevante es que la justicia transicional –parafraseando a Pedro Nikken– permita que *enemigos* se conviertan en aliados en un proyecto nacional, determinado no por el mero cese de la violencia (o “silencio de las armas”), sino por una profunda transformación institucional, que requiere, entre otras, una reforma judicial para que la impunidad deje de ser la regla¹⁷⁷.

Como se anunció en la introducción de este trabajo, las líneas que preceden solo pretenden ordenar ciertas ideas en torno a un concepto: la garantía popular de la constitución. Esta garantía, como se vio, opera –o debe operar– cuando se produce la opresión del cuerpo social en un Estado determinado, es decir, cuando han sido desmantelados los pilares del Estado de derecho (la democracia y las garantías judiciales) y desconocida la dignidad de la persona humana, lo que es prácticamente una consecuencia de lo anterior.

El mecanismo de la garantía popular de la constitución es la deconstitución, es decir, el rechazo del orden constitucional en vigor, violento, autoritario –o totalitario–, para dar paso a un Estado de derecho. Ese proceso pasa por dos fases: la ruptura y la transición constitucional. Al término de esas fases debe haber desaparecido –o debe

¹⁷² Jon Elster, ob. cit., p. 83.

¹⁷³ Elster se refiere en concreto a las siguientes garantías del debido proceso: audiencias públicas y contradictorias; el derecho a escoger un abogado; el derecho de apelación; la inexistencia de leyes retroactivas o la inaplicación retroactiva de la ley; el respeto de los regímenes de prescripción y caducidad; la determinación individual de la culpa; la presunción de inocencia y la titularidad de la carga de la prueba en la acusación; el derecho a una justicia sin dilaciones, en el entendido de que la justicia retardada es denegación de justicia; el derecho a una debida deliberación, en el entendido de que también es denegación de justicia la justicia sumaria (*Ibid.*, p. 88).

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 88.

¹⁷⁵ Susanne Karstedt, ob. cit., p. 34.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 48.

¹⁷⁷ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos...*, ob. cit., p. 258.

haberse minimizado— la violencia característica del régimen a ser sustituido, sea que esta se haya producido efectivamente (en el pasado o en el presente) o que esté latente, para que la garantía popular de la constitución pueda alcanzar su objetivo.

En efecto, el fin de la garantía popular de la constitución es la reconstitución del Estado de que se trate, lo que pasa necesariamente por la negociación y conclusión de un nuevo pacto social sobre el cual se funde un régimen que responda a las características de un Estado de derecho. Ahora bien, para que ese nuevo pacto social pueda cumplir con su función, es indispensable manejar adecuadamente el pasado, exigir las responsabilidades a que haya lugar y acabar con la cultura de impunidad, todo lo cual se logra —o debe lograrse— a través de la llamada justicia transicional.

No queremos cerrar este espacio sin traer el texto que sigue, escrito por Dominique Rousseau, a propósito del tiempo de la constitución en las transiciones políticas:

Afirmar que una constitución es la obra de un pueblo o expresa la identidad de un pueblo implica necesariamente acordar al derecho una fuerza propia en la construcción de esa identidad. Una fuerza propia, es decir, diferente a la historia, las costumbres, los hechos, las maneras o las creencias individuales y colectivas. Esos elementos participan sin duda en la construcción de la identidad de un pueblo; pero si se hace un llamado a la constitución en esa construcción, es porque da a la sociedad una identidad que no puede ser la que le da la historia. Si no, no habría ninguna necesidad de constitución; sería suficiente dejar a la historia y al pasado actuar para modelar la identidad del pueblo. (...)

Escribir una constitución es pues introducir, al lado del tiempo de la historia, el tiempo del derecho que es el de lo universalizable, el que hace que los seres humanos se representen como iguales entre sí, cualquiera que sea su historia particular. El tiempo de la historia propone una identidad hecha de separaciones, de oposiciones, de violencia, de jerarquías, de vencedores y de vencidos; el tiempo del derecho propone una identidad hecha de exigencias atemporales a través de las cuales las personas y las sociedades se parecen y se acercan.

La separación de poderes, la igualdad de los hombres y las mujeres, la libertad de pensamiento y de conciencia, la independencia de la justicia, el pluralismo de la prensa son algunos de esos principios que no pertenecen a ninguna historia particular, sino que son inherentes al tiempo del derecho. Deben ser inscritos en toda constitución que, aquí o en otra parte, ayer como mañana, pretenda establecer, luego de la caída de las dictaduras, un orden político democrático¹⁷⁸.

EPÍLOGO:

“Venezuela está en peligro y los venezolanos tenemos que retomar el control de nuestra salvación”¹⁷⁹

El gran mal del que sufren los estudios de derecho público desde hace al menos tres cuartos de siglo, es el abandono de la teoría clásica del poder. Ya no quiere admitirse que es el poder político lo que crea el derecho, se trate o no del poder del Estado.

Maurice Hauriou¹⁸⁰

¹⁷⁸ Dominique Rousseau, “Le temps de la constitution dans les transitions politiques”, en: *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles...*, ob. cit., pp. 229-230.

¹⁷⁹ Pedro Nikken, “La negociación no es la mejor alternativa: ¿es la única alternativa!”, entrevista realizada el 14 de octubre de 2019 en el marco del Proyecto Orinoco, por Sergio Dahbar y Temir Porras. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7NRRHT5fbps>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹⁸⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1ª ed., Sirey, Paris, 1923, p. 285.

En Venezuela están dadas, hoy, todas las condiciones para que opere la garantía popular de la constitución. De hecho, opera desde hace mucho, pero no ha sido posible articular sus mecanismos de manera eficiente, ni hay claridad sobre sus fines.

Miremos un poco más de cerca.

1. La opresión del cuerpo social

Venezuela no es un Estado de derecho y, además, existe un profundo desprecio por la dignidad humana. Esas son constataciones objetivas, producto de análisis metodológicamente efectuados no solo por organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, sino también por organismos multilaterales, en ejercicio de sus respectivas competencias¹⁸¹.

En cuanto al Estado de derecho, al menos en los términos descritos en este trabajo, es claro que la democracia ha sido desmantelada no solo en virtud de la eliminación en la práctica del pluralismo político y de la cooptación del sistema electoral por el partido de gobierno, sino porque las propias instituciones democráticas han dejado de funcionar, para servir a los intereses de dicho partido. De otra parte, desde hace años ha venido constatándose que en Venezuela no existen garantías judiciales de ningún tipo.

Lo último se ve reflejado, claro está, en la situación de los derechos humanos, de todos los derechos humanos. Pero es que Venezuela, el otrora país más rico de la región, atraviesa desde hace años una emergencia humanitaria compleja, producto de las políticas públicas y del desdén de los gobernantes por la dignidad humana¹⁸². No en balde se dice que la venezolana está entre las migraciones internacionales más importantes del mundo en este momento.

En tanto que lo anterior ha sido verificado por instancias multilaterales y que, incluso, existe un proceso (preliminarmente) abierto en la Corte Penal Internacional por la (presunta) comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, quiero traer a colación una reflexión de Pedro Nikken relativa a los casos de El Salvador y Guatemala:

Fueron los abusos contra los derechos humanos y contra el Derecho internacional humanitario, así como prácticas terroristas, el principal motor de la opinión pública mundial para auspiciar el fin de la guerra y la transformación del estado de cosas imperante en América

¹⁸¹ Ver, entre otros, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2019*, en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>; Alta Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Resultados de la investigación de las denuncias de posibles violaciones de los derechos humanos a la vida, la libertad y la integridad física y moral en la República Bolivariana de Venezuela*, 44º período de sesiones - 15 de junio a 3 de julio de 2020, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/A_HRC_44_20_Unofficial-Version_SP.pdf. Ver también las *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, presentadas durante el 45º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos; disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf. Por otra parte, el 5 de noviembre de 2020 se dio a conocer que la Fiscal de la Corte Penal Internacional informó a la delegación venezolana “que existía una base razonable para creer que en Venezuela se habían cometido crímenes que competen a la Corte” (Noticias ONU, *La CPI halla una “base razonable” para pensar que se cometieron crímenes graves en Venezuela, pero aún no abre una investigación*, en <https://news.un.org/es/story/2020/11/1483572>). (Consultado el 15 de enero de 2021).

¹⁸² Noticias ONU, *La situación humanitaria en Venezuela continúa deteriorándose*, 6 de noviembre de 2019, en <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>. Consultado el 15 de enero de 2021.

Central. Fue igualmente la protección a esos derechos el pivote sobre el que se asentó la acción inicial de Naciones Unidas en el caso.

En fin, los derechos humanos no estuvieron en juego solo en el preámbulo de los procesos de paz, sino que los permearon profusamente. Son también el eje del modelo de sociedad que surgió de las negociaciones (...) ¹⁸³.

Luego de esa reflexión... ¿Para cuándo vamos a dejar la organización política y social que nos aproxime a la deconstitución-manifestación civilizada del derecho a la insurrección? ¿Hasta cuándo vamos a apostar por la cooperación internacional si no somos capaces de organizarnos y ejercer la garantía popular de la constitución?

2. La urgencia de proceder a la deconstitución

Ante la situación de opresión del cuerpo social someramente descrita en el número anterior, se hace *urgente* la deconstitución en Venezuela. Urgente, no porque haya que fabricarla mediante un acto de magia, sino porque es imperativo, en la brevedad posible, generar las condiciones para que se produzcan ruptura y transición constitucional: la vida en Venezuela es inaguantable para la gran mayoría de la población.

Recientemente hubo, sin lugar a duda, un intento de deconstitución de lo que sea que podamos llamar “constitución de 1999”, primero mediante el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante “Estatuto de la transición”) ¹⁸⁴, del 5 de febrero de 2019 y; luego, mediante la consulta popular del 7-12 de diciembre de 2020.

Hoy, está claro que el intento fundado en el Estatuto de la transición no cumplió sus fines. La consulta popular del 7-12 de diciembre de 2020 tampoco, pues no tuvo ningún objetivo concreto, ni tiene resultados verificables (o conocidos) ¹⁸⁵. La consecuencia es que no hay ruptura, ni hay transición ¹⁸⁶. Peor aún, el poder del régimen se ha visto fortalecido luego de las (irritas) elecciones parlamentarias de diciembre de 2020.

Por otra parte, si uno se pone a revisar noticias, opiniones y análisis jurídicos y políticos, aunque sea sin seguir una rigurosa metodología, uno encuentra que la sociedad civil y política venezolana parece temerle más al proceso de reconstituir la República que a las consecuencias de no proceder a la deconstitución del régimen. Hasta puede parecer que es preferible enfrentar, incluso sin organización, los ataques despiadados y a mansalva de las fuerzas estatales –y de ciertos grupos de opinión opositores–, que generar los espacios que se requieren para la negociación y adopción de un nuevo pacto social. Eso o huir.

¹⁸³ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos...*, ob. cit., pp. 114-115.

¹⁸⁴ El texto debería poder verse aquí: http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_archivos/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-285.pdf. En caso de bloqueo, el texto puede verse también aquí: <https://politikaucab.net/2019/02/07/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-aprobado-por-la-asamblea-nacional-documento-completo/>

¹⁸⁵ Ángela Gómez, “Finalizó en Venezuela la Consulta Popular opositora contra el chavismo”, en: *France 24* 12/12/2020, disponible en <https://www.france24.com/es/américa-latina/20201212-consulta-oposicion-guaido-venezuela-elecciones>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹⁸⁶ Lamento disentir en esto de mi colega y amigo José Ignacio Hernández, quien recoge lo contrario en su libro *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente Encargado de Venezuela*, Col. Estudios Políticos N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

La sociedad civil y política deben reaccionar y movilizarse para que, efectivamente, se produzca la ruptura del régimen en los términos descritos en este trabajo y generar la transición constitucional. Si esa movilización no se produce de inmediato, de manera pacífica, la Historia nos cuenta que lo más probable es que la violencia –que ya existe– escale y, que el proceso de deconstitución será (esperaría uno) el producto de la capitulación o el armisticio, después de la guerra¹⁸⁷.

Entendiendo eso, como parece estar ocurriendo ya¹⁸⁸, la sociedad civil debe dar un paso al frente e impulsar el proceso de deconstitución. De hecho, esa es quizás la forma eficiente y eficaz de obligar a la clase política a moverse hacia la ruptura y la transición constitucional.

Además, hay un tema fundamental alrededor del cual puede y debe organizarse el movimiento: el sistema electoral y las elecciones. No hay que olvidar el ejemplo de Solidaridad en la Polonia de fines de la década de los ochenta del siglo XX.

3. La necesidad reconstituir la República

Hace diez años escribí sobre la necesidad de reconstituir la República¹⁸⁹. En ese entonces me referí a la necesidad de tomar lo que consideré como decisiones políticas fundamentales con relación a los elementos esenciales del Estado, todo lo cual está más que nunca vigente. Por eso, si la sociedad civil es capaz de impulsar la deconstitución, debe igualmente organizarse para generar espacios de diálogo en la población que permitan construir el nuevo pacto social y, también, edificar las bases del proceso de justicia transicional que necesitará ese pacto para subsistir.

En cuanto se refiere al nuevo pacto social, ahora como hace diez años, hay que reconstituir el elemento población, en especial en cuanto se refiere al “estatuto” del pueblo y, precisamente, de la sociedad civil para devolverle su libertad. También hay que reconstituir el elemento territorio, no solo en lo que se concierne a su división y organización, sino especialmente –como vuelve a verse hoy– en cuanto a la definición de la capital de la República: de nuevo se plantea la discusión sobre el significado del “Distrito Capital” definido en la constitución de 1999¹⁹⁰, casualmente en

¹⁸⁷ Puede hacerse una aproximación al tema de la violencia en Venezuela a través del portal del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (<https://www.observatoriodeconflictos.org.ve>). También puede consultarse a Provea (<https://www.derechos.org.ve/provea>). Adicionalmente es importante leer la entrevista que hace Hugo Prieto a Verónica Zubillaga, para *Prodavinci*, el 17 de enero de 2021: “¿Entonces, nos quedamos de brazos cruzados?”, disponible en <https://prodavinci.com/veronica-zubillaga-entonces-nos-quedamos-de-brazos-cruzados/>

¹⁸⁸ Entre otras noticias, puede verse CEPAZ (18 de mayo de 2019), *Diálogo social: Venezuela requiere la suma de voluntades para crear espacios de entendimiento*, disponible en <https://cepaz.org/noticias/dialogo-social-venezuela-requiere-la-suma-de-voluntades-para-crear-espacios-de-entendimiento/>; Marino Alvarado, “Declaración por un entendimiento nacional”, *PROVEA* 5 de septiembre de 2019, disponible en <https://provea.org/opinion/declaracion-por-un-entendimiento-nacional/>; El Pitazo (5 de febrero de 2021), *Fedecámaras, Diálogo Social y académicos impulsan construcción de soluciones pacíficas al conflicto venezolano*, disponible en <https://elpitazo.net/gran-caracas/fedecamaras-dialogo-social-y-academicos-impulsan-construccion-de-soluciones-pacificas-al-conflicto-venezolano/> (Consultados el 15 de enero de 2021).

¹⁸⁹ Claudia Nikken, “La re-constitución de la República. Un desafío en la Venezuela de hoy, en: Jesús M. Casal y María Gabriela Cuevas (coord.), *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy – Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza – Memoria del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, UCAB – Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2013, T. I, pp. 297-336.

¹⁹⁰ Alberto Torres, “Alcaldes rechazan pretensión de incorporar cuatro municipios mirandinos al Distrito Capital”, *Crónica Uno* 6 de enero de 2021, disponible en <https://cronica.uno/alcaldes-rechazan-pre>

puertas de un proceso electoral local. Por último, pero no por ello menos importante, hay que reconstituir el elemento autoridad organizada: ante la escalada del “Estado comunal”¹⁹¹, que se suma a las fallas endémicas de la constitución de 1999 (p. ej. cesarismo democrático), es inaplazable replantear el tema de la titularidad y ejercicio de la soberanía; la forma del Estado y; finalmente, el sistema de gobierno, específicamente el sistema de pesos y contrapesos inherente al principio de separación de poderes, maltrecho en la constitución formal y destruido en la constitución real.

Con respecto a la justicia transicional... Todos los venezolanos somos víctimas del régimen, unos en mayor grado que otros y en muy diversas circunstancias. Valga decir que el régimen no se limita al chavismo, sino que comprende también a las fuerzas opositoras que han ejercido el poder. Eso, a mi juicio, explica en parte que la clase política no se mueva hacia la reconstitución de la República: es muy duro asumir las propias responsabilidades. Sin embargo, la justicia transicional, como vimos, tiene diversos mecanismos para alcanzar la consecución de sus fines: verdad, justicia, reconciliación y paz.

Atendiendo a esos fines, podrá tejerse el acuerdo sobre los diversos mecanismos de justicia transicional que habrán de aplicarse para conservar el nuevo pacto social. Esos mecanismos, por ende, tendrán que formar parte de la negociación. De ahí la importancia de que la clase política entienda que integrar el proceso; sin esperar, claro está, garantías de impunidad donde no puede haberlas. Con esto me refiero específicamente a los crímenes de lesa humanidad incurridos por (o en nombre de) autoridades venezolanas, en distintos grados, desde la vigencia del Estatuto de Roma en Venezuela.

Quiero terminar estas líneas citando nuevamente al homenajeado, quien en su Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales expresó lo siguiente¹⁹²:

¿Por qué las materias resueltas por enemigos militares para poner fin a su confrontación no pueden ser objeto de acuerdo por quienes tienen la responsabilidad de decidir, en paz y en democracia, sobre las transformaciones del Estado venezolano? (...) Dice el refrán que nadie aprende por cabeza ajena, pero yo rehúso a aceptar esa sentencia, negativa de todo sentido constructivo y esperanzado de la Historia. Los hombres de pensamiento, quienes reflexionan con seriedad sobre su entorno, sí aprovechan la experiencia ajena. Lamentablemente, la mayor parte de los actores a quienes ha correspondido y corresponde acometer la puesta en práctica de los cambios cuya necesidad todos conocemos, son más bien hombres de pensamientos que cambian, se acomodan, se olvidan, se apagan o se los lleva el viento”.

Y termina citando a Monseñor (San) Romero, esperando que la frase nunca fuera aplicable a Venezuela, pero que lamentablemente lo es:

queda poco margen para soluciones pacíficas racionales y, (...) hay que urgir a todos los que puedan hacer algo, para que esta solución pacífica y racional lleve adelante los cambios y no haya necesidad del baño de sangre que se ve venir.

tension-de-incorporar-cuatro-municipios-mirandinos-al-distrito-capital/. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹⁹¹ Efecto Cocuyo (13 de febrero de 2021), *La propuesta de Parlamento Comunal que el chavismo se propone retomar*, disponible en <https://efectococuyo.com/politica/la-propuesta-de-parlamento-comunal-que-el-chavismo-se-propone-retomar/>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹⁹² Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos...*, ob. cit., pp. 258-259.

Esas mismas palabras fueron pronunciadas en el discurso de incorporación en noviembre de 1997...¹⁹³.

Ojalá que se comprenda que ha llegado la hora de la construcción de la paz; de “la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza”; “de una conquista que se edifi[que] sobre [el] propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad”. Es la hora de “la paz [como] paradigma de la política”¹⁹⁴.

Lamentablemente para el país –y dolorosamente para mí–, Pedro Nikken no está más para continuar con su prédica, con su intento de convencer y construir no solo la esperanza, sino también la oportunidad real de un mejor país. Sin embargo, sus enseñanzas están ahí. Sería un gran error –un error histórico– no aprovecharlas.

Caracas, febrero de 2021

¹⁹³ Pedro Nikken, *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, disponible en https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1997_64_134_59-81.pdf

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 1.

LA INTEGRIDAD ELECTORAL EN VENEZUELA

Gabriel Sira Santana*

SUMARIO

I. Una precisión conceptual. III. La integridad de los últimos ciclos electorales en Venezuela. 1. El principio del respeto de los principios de la democracia electoral. 2. El principio de la conducta ética. 3. El principio del profesionalismo y la precisión. 4. El principio de las salvaguardias institucionales. 5. El principio de la supervisión. 6. El principio de la transparencia y la rendición de cuentas. IV. A modo de conclusión.

“La persona humana no puede vivir conforme a la dignidad que le es inherente, en una sociedad oprimida”.

Pedro Nikken¹

I. UNA PRECISIÓN CONCEPTUAL

El término “integridad electoral” es una construcción doctrinal con la cual se desea englobar el estudio de los ciclos electorales visto que –en criterio de sus expositores, entre los que destaca Norris– los adjetivos de libres, justas, transparentes, imparciales o similares para referirse a las elecciones representan únicamente un aspecto del proceso electoral y, por ende, las conclusiones a las que se arriban son inconclusas².

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

¹ Pedro Nikken, “Los presupuestos de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, N° 59, Instituto Interamericano de Derechos, San José, 2014, p. 173, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32984.pdf>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021

² Véase (en inglés) Pippa Norris, “The new research agenda studying electoral integrity”, *Electoral Studies*, Vol. 32, N° 4, 2013, p. 564, en <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2013.07.015> La autora fundó el *Electoral Integrity Project* de la Universidad de Harvard y la Universidad de Sídney (ver en general <https://www.electoralintegrityproject.com>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021).

En este orden de ideas, por integridad electoral se entenderían entonces “las convenciones internacionales y normas globales que aplican a todos los países del mundo durante sus ciclos electorales, con inclusión del periodo pre-electoral, la campaña, el día de la votación y las etapas posteriores”³, precisándose como elementos de esta definición, de acuerdo con la autora citada⁴:

Primero, la existencia de una regulación internacional, ya que la legitimidad de una elección derivará del respeto de las normas sobre derechos políticos previstas en acuerdos multilaterales y tratados internacionales, y no únicamente lo que determine el derecho interno a fin de evitar alusiones a la soberanía nacional que permitan justificar abusos de poder y la arbitrariedad electoral⁵.

Segundo, la necesidad de clasificar las malas prácticas electorales como infracciones de primer orden –o aquellas que involucran violencia y violaciones graves de los derechos humanos, bien sean promovidas por el gobierno o por la oposición– e infracciones de segundo orden –o aquellas de menor gravedad relacionadas principalmente con los aspectos administrativos o técnicos de los procesos electorales, siempre que sobrepasen la simple irregularidad y puedan dar lugar al fraude o manipulación de la voluntad popular–, con el propósito de catalogar correctamente los efectos de estas infracciones en el ciclo electoral, en el entendido que la relevancia de la infracción variará de acuerdo con el Estado en el que nos encontremos y su cultura democrática.

Tercero, la aplicación de estándares universales como consecuencia de la regulación internacional a la que ya hicimos referencia y, por ende, la comprensión de que las malas prácticas electorales pueden ocurrir en cualquier Estado –como de hecho ocurren–, no siendo correcto desestimar de plano el estudio de la materia en democracias fuertes pues podrían estarse asentado las bases para violaciones más graves en un futuro cercano.

Y cuarto, la segmentación de las elecciones en un ciclo en donde cada etapa se encuentra regida por la regulación y los estándares mencionados, visto que las malas prácticas electorales no se circunscriben únicamente al día de las elecciones sino que, muy por el contrario, pueden darse al sancionarse las leyes nacionales que regularán las elecciones; la contratación y formación de los funcionarios públicos con competencia electoral; la planificación de elecciones; el registro de votantes y de partidos políticos; la postulación de candidatos; la campaña electoral; el acto de votación como tal; el conteo y escrutinio; la adjudicación y proclamación; auditorias; archivo; y demás actividades propias del ciclo electoral⁶.

³ *Ídem.*, traducción nuestra.

⁴ *Ibid.*, pp. 564-568. Véase también (en inglés) Pippa Norris, *Why Electoral Integrity Matters?*, Cambridge University Press, New York, 2014 y Pippa Norris, *Why Elections Fail?*, Cambridge University Press, New York, 2015.

⁵ Sobre la relación que existe entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, con inclusión de los derechos políticos, véase del homenajeado en esta obra colectiva: Pedro Nikken, “El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno”, *Revista IIDH*, N° 57, Instituto Interamericano de Derechos, San José, 2013, pp. 11-68, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁶ La autora coloca como ejemplo de estas faltas ajenas al propio ejercicio del voto el impedir el registro de determinados partidos políticos o candidatos de forma directa o indirecta (esto es, mediante la solicitud de requisitos de difícil o imposible cumplimiento), el uso de los medios de comunicación oficiales para promover a los candidatos que comulgan con el gobierno y el llamado *gerrymandering* o manipulación de circunscripciones electorales. Valga decir, todos supuestos que han ocurrido en Venezuela en los últimos años, según precisaremos más adelante.

De este modo, estaríamos frente a un concepto que ha ido calando en el ideario democrático al ser adoptado por diversas organizaciones internacionales y nacionales, siendo ejemplo de las primeras la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA), que ha definido a las “elecciones con integridad” como aquellas “basadas en los principios democráticos del sufragio universal y la igualdad política, tal como se reflejan en los acuerdos y normas internacionales, caracterizadas por una preparación y gestión profesionales, imparciales y transparentes a lo largo de todo el ciclo electoral”, concluyendo esta Comisión que “para que las elecciones sean democráticas, fomenten el desarrollo y promuevan la seguridad, deben celebrarse con integridad”, pues, en caso contrario, “la confianza de la ciudadanía en el proceso electoral es endeble, y los gobiernos carecen de legitimidad (...) las instituciones democráticas están vacías de contenido y desprovistas de los valores y el espíritu de la democracia”⁷.

Por su parte, por lo que respecta a las organizaciones nacionales podemos mencionar que el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno de la Universidad Católica Andrés Bello (CEPYG) impulsa desde el año 2014 el “Proyecto Integridad Electoral Venezuela”, que define a nuestro objeto de estudio como:

...una propuesta analítica que asume una visión integral de todas las dimensiones del ciclo electoral partiendo del diseño de la legislación y de los organismos y la selección de autoridades electorales, hasta los procesos de votación, conteo, divulgación de resultados y fiscalización; apuntando al establecimiento de las condiciones que garantizan procesos electorales democráticos y de alta calidad, señalando el conjunto de dimensiones, que además de garantizar elecciones libres y justas, tienen como finalidad alcanzar una mayor equidad y competitividad del sistema⁸.

En otras palabras, la integridad comentada radicaría en que en todas las etapas del proceso electoral se respeten los principios y reglas que a nivel convencional se recogen para el ejercicio de los derechos políticos –y que para facilitar su efectividad habrían de incorporarse en la legislación nacional y en el quehacer de la función administrativa–, visto que en una verdadera democracia estos derechos no se reducen simplemente al acto de votación sino, también, los actos previos y posteriores que permiten en definitiva asegurar el respeto de la voluntad del pueblo en la dirección de los asuntos públicos⁹.

A la misma conclusión llega el foro venezolano según constatamos, por ejemplo, en la obra de Urosa Maggi –cuando expone que “[l]a existencia de mecanismos efectivos e imparciales de solución de conflictos electorales y de revisión de todos los actos y actuaciones relacionadas con el proceso electoral es condición básica en términos de integridad electoral”¹⁰– y Hernández, quien precisa que:

⁷ Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad del IDEA, *Profundizando la democracia: una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo*, 2012, pp. 5-6, en <https://bit.ly/3378KMn>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸ CEPYG, *Proyecto Integridad Electoral Venezuela*, Reporte especial N° 0, 2014, p. 1, en <https://bit.ly/38Pd06w>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁹ Véase sobre los derechos políticos en general y su relación con la autodeterminación de los pueblos: Pedro Nikken, “Los derechos políticos como derechos humanos”, *Revista IIDH*, N° 58, Instituto Interamericano de Derechos, San José, 2013, pp. 35-79, en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1392/revista-iidh58.pdf>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

¹⁰ Daniela Urosa Maggi, “Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 14, Universidad Monteávila, Caracas, 2018,

El principio de integridad electoral añade elementos cuantitativos de control sobre las elecciones. De esa manera, no es suficiente que los procedimientos electorales se desarrollen en el marco de las Leyes aplicables, conforme a los principios de transparencia, participación e imparcialidad, entre otros. Es necesario, además, que el contexto institucional en el cual se desenvuelven las elecciones sea propicio al cumplimiento efectivo de esos principios, todo lo cual exige abordar a las elecciones desde una visión general y transversal, que valore en qué medida el elector puede ejercer, efectivamente, su libertad de sufragio¹¹.

Es decir, lo que otros autores han denominado –siguiendo la nomenclatura de los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹², 25 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴– “elecciones auténticas”, que se traducen en “que la votación tiene que ser universal, secreta y justa; que es tanto como respetar fielmente la voluntad de los electores libremente expresada”, ya que “es evidente que todos los derechos humanos de naturaleza política (ciudadanía, asociación, participación, libertad de expresión, sufragio, a ejercer cargos públicos, etc.) dejarían de tener valor si las elecciones para designar a los representantes y gobernantes no fuesen auténticas, es decir, si esta ocurre por coacción, mediante irregularidades, presión o fraudes (...). En pocas palabras, sin elecciones auténticas no hay gobernantes legítimos ni democracia”¹⁵.

Nótese que estos razonamientos serían cónsonos con la idea de la integridad electoral si entendemos por elecciones no solo el acto de votación como tal sino –repe-

p. 319. La importancia de estos mecanismos en relación con los derechos humanos en general fue destacada también por Nikken al sostener que “[j]usticia y seguridad, en una sociedad democrática, son conceptos inseparables de los derechos humanos, de la estructura del Estado de Derecho y de toda sociedad democrática. Los derechos humanos sin instituciones de garantía se reducen a la nada”. Véase Pedro Nikken, “Derechos humanos y violencia. En defensa de la persona humana”, *Revista IIDH*, N° 54, Instituto Interamericano de Derechos, San José, 2011, p. 127, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28394.pdf>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

¹¹ José Ignacio Hernández, “Integridad electoral y estado de excepción en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 133.

¹² Reza el artículo: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

¹³ Reza el artículo: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

¹⁴ Reza el artículo: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

¹⁵ Tomás Arias Castillo, Antonio Canova González y Rosa E. Rodríguez González, ¿Elecciones auténticas en Venezuela? Un análisis sobre la imparcialidad, el registro y el sistema automatizado, Editorial Galipán, Caracas, 2015, pp. 19 y 21.

timos— también sus etapas previas y posteriores, pues en cualquiera de ellas puede darse una irregularidad que atente contra la voluntad libremente expresada por los ciudadanos de un Estado y, en consecuencia, los artículos del derecho convencional citados ut supra¹⁶.

Así, esta última aseveración nos acercaría a las reflexiones de Nohlen quien plantea que la integridad electoral se trata de una construcción que no es del todo novedosa y, más bien, parece querer sustituir a lo que ya conocíamos como derecho o justicia electoral, si bien la integridad electoral coloca el énfasis en dos puntos en concreto que el autor define como sus dimensiones. Ellos son: su alcance integrador —es decir, “la idea de enfocar un ciclo electoral con diferentes etapas”, destacándose “la importancia de atender las etapas anteriores y posteriores a la jornada electoral en el análisis de las elecciones”— y la calidad de las elecciones o “la correspondencia entre valores y normas por un lado y comportamientos y resultados por el otro”, que operarían como un “postulado ético, dirigido al proceso electoral en total, a los individuos involucrados en él, de comportarse de forma íntegra, o sea honesta, conforme a los valores y las normas que sustentan elecciones democráticas, y de proteger, en su caso, la honestidad del proceso electoral frente a desafíos que la ponen en cuestión”¹⁷.

En todo caso, no siendo nuestra intención profundizar sobre las semejanzas y diferencias del término que motiva estas líneas con aquellos que le anteceden, dedicaremos las siguientes páginas de este trabajo a compaginar los últimos ciclos electorales vividos en el país con los principios de integridad que propugnan los teólogos en la materia, a fin de determinar si es posible afirmar que en Venezuela existe integridad electoral o, por el contrario, nuestra realidad dista de este postulado y es necesario tomar correctivos que permitan garantizar los derechos políticos de la población venezolana y legitimar sus instituciones y autoridades a través de elecciones íntegras, auténticas, justas o el adjetivo que el lector prefiera.

Lo anterior, como merecido homenaje a la memoria del Dr. Pedro Nikken, fiel defensor de los derechos humanos —con inclusión de los derechos políticos— dentro y fuera de nuestras fronteras y de la democracia y la autodeterminación como presupuestos, junto con el Estado de Derecho, “para que los derechos humanos puedan ser efectivamente realizables”¹⁸.

II. LA MEDICIÓN DE LA INTEGRIDAD ELECTORAL

Determinado a qué nos referimos con el término “integridad electoral”, nos restaría por precisar cómo se puede cuantificar la misma para proceder, por último, a la aplicación de esta evaluación a los más recientes ciclos electorales en el país.

¹⁶ Ejemplo de esta acepción lo constituye el estudio citado en el pie de página anterior donde, bajo el calificativo de elecciones auténticas, se analizan también etapas previas al acto de votación como lo son la designación de los miembros de la autoridad electoral, el ventajismo político y la falta de imparcialidad a lo largo del ciclo electoral, las irregularidades en el registro electoral y la necesidad de su auditoría, entre otros.

¹⁷ Dieter Nohlen, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *Desafíos*, Vol. 28, Nº 1, 2016, pp. 431 y 434, en <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/4660/3302> Téngase presente que estas visiones se compaginan con las dos definiciones que el Diccionario de la Lengua Española ofrece para el adjetivo íntegro en <https://dle.rae.es/%C3%ADntegro>. Es decir, el ciclo electoral aludiría a íntegro como “[q]ue no carece de ninguna de sus partes” y la calidad de las elecciones a que esta es “[r]ecta, proba, intachable” (primera y segunda acepción, respectivamente).

¹⁸ Pedro Nikken, “Los presupuestos de los derechos humanos”, ob. cit., p. 174.

Al respecto, y sin querer agotar el tema, podemos destacar que autores como Norris sostienen que la medición de la integridad electoral y las malas prácticas electorales han sido cuantificadas en el mundo al menos desde el año 1945 –lo que reforzaría el planteamiento de Nohlen de que se trata de una construcción poco novedosa, según vimos– a través de modelos como el *National Elections across Democracy and Autocracy* (NELDA) o el *Quality of Elections Data* (QED), con los que se mide la competitividad electoral –por ejemplo: si existe un único partido político o se permite la oposición, si los candidatos de oposición son víctimas de acoso, entre otros–, el ordenamiento jurídico electoral, y lo ocurrido durante la campaña electoral y el día de las votaciones¹⁹.

No obstante, al considerarse a estos modelos como insuficientes, el Proyecto de Integridad Electoral dirigido por la misma Norris ha generado un cuestionario con once criterios con los que se logra medir la integridad electoral de un Estado al tomarse como elementos de estudio: (i) El ordenamiento jurídico electoral. Particularmente, si este es justo con los partidos políticos minoritarios, favorece a los partidos gobernantes o restringe los derechos políticos; (ii) El proceso electoral, en tanto si es correctamente planificado, hay información disponible sobre los mismos, los funcionarios electorales actúan correctamente y el proceso se realiza conforme con la ley; (iii) Las circunscripciones electorales, y si estas son imparciales o favorecen al partido de gobierno a través del *gerrymandering*; (iv) El registro electoral, en cuanto a su precisión tanto por las personas que deberían estar inscritas como las que no; (v) El registro de partidos y candidatos políticos, o si hay trabas con la intención de impedir el ejercicio del derecho al sufragio pasivo; (vi) La campaña electoral, con especial mención a la posibilidad de los candidatos de oposición de darse a conocer en los medios de comunicación, la cobertura imparcial por parte de los periodistas y la no restricción o censura en redes sociales; (vii) El financiamiento electoral, en relación con el acceso a los subsidios públicos y donaciones con motivos políticos, así como la publicación de balances contables por parte de los candidatos y la sanción de la malversación de fondos públicos; (viii) El proceso de votación, con inclusión de su facilidad y la posibilidad de ejercer este derecho por mecanismos especiales en caso de personas discapacitadas, por correo o desde el extranjero; (ix) El conteo de votos, en tanto que las boletas sean protegidas, los resultados se anuncien sin retraso, el conteo sea verídico y se permita la observación nacional e internacional; (x) La etapa postelectoral, en caso que haya protestas o se haga uso de los canales judiciales para impugnar los resultados; y (xi) El rol de las autoridades electorales, en cuanto a su imparcialidad y el correcto ejercicio de sus funciones en general²⁰.

Así tenemos que, de acuerdo con los resultados de este cuestionario²¹, en 2019 Venezuela alcanzó un índice de integridad electoral de 41 de 100 puntos posibles,

¹⁹ Véase (en inglés) Pippa Norris, “Does the world agree about standards of electoral integrity? Evidence for the diffusion of global norms”, *Electoral Studies*, Vol. 32, N° 4, 2013, pp. 580-582, en <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2013.07.016>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021. En Venezuela puede revisarse –entre otros– el trabajo que desarrolla el Observatorio Electoral Venezolano desde el año 2012 (ver en general <https://oevenezolano.org>).

²⁰ Véase (en inglés) Electoral Integrity Project, *The perceptions of electoral integrity questionnaire*, en <https://www.electoralintegrityproject.com/pei-core-survey-items#>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

²¹ Una explicación de cómo se aplica el mismo puede consultarse en Ferran Martínez i Coma, Pippa Norris y Richard W. Frank, “Integridad en las elecciones de América 2012-2014”, *América Latina Hoy*, N° 70, 2015, pp. 37-54, en <http://dx.doi.org/10.14201/alh2015703754>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

ubicándose en la cuarta peor posición del continente americano (solo por encima de Honduras, Nicaragua y Haití²²) y la posición 135 de 167 a nivel global, así como en el renglón de “baja” integridad electoral –con tendencia a “muy baja”²³–, catalogándose el gobierno de Venezuela en este informe como una autocracia electoral²⁴.

De igual forma, este informe calificó a Venezuela como uno de los Estados donde existe más opacidad y desigualdad durante las campañas electorales y en la cobertura de los ciclos por parte de medios de comunicación al presentarse situaciones negativas como las noticias falsas (*fake news*), partidismo de periodistas y bajos estándares al reportar sucesos, así como la falta de diversidad al mostrar opiniones de la población, la interferencia de intereses de grupos extranjeros y la falta de información sobre los candidatos adversos a la fuerza política dominante y sus programas de gobierno, todo lo cual impactaba de forma negativa a la integridad electoral del país.

Finalmente, el informe concluyó que “los resultados sobre Venezuela en materia de integridad electoral son extremadamente pobres a lo largo de varias etapas del ciclo electoral, muy por debajo del promedio general en todas las dimensiones”, siendo una constante el deterioro de la democracia en el país que pasó de un índice de 54 puntos en las elecciones presidenciales de 2012 (integridad electoral moderada) a 39 puntos en las presidenciales de 2013 (integridad electoral muy baja) y en las de 2018 a 27 puntos (*ídem*), gracias, principalmente, al declive de la legislación electoral, de los procesos electorales, del registro de candidatos y partidos políticos y el lamentable rol que han jugado las autoridades electorales en relación con todos estos puntos²⁵.

Por otra parte, en paralelo con los criterios mencionados del Proyecto de Integridad Electoral, la Red de Conocimientos Electores ACE²⁶ expone que si bien “la integridad es un concepto que puede ser difícil de definir” como “componente esencial del sistema democrático de gobierno”, ella “implica tanto un comportamiento ético como un sistema legal e institucional que promueva y garantice elecciones libres y justas”, siendo que estos sistemas “pueden variar en función del contexto social y económico de cada país, pero los objetivos básicos son los mismos: asegurar que todos los actores políticos que quieran competir en las elecciones puedan hacerlo en condiciones de igualdad; garantizar que los electores puedan votar libremente por los partidos y candidatos de su preferencia y asegurar que sus votos se reflejen de manera precisa en los resultados”²⁷.

²² Como referencia, téngase en cuenta que el mejor índice de la región pertenece a Costa Rica con 79 puntos y el peor a Haití, como dijimos, con 32 puntos.

²³ El índice califica como “muy alta” a los Estados por encima de 70 puntos, “alta” entre 60 y 69, “moderada” entre 50 y 59, “baja” entre 40 y 49 y “muy baja” con menos de 40.

²⁴ El índice divide los gobiernos en democracias liberales, democracias electorales, autocracias electorales y autocracias cerradas, según el grado de respeto y garantía que ofrezcan a los derechos –sobre todo, políticos– de sus habitantes. Véase Pippa Norris y Max Grömping, *Electoral Integrity Worldwide PEI 7.0*, The Electoral Integrity Project, Sídney, 2019, en <https://bit.ly/3fmYK6s>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

²⁵ *Ibid.*, pp. 14-15, traducción nuestra.

²⁶ La red es un proyecto iniciado por IDEA, la Fundación Internacional para Sistemas Electorales y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas como un repositorio digital sobre conocimientos electorales para “fomentar la integridad de las elecciones y promover procesos electorales creíbles, sustentables, profesionales e incluyentes alrededor del mundo”. Véase en general su sitio web: <http://aceproject.org>

²⁷ Red de Conocimientos Electores ACE, *Integridad electoral*, en <https://bit.ly/3IWLDLz>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

En este sentido, continua la Red, toda medición de la integridad electoral de un Estado que tenga por objeto determinar que la voluntad de los electores se refleja efectivamente en los resultados de una elección debe partir de seis “principios guía” –aunado a los requisitos de un marco legal justo y equitativo, la administración transparente e imparcial de las elecciones, la libertad política para participar en el proceso de forma libre e igualitaria, la responsabilidad de todos los involucrados y la efectiva aplicación de la ley– que definen del modo siguiente:

Primero, el respeto de los principios propios de la democracia electoral, con inclusión del derecho a participar como electores o candidatos (sufragio activo y pasivo, respectivamente), que todos los votos tengan el mismo valor, que se garantice el secreto del voto, que haya acceso a la información electoral y de campañas, que las elecciones se realicen de forma justa e imparcial, que las elecciones sean periódicas y que los resultados los determine el voto libre de la ciudadanía, entre otros.

A ello se suma que “una elección libre también depende de la libertad de expresión, de asociación, de reunión y de tránsito, y de un entorno igualmente libre de miedo”, así como de “un proceso electoral transparente, de leyes, reglamentos y sistemas equitativos; de igualdad de oportunidades para todos los participantes, de una comisión electoral independiente e imparcial; de la ausencia de intimidación; de procedimientos adecuados; y de una adecuada tabulación y aceptación de los resultados electorales”²⁸.

Segundo, una conducta ética exigible a todos los participantes del proceso electoral (funcionarios, candidatos, partidos, etc.), que se traduce en que tales sujetos “exhiban un comportamiento que promueva un proceso libre y justo y que desaliente conductas que pongan en peligro la integridad del proceso”²⁹ como serían –por ejemplo– que los funcionarios usen sus cargos en beneficio personal o de un partido o que los candidatos empleen recursos monetarios y otros incentivos para influir en la votación.

Tercero, el profesionalismo y precisión del organismo electoral para evitar errores humanos que puedan poner en riesgo al ciclo electoral, incluso si la persona actuó de buena fe.

Cuarto, las salvaguardias institucionales fundamentadas en la idea de los pesos y contrapesos (*checks and balances*), en el entendido que “para proteger la integridad y garantizar que las elecciones sean libres y justas” debe existir una “división de poderes electorales entre varios organismos” que deben actuar de forma coordinada³⁰.

Quinto, la supervisión continua, interna y externa del proceso electoral, con inclusión de todos los sujetos e instituciones que participan de una u otra forma en el ciclo, sin que esta pueda limitarse a que existan observadores internacionales al momento del sufragio. Asimismo, esta vigilancia debe tender al efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico en la materia y la imposición de las sanciones de ley cuando sea pertinente, a fin de disminuir la percepción de impunidad que puede derivar en “un clima de corrupción y un desempeño mediocre” por parte de las autoridades que lleve consigo la pérdida de la confianza en las instituciones del Estado y del voto como mecanismo para legitimar a los gobernantes³¹.

²⁸ *Ídem.*

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ídem.*

Y *sexto*, la transparencia y rendición de cuentas que exige que todas las personas que participen en el ciclo electoral –sean de derecho público privado, naturales o jurídicas, y con independencia de su rol– den cuentas de sus actos y sean responsables por los mismos, teniendo cualquier interesado acceso a esta información.

La recepción de estos principios guías en el país es lo que estudiaremos a continuación para determinar si los últimos ciclos electorales en Venezuela son contestes –o no– con la idea de la integridad electoral.

III. LA INTEGRIDAD DE LOS ÚLTIMOS CICLOS ELECTORALES EN VENEZUELA

Hemos visto que, de acuerdo con el Proyecto de Integridad Electoral de las Universidades de Harvard y Sídney, Venezuela se ubica entre los países del continente –y del mundo– con peor índice de integridad electoral, afirmándose que “con el retroceso democrático observado, resulta difícil hablar de elecciones libres, inclusivas y competitivas” en Venezuela³².

Esta posición es compartida por el foro venezolano donde autores como Hernández han sostenido que:

El proceso de Venezuela puede ser caracterizado, en resumen, como de degeneración de la democracia constitucional. En 1998 Venezuela era una democracia constitucional con elecciones competitivas –fortalecidas con la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. A partir de 1999, y hasta 2015, inició un proceso paulatino de avance autoritario y menoscabo de las condiciones de integridad electoral, lo que convirtió a Venezuela en un autoritarismo competitivo. A partir de ese año, las condiciones de integridad electoral fueron eliminadas, pasando Venezuela a ser un autoritarismo no-competitivo³³.

Nos preguntamos: ¿se llegará a la misma conclusión al estudiar el cumplimiento de los principios guía de la Red de Conocimientos Electores ACE en los últimos ciclos electorales en Venezuela? Veamos.

1. El principio del respeto de los principios de la democracia electoral

Si bien en Venezuela se cumple la premisa comentada de que “todos los votos tengan el mismo valor”, no ocurre así con los otros elementos que hemos dicho integran este principio.

Así vemos que en Venezuela se ha restringido el derecho a participar como candidatos a personas que son contrarias a la fuerza política dominante mediante inhabilitaciones políticas dictadas por la Contraloría General de la República³⁴, cuyos

³² Miguel Ángel Lara Otaola y Pippa Norris, *Las dos Venezuelas*, 2019, en <https://bit.ly/38PgR3u>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

³³ José Ignacio Hernández, “La nueva ‘omisión legislativa’ declarada por la ilegítima Sala Constitucional y la ausencia de condiciones de integridad electoral en Venezuela”, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de diciembre de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 49. Nótese que en relación con el autoritarismo comentado el autor añade que “los autoritarismos electorales (...) son regímenes autoritarios que promueven un sistema multipartidos mediante elecciones periódicas, pero en violación a los principios electorales de la democracia constitucional relativos a elecciones libres y justas, de forma tal que las elecciones pasan a ser instrumentos del autoritarismo y no instrumentos de la democracia”.

³⁴ Véase por ejemplo los casos Leopoldo López y Henrique Capriles Radonski, ampliamente documentados por el foro nacional y que han generado pronunciamientos de la Corte Interamericana de

diligentes son adeptos al oficialismo³⁵, a lo que se suma que la norma que se invoca como fundamento de estos actos –a saber, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³⁶– se encuentra inmersa en vicios de inconstitucionalidad por vulnerar el derecho a la defensa y “los principios básicos que configuran a Venezuela como

Estado democrático, pues permite suspender el derecho de participación política a través de un acto administrativo”³⁷.

Pero no solo se ha restringido el derecho al sufragio pasivo (ser candidato), sino también al sufragio activo (votar por un candidato). Ejemplo de ello son los cambios inconsultos y la reubicación de centros de votación en municipios y estados del país con tendencias opositoras³⁸ y el cierre de consulados donde los venezolanos en el extranjero ejercían este derecho³⁹, con la intención de evitar que estas personas –que se presumía votarían en contra de la fuerza política dominante– pudieran exteriorizar su voluntad política.

Adicionalmente, en Venezuela se ha denunciado la violación del secreto del voto a través del uso indiscriminado del llamado voto asistido –es decir, aquel que permite a los ciudadanos que presenten alguna discapacidad que les impida votar por su propia recibir ayuda de una persona de su confianza para exteriorizar su voluntad⁴⁰– y el

Derechos Humanos. Entre otros, consúltese: Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011”, *Revista de Derecho Público*, N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 227-250 y Allan R. Brewer-Carías, “La inconstitucional inhabilitación política y revocación de su mandato popular, impuestos al gobernador del estado Miranda Henrique Capriles Radonski, por un funcionario incompetente e irresponsable, actuando además con toda arbitrariedad”, *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 326-337.

³⁵ Véase Mercedes de Freitas, *Contraloría General de Venezuela allanando el camino para el PSUV*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2017, en <https://bit.ly/3kyUvvd>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

³⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

³⁷ José Ignacio Hernández, “La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas”, *Revista de Derecho Público*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 55-57. Véase en el mismo sentido: Allan R. Brewer-Carías, “La incompetencia de la Administración contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (la protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2011, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como ‘inejecutable’)”, *El control y la responsabilidad en la Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2012*, Editorial Jurídica Venezolana y CAJO, Caracas, 2012, pp. 293-371.

³⁸ *El Nacional*, 2017 (2 de diciembre), “Súmate denuncia que 169 centros de votación fueron reubicados”, en <https://bit.ly/3ppzvF4>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021. Esta situación se agravó con la publicación en Gaceta Oficial de varios decretos que crearon “zonas especiales de seguridad” para ejercer el derecho el voto, ya que por vía de discurso se apuntaba que existían grupos subversivos que pretendían sabotear los procesos electorales a través de actos violentos. Véase al respecto el Decreto N° 3.417 (comicios del 20 de mayo de 2018 para la elección del Presidente de la República) y el Decreto N° 3.688 (comicios del 9 de diciembre de 2018 para la elección de los Concejos Municipales), publicados en Gaceta Oficial N° 6.375 Extraordinario del 14 de mayo de 2018 y N° 41.532 del 26 de noviembre de 2018, respectivamente.

³⁹ Véase, entre otros, *El País*, 2012 (18 de enero), “El exilio venezolano protesta por el cierre del consulado en Miami”, en <https://bit.ly/35Cclip>

⁴⁰ *Efe*, 2017 (10 de diciembre), “Rector electoral venezolano denuncia casos de ‘voto asistido’ en las municipales”. Véase también Transparencia Venezuela, *Denuncias sobre voto asistido predominar en*

escaneo del carnet de la patria⁴¹ a la salida de los centros electorales para llevar un registro paralelo –controlado por grupos adeptos a la fuerza política dominante, bajo la figura del Poder Popular⁴²– de quienes han votado.

El mismo tipo de denuncias encontramos respecto al acceso a la información electoral y de campañas dado el cerco comunicacional que opera en Venezuela como consecuencia del amplio predominio de los medios de comunicación oficial sobre los privados e independientes⁴³, así como la implementación de políticas de censura previa⁴⁴, cierre de medios de comunicación⁴⁵, el bloqueo selectivo de páginas web⁴⁶ y el retiro de canales internacionales de la programación de empresas de televisión por cable y satélite⁴⁷; todo lo cual dificulta que los candidatos que no sean de tendencia oficialista cuenten con espacios para dar a conocer sus propuestas, mientras

elecciones presidenciales, donde se destaca que en el municipio Mara del estado Zulia “los ciudadanos denunciaron que el alcalde de esa localidad (...) envió un mensaje a los trabajadores de la jurisdicción a través de un canal de televisión, diciéndoles que debían votar asistido y que de lo contrario serían despedidos de sus puestos de trabajo”. En <https://bit.ly/3f1OxMn> y <https://bit.ly/38M7p0W>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

- ⁴¹ Documento de identidad creado durante la presidencia de Nicolás Maduro que, de acuerdo con el discurso oficial, permite organizar los programas sociales y bonificaciones que entrega el Ejecutivo Nacional a través del censo socioeconómico de la población venezolana, mientras la oposición lo cataloga como una herramienta de control y discriminación política. Véase *CNN*, 2017 (25 de enero), “¿Para qué sirve el Carnet de la Patria en Venezuela?” y *Tal Cual*, 2018 (31 de agosto), “Control político y debate por un plástico: las caras del carnet de la patria”, en <https://cnn.it/3nr4Yox> y <https://bit.ly/38L78eA>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.
- ⁴² Véase Gabriel Sira Santana, *Poder Popular, descentralización y participación ciudadana*, CIDEP y FUNEDA, Caracas, 2018, donde sostuvimos que las organizaciones del Poder Popular “lejos de favorecer” la participación ciudadana –como propugnan las diferentes leyes que las regulan– “más bien la limita al establecer una serie de restricciones basadas en ideologías políticas y asociaciones que impiden la libre participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos que sean de su interés ya que, primero, para que sean reconocidos habrán de constituirse en una de las organizaciones que el legislador previó y, segundo, ello solo podrán hacerlo si con ella favorecen la construcción de una sociedad socialista. Todo ello de claro corte inconstitucional”.
- ⁴³ Solo a modo de ejemplo téngase presente que el Sistema Bolivariano de Comunicación e Información –como conglomerado de medios oficiales adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información– cuenta con múltiples estaciones de televisión (VTV, TVES, VIVE, Ávila TV y TeleSUR), radio (RNV, YVKE Mundial, Alba Ciudad y el circuito nacional de emisoras comunitarias) y prensa escrita y digital (Correo del Orinoco, Ciudad CCS, AVN, entre otros).
- ⁴⁴ Véase, entre otros, *Transparencia Venezuela*, 2010 (4 de junio), “Denuncian nueva forma de censura a la información pública”, en <https://bit.ly/3eZCZcL>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.
- ⁴⁵ Véase *El Impulso*, 2018 (2 de noviembre), “115 medios de comunicación han cerrado en Venezuela desde que llegó Nicolás Maduro al poder #2Nov”, en <https://bit.ly/2IEbGJ9>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.
- ⁴⁶ Véase, entre otros, *Espacio Público*, 2019 (4 de marzo), “Censura digital: CANTV bloquea 13 sitios en dos semanas”, en <https://bit.ly/3kxOg5b> Entre los portales bloqueados se incluyen VivoPlay, VPITV, Twitter, YouTube, Google, Armando Info y Efecto Cocuyo, todos portales que reportaban sobre las protestas que ocurrían en el país en contra de la fuerza política dominante.
- ⁴⁷ Es el caso por ejemplo de la Deutsche Welle (Alemania), CNN (Estados Unidos), Antena 3 (España), Todo Noticias (Argentina) y RCN, NTN24 y El Tiempo (Colombia), que fueron retirados por órdenes de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones luego de cubrir manifestaciones en contra de la fuerza política dominante. Véase, por ejemplo, *Antena 3*, 2019 (23 de febrero), “Impiden emitir en Venezuela a Antena 3 cuando transmitía el concierto por la ayuda al país” y *Tal Cual*, 2019 (30 de abril), “Conatel ordenó el cierre de RCR y sacó del aire a CNN en inglés en cobertura del #30Abr”, en <https://bit.ly/38Mj0gG> y <https://bit.ly/2H3RvDD>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

que el oficialismo hace uso de su hegemonía comunicacional y las frecuentes *cadena presidenciales* para captar al electorado⁴⁸.

Lo hasta aquí dicho deja ver que en Venezuela no es posible hablar de elecciones justas –y, por ende, tampoco cónsonas con el principio de integridad electoral– ya que el oficialismo y la oposición sencillamente no se encuentran en un nivel de igualdad política que garantice que los resultados los determine el voto libre de la ciudadanía, al existir múltiples ventajismos a favor de la fuerza política dominante que imposibilitan que los ciudadanos expresen su voluntad una vez sus candidatos son inhabilitados, desconocen cuáles son los programas de gobierno y propuestas de los candidatos restantes, se le impide acceder a los centros de votación y se vulnera la confidencialidad del voto.

Y como si ello no fuese suficiente, hemos de agregar que la periodicidad de los ciclos electorales también ha sido puesta en entredicho en el país⁴⁹ y el árbitro electoral –es decir, el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con el artículo 292 de la Constitución de la República⁵⁰– tampoco puede catalogarse como imparcial, según desarrollaremos más adelante.

2. El principio de la conducta ética

Por lo que respecta a la ética como principio guía de la integridad electoral, hemos señalado que ella debe ser estudiada en relación con todos los participantes en el proceso electoral en el sentido de evitar comportamientos que vulneren la libertad del elector.

⁴⁸ Entiéndase por estas cadenas las transmisiones obligatorias y simultáneas por radio y televisión de mensajes favorables a la fuerza política dominante, en virtud de las leyes que regulan el uso del espectro radioeléctrico. Al respecto, véase Eugenio G. Martínez, “El Gran Hermano triunfa en Venezuela”, *Nuevas campañas electorales en América Latina*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2018, pp. 29-32. El autor destaca que “si las transmisiones obligatorias de radio y televisión se hubiesen realizado ininterrumpidamente desde que Maduro llegó, el jefe del Estado venezolano hubiera obligado a los venezolanos a verlo y escucharlo todas las horas de 40 días seguidos”. De igual modo, apunta que “en época de campaña electoral, especialmente por la visita de acompañantes internacionales, [Nicolás Maduro] suele reducir la cantidad de sus transmisiones oficiales (...). No obstante, la reducción de las cadenas es sustituida por el uso constante del sistema de medios públicos del país para transmitir los actos de campaña del partido oficial”.

⁴⁹ Véase, entre otros, *Eitb*, 2018 (12 de abril), “Venezuela, vaivenes en la fecha de las elecciones” y *BBC*, 2018 (1 de marzo), “Aplazan las elecciones presidenciales en Venezuela hasta el 20 de mayo”, en <https://bit.ly/3f3sXaE> y <https://bbc.in/35v5fAP>, respectivamente, y *Observatorio Electoral Venezolano*, 2018 (28 de diciembre), “OEV: En el año 2016 se suspendió la democracia en Venezuela, no hubo elecciones”, en <https://bit.ly/3npQeWV>. Un ejemplo más claro puede verse en relación con la elección de los concejales municipales (Poder Legislativo a nivel local) según se constata en *Observatorio Electoral Venezolano*, 2018 (31 de octubre), “Todo lo que debes saber sobre las elecciones del 9-D”, en <https://bit.ly/2H7E0my>. El artículo indica que “en los últimos 18 años los concejales han sido electos en apenas tres ocasiones en procesos de distinta naturaleza” y “en 2009 el árbitro incumplió el mandato legal de convocar a elecciones municipales ese año, postergando esos comicios de concejales durante cuatro años y cuatro meses (extendiendo la estadia de los miembros de las Cámaras Municipales por ocho años)”. Todos los links consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009. Indica este artículo que “el Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismos subordinados a este, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva”.

De esta forma, en adición al ventajismo político que comentamos en el aparte anterior y que difícilmente podría catalogarse como una conducta ética, hemos de sumar que en los últimos años en Venezuela han sido frecuentes las denuncias sobre la compra de votos y el uso de cargos y recursos públicos para el beneficio personal de candidatos y del partido de gobierno, lo que sin lugar a dudas podríamos calificar como abuso de poder.

Así, por ejemplo, voceros del Partido Socialista Unido de Venezuela (a saber, la fuerza política dominante y que dice gobernar) han informado que las personas que “votaron en las elecciones municipales y registraron su participación en los puntos tricolor con el carnet de la patria recibirán un ‘regalo’”⁵¹ y Nicolás Maduro, en un acto de campaña para su reelección, dijo que “todos los días voy a llamar al Carnet de la Patria, a todos los carnetizados, esto es dando, yo los apoyo, y ustedes apoyan”⁵². De igual forma, la ONG Transparencia Venezuela recogió denuncias sobre “el uso de los recursos propiedad del Estado, por parte del alcalde de Maturín (...) quien a bordo de vehículos pertenecientes a la alcaldía recorrió los centros de votación llamando a votar a favor del candidato del oficialismo”⁵³.

Nótese que no se trata de casos puntuales o aislados, si no que forman parte de la realidad electoral venezolana según se constata en múltiples reportes e informes presentados por organizaciones de la sociedad civil que destacan (i) la participación de candidatos oficialistas “en actos de entrega de ayudas sociales y en eventos oficiales que realizan funcionarios del Gobierno”, tales como el regalo de alimentos, insumos de salud, equipos tecnológicos, material de construcción, viviendas, canchas deportivas, automóviles y créditos efectuados por diversos ministros con ocasión de las elecciones parlamentarias de 2015⁵⁴; (ii) la presencia de propaganda electoral en instituciones del Estado⁵⁵; (iii) el uso de redes sociales oficiales de órganos y entes del Estado para hacer proselitismo político con motivo de las elecciones regionales⁵⁶, (iv) el empleo de recursos públicos para transportar manifestantes a concentraciones de campaña y colocar pendones⁵⁷; y (v) la campaña electoral el propio día de las

⁵¹ Efecto Cocuyo, 2017 (10 de diciembre), “Jorge Rodríguez confirma promesa de ‘regalo’ a quienes registraron su voto con carnet de la patria”, en <https://bit.ly/2K0uCSD>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵² *El Nuevo País*, 2018 (24 de abril), “Arrecia el chantaje de Maduro: Esto es dando y dando, yo los apoyo y ustedes votan”, en <https://bit.ly/3nsI4xe>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵³ Transparencia Venezuela, *Abuso de poder, violencia, intimidación y voto asistido injustificado fueron denuncias recurrentes en presidenciales*, en <https://bit.ly/3ku7NDn>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵⁴ Véase la serie de artículos “Señala al abusador” de Transparencia Venezolana, en <https://bit.ly/3pzNZT8>, <https://bit.ly/2IJ9ijR>, <https://bit.ly/3f9htCs>, <https://bit.ly/3kuz6xD>, <https://bit.ly/3eZYCcI>, <https://bit.ly/35vvgzQ> y <https://bit.ly/36HbuAK>, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵⁵ Transparencia Venezuela, *Denuncian colocación de propaganda electoral en 22 instituciones del Estado*, en <https://bit.ly/2UvnBeA>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵⁶ Véase la serie de artículos “La lupa” de Transparencia Venezolana, en <https://bit.ly/36EeyO1>, <https://bit.ly/36GAb06> y <https://bit.ly/38KOyTZ>, consultados en fecha 15 de febrero de 2021. Sobre el uso que habría de dársele a estas redes véase Gabriel Sira Santana, “Aproximación al uso de redes sociales por parte de la Administración Pública”, *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*, FUNEDA y CIDEP, Caracas, 2019, pp. 241-262.

⁵⁷ Observatorio Electoral Venezolano, *Informe elecciones presidenciales del 7 de octubre de 2012*, en <https://bit.ly/3nvQa8l>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

votaciones en contra de la normativa electoral que prohíbe tal acción⁵⁸ y la orden presidencial –con motivo de la declaratoria del día de las elecciones municipales de 2013 como el Día de la Lealtad y el Amor al Comandante Supremo Hugo Chávez y a la Patria– de “realizar actos y eventos conmemorativos en todo el territorio Nacional (...) que exalten su pensamiento Bolivariano, el amor infinito con su pueblo y la defensa permanente de su legado y su ejemplo infinito”⁵⁹.

Es decir, que nos encontraríamos frente a hechos que ocurrieron el día de las votaciones y con anterioridad a esta fecha, dentro del ciclo electoral respectivo, que constituyen nuevas afrentas a la integridad electoral al no constatarse condiciones generales de igualdad para el acceso a la función pública en el país, principalmente con motivo de la malversación de fondos públicos con fines electorales⁶⁰.

Finalmente es relevante destacar que todas estas denuncias –según se desprende de los reportes e informes citados– fueron presentadas al Consejo Nacional Electoral como autoridad encargada de velar por la organización, administración, dirección y vigilancia de los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular del Poder Público, pero dicha institución no se pronunció al respecto y, más bien, ha avalado todos los procesos electorales⁶¹. E igual ocurrió con el Poder Judicial, según veremos más adelante.

3. El principio del profesionalismo y la precisión

En cuanto al profesionalismo y precisión que debe caracterizar al organismo electoral para evitar errores humanos que puedan poner en riesgo el ciclo electoral, la realidad venezolana nos lleva a considerarlo como un factor que también incide negativamente en la integridad electoral.

Sobre este tema, si bien no podemos emitir un pronunciamiento con conocimiento de causa sobre la preparación y formación de todos los funcionarios que se desempeñan en el Poder Electoral –en parte, dado el secretismo y falta de transparencia con la que opera el Poder Público en nuestro país–, sí es un hecho conocido que, aun cuando la Constitución de la República precisa que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera y se ingresa a ellos por concurso público⁶², postulado

⁵⁸ Observatorio Electoral Venezolano, *Informe final observación elecciones regionales 16 de diciembre de 2012*, en <https://bit.ly/2IC09d8>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁵⁹ Observatorio Electoral Venezolano, *Informe final observación elecciones municipales 8 de diciembre de 2013*, en <https://bit.ly/32liYSY>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁶⁰ Véase como caso de estudio representativo lo ocurrido en las elecciones presidenciales de 2013 en José Ignacio Hernández, “El abuso y el poder en Venezuela. Primera parte: de cómo se violó el régimen constitucional de las faltas y ausencias presidenciales, entre el 9 de diciembre de 2012 y el 11 de marzo de 2013”, *Revista de Derecho Público*, N° 133, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 45-56; “El abuso y el poder en Venezuela. Segunda parte: de cómo se consumaron hechos de corrupción electoral en la elección del 14 de abril de 2013”, *Revista de Derecho Público*, N° 134, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 51-61; y “El abuso y el poder en Venezuela. Tercera y última parte: de cómo la Sala Constitucional, arbitrariamente, inadmitió los recursos contencioso-electorales relacionados con la elección del 14 de abril 2013”, *Revista de Derecho Público*, N° 135, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 35-41.

⁶¹ Téngase como ejemplo las notas de prensa publicadas por esta institución en relación con los comicios municipales del 9 de diciembre de 2018 y presidenciales del 20 de mayo de 2018, en <https://bit.ly/3lzkTAM> y <https://bit.ly/2IFTy10>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

⁶² Reza el artículo: “Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la

que desarrolla a plenitud la Ley del Estatuto de la Función Pública⁶³, existe un *desprecio* casi que institucional –del que no escaparía el Poder Electoral– en cuanto a estos concursos, optándose por la contratación de personal que no es necesariamente el más calificado ni cuenta con estabilidad para desempeñar sus funciones, lo que obra en contra del profesionalismo indicado⁶⁴.

Esta situación podría llevarnos a pensar que algunas de las fallas en el sistema electoral venezolano –como podría ser el mal diseño de circunscripciones electorales⁶⁵, las múltiples irregularidades del registro electoral⁶⁶ y de la automatización del proceso⁶⁷, los retrasos injustificados y las mesas cerradas por problemas técnicos⁶⁸– responden es a la falta de preparación de las personas involucradas en su conformación, que no necesariamente estarían actuando de mala fe; cuestión que vale decir de todos modos sería criticable y violatoria de la integridad electoral que propugna como uno de sus principios la formación de quienes se desempeñan como árbitro electoral⁶⁹.

No obstante, el hecho que el Poder Electoral reniegue de las auditorias y la rendición de cuentas⁷⁰ lleva a pensar que, más que errores de buena fe, nos encontramos ante una institución ampliamente parcializada a favor de la fuerza política dominante que busca con sus decisiones, acciones y omisiones mejorar las oportunidades de esta última para obtener la victoria en los diferentes comicios que la primera organiza y dirige, en desconocimiento de la verdadera voluntad del pueblo⁷¹.

Ley. // El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro será de acuerdo con su desempeño”.

⁶³ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.482 del 11 de julio de 2002 y reimpressa en N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

⁶⁴ Véase al respecto José Gregorio Silva Bocaney, “La estabilidad del funcionario público de carrera en Venezuela. Particular referencia acerca de la estabilidad en el Ministerio Público”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 24, FUNEDA y CIDEP, Caracas, 2018, p. 31. El autor indica que “ha sido práctica inveterada, contratar a personas para ejercer funciones propias de un cargo de carrera, así como ingresar a la persona sin concurso, cuando el cargo es de carrera”.

⁶⁵ Véase *Observatorio Electoral Venezolano*, Todo lo que debes saber..., ob. cit.

⁶⁶ Véase *in extenso* T. A. Castillo, A. Canova González y R. E. Rodríguez González, ob. cit., pp. 60-106. Los autores destacan entre estas anomalías su crecimiento desproporcionado, las migraciones arbitrarias, la reincorporación de “abstencionistas crónicos” y las naturalizaciones irregulares.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 107-146.

⁶⁸ Véase *Transparencia Venezuela*, *Informe denuncias recibidas por Transparencia Venezuela en el marco del proceso electoral para las elecciones presidenciales realizado el 7 de octubre de 2012*, en <https://bit.ly/32OSXkZ>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁶⁹ Al respecto téngase presente que, de acuerdo con la información proporcionada por el Consejo Nacional Electoral (véase http://www4.cne.gob.ve/web/la_institucion/autoridades.php), solo uno de sus cinco rectores cuenta con estudios en sistemas y procesos electorales, siendo el resto sociólogos, licenciados en computación y especialistas en Derecho Tributario, lo que serviría de indicio de valor en cuanto a la formación de los funcionarios sobre el tema que nos ocupa.

⁷⁰ T. A. Castillo, A. Canova González y R. E. Rodríguez González, ob. cit., pp. 64-78.

⁷¹ Véase un examen detallado de este tema, en relación con las elecciones regionales de 2017, en José Ignacio Hernández, “La violación de los derechos políticos de los venezolanos por el Consejo Nacional Electoral cometidas en el marco de las elecciones regionales 2017”, *Revista de Derecho Público*, N° 151-152, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 225-232. El autor señala entre estas medidas el diferimiento de las elecciones, las inhabilitaciones políticas, el desconocimiento de partidos políticos, las modificaciones del cronograma electoral para reducir el lapso de postulaciones, la

4. El principio de las salvaguardias institucionales

En materia de salvaguarda decíamos que el tema se asocia con la teoría de los pesos y contrapesos o el control del Poder Público por el mismo Poder, con motivo de la división y distribución de este en sentido vertical y horizontal tal como lo consagra el artículo 136 de la Constitución de la República⁷².

En este sentido, no siendo esta la oportunidad para profundizar sobre la organización del Poder Público en Venezuela, nos limitaremos a mencionar que en materia electoral la Constitución de la República prevé que, si bien corresponde al Poder Electoral la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular –como ya se dijo–, la Asamblea Nacional será quien designe a los cinco miembros del Consejo Nacional Electoral de las ternas presentadas por la sociedad civil, las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales y el Poder Ciudadano (artículo 296) y será a su vez la competente para legislar en materia de elecciones (numeral 32 del artículo 156), mientras que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia será quien ejerza la jurisdicción contencioso electoral (artículo 297).

Es decir, que tanto el Poder Legislativo Nacional como el Poder Judicial harían las veces de *contrapeso* del Poder Electoral como una especie de control previo –al elegir las cabezas del Consejo Nacional Electoral– y posterior, al conocer en vía jurisdiccional de sus actuaciones, respectivamente, visto el principio de universalidad de control que caracteriza al ejercicio del Poder Público en nuestras fronteras.

No obstante lo dicho, aun cuando ello es el deber ser y habría en consecuencia una compaginación entre el modelo constitucional y el principio de la integridad electoral que estudiamos, la realidad venezolana es que este control es nulo e inoperante.

Así, por lo que respecta al contrapeso del Poder Legislativo, es sabido que los rectores del Consejo Nacional Electoral no han sido elegidos de esta forma sino, más bien, son impuestos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuyos magistrados son adeptos a la fuerza política dominante⁷³. Tal es así que el foro no duda en afirmar que “nunca, desde la llegada de Hugo Chávez al poder, se ha realizado una designación de miembros del CNE de acuerdo con la Constitución” y “en todas las ocasiones se ha subvertido el procedimiento constitucionalmente previsto, a la vez que se ha terminado designando a personas que no reúnen las condiciones exigidas, en especial la no militancia o desapego a factores políticos, y más precisamente, al gobierno”⁷⁴.

De esta forma, la letra del artículo 296 –que prevé uno de los dos mecanismos de salvaguarda institucional a favor de la integridad electoral– en la práctica ha quedado como un mero desiderátum, correspondiendo el nombramiento de los rectores a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y la Comisión Legislativa Nacional del

obstrucción del derecho a sustituir candidatos, la prescindencia de la tinta indeleble, la exclusión de electores, la modificación de los centros de votación, entre otros.

⁷² Reza el artículo: “Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”.

⁷³ Véase las síntesis curriculares realizadas por Transparencia Venezuela como parte del proyecto Suprema Injusticia, donde se demuestran los vínculos de cada Magistrado con el gobierno nacional, en <https://supremainjusticia.org/magistrados-sala-constitucional>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁷⁴ T. A. Castillo, A. Canova González y R. E. Rodríguez González, ob. cit., p. 25.

2000 –con fundamento en normas de corte inconstitucional⁷⁵– y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en cinco oportunidades⁷⁶, no pudiendo considerarse la intervención de estas manifestaciones del Poder Público como verdaderos contrapesos dada su parcialidad política e incompetencia.

En segundo lugar, por lo que respecta al rol de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia como el otro mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico venezolano de salvaguarda electoral⁷⁷, encontramos que la Sala Constitucional también ha tomado el control de esta función pues, como apuntan en el foro, “la SE [Sala Electoral] carece de efectivo poder de control judicial sobre el CNE, dado que sus competencias en esa materia, casi desde su creación, han sido desconocidas y asumidas, en contra de la Constitución, por la SC [Sala Constitucional]”⁷⁸. Por este motivo, se afirma que:

Si algo ha caracterizado a la jurisdicción contencioso-electoral desde su concepción (...) es la ausencia de voluntad política de los diversos operadores jurídicos para llevar a sus últimas consecuencias tal mandato. Bien sea por carencias de un marco legal mínimamente idóneo producto de la inactividad legislativa, o bien por el afán de concentrar competencias (y en última instancia, poder decisorio) por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo cierto es que el abismo entre los lineamientos del diseño constitucional y la realidad en este asunto es especialmente notorio. De allí que pueda sostenerse (...) que la jurisdicción contencioso-electoral resultó un experimento prácticamente condenado al

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 27-29.

⁷⁶ Fallos N° 2341 del 25 de agosto de 2003, N° 1 del 20 de enero de 2005 (corregido en N° 2 del 21 de enero de 2005), N° 1865 del 26 de diciembre de 2014, N° 1086 del 13 de diciembre de 2016 y N° 70 del 12 de junio de 2020, en <https://bit.ly/38S8Fzs>, <https://bit.ly/3f5gSBM>, <https://bit.ly/32M14Pm>, <https://bit.ly/2H2FUVm>, <https://bit.ly/3lyVkzz> y <https://bit.ly/3kH1aOt>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021. Nótese que si bien la Asamblea Nacional cuando era de mayoría oficialista designó a los rectores del CNE en dos oportunidades (años 2006 y 2010), tales nombramientos vulneraron la Constitución en cuanto a que las personas nombradas no estuviesen vinculadas a organizaciones con fines políticos (artículo 296), como se constata de las síntesis curriculares reseñadas en T. A. Castillo, A. Canova González y R. E. Rodríguez González, ob. cit., pp. 33-38.

⁷⁷ Véase *in extenso* Cosimina G. Pellegrino Pacera, “El control de la jurisdicción contencioso electoral en Venezuela (breve referencia a los motivos de impugnación a la luz de la jurisprudencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia)”, *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos reconocidos en la Constitución. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, FUNEDA y Universidad Monteávila, Caracas, 2013, pp. 525-560. La autora, luego de señalar que “existen dos instancias de revisión de los actos, actuaciones y omisiones de los organismos electorales: la sede administrativa representada por el Consejo Nacional Electoral, órgano máximo y permanente de la Administración Electoral; y la sede jurisdiccional constituida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”, se refiere al objeto de control de esta última y los motivos de impugnación de los actos administrativos electorales. A saber: nulidad de elecciones, votaciones, actas de escrutinio y actas manuales. Véase en sentido similar Daniela Urosa Maggi, “Tendencias de la jurisdicción contencioso electoral (2000-2006)”, *Derecho Administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. II, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 1413-1445.

⁷⁸ Antonio Canova González, Luis A. Herrera Orellana, Rosa E. Rodríguez Ortega, Giuseppe Graterol Stefanelli, *El TSJ al servicio de la Revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*, Editorial Galipán, Caracas, 2014, p. 180. Los autores apuntan como ejemplo de esta afirmación los amparos constitucionales para la defensa de derechos políticos y el avocamiento en casos de gran trascendencia política, ya que ambos supuestos son conocidos por la Sala Constitucional. Véase en sentido similar Allan R. Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional al servicio de la política: de cómo el juez constitucional ha secuestrado y sometido al Poder Electoral y a la jurisdicción electoral en Venezuela”, *La justicia constitucional en el Estado social de Derecho*, FUNEDA y Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 125-149.

fracaso desde su inicio, debido, en primer término, a la carencia de una mínima intencionalidad para ponerla en práctica de forma cabal⁷⁹.

Es por ello que el rol de la Sala Electoral ha quedado reducido, aun cuando no por ello resulta irrelevante. Como muestra, téngase presente que del año 2005 al 2013 esta Sala dictó 1863 decisiones y solo 50 de ellas resolvieron las pretensiones de los demandantes referidas a cargos de elección popular, a lo que se agrega que estos fallos “en su gran mayoría no contradicen las providencias o actos del CNE u otros organismos electorales, sino que los ratifican, quedando firmes” y, en los que sí los contradicen, “el grupo o tendencia política beneficiada por la sentencia (...) fue el oficialismo, pues benefició a candidatos a cargos públicos respaldados por el partido de gobierno o alguno de sus aliados, y perjudicó directamente a otros candidatos de oposición participantes en los mismos comicios”⁸⁰.

Es decir, que esta Sala mal podría considerarse como una verdadera salvaguarda institucional en los términos en que se entiende este principio y, más bien, serviría para legitimar las decisiones del Poder Electoral en desmedro de la integridad electoral y los derechos políticos de la población venezolana.

Sin ánimos de exhaustividad, basta una somera revisión de los fallos publicados por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia disponibles en su sitio web durante los últimos cinco años (período 2015-2019) para constatar cómo la tendencia comentada se ha mantenido a lo largo del tiempo, siendo ejemplo representativo los fallos referidos a las elecciones de la Asamblea Nacional de 2015⁸¹, con inclusión del fallo N° 260 del 30 de diciembre de 2015 sobre los diputados del estado Amazonas⁸² que dio pie a la *tesis del desacato* de la Asamblea Nacional cuando, mediante fallo N° 1 del 11 de enero de 2016 de la misma Sala, se declararon “NULOS ABSOLUTAMENTE los actos de la Asamblea Nacional que se hayan dictado o se dictaren, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos sujetos de la decisión N° 260 del 30 de diciembre de 2015 y del presente fallo”⁸³.

⁷⁹ Antonio Silva Aranguren y Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “La progresiva asunción por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de las competencias de la jurisdicción contencioso-electoral”, *20 años de FUNEDA y el Derecho Público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 11-12. En el artículo se analizan algunos de los fallos que demuestran cómo la Sala Constitucional ha asumido las funciones de la Sala Electoral para concluir que “no dudamos en referirnos a un réquiem de la Justicia Electoral venezolana (...) pues, aunque la misma no ha sido formalmente eliminada, su única representación práctica, a saber, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en variadas ocasiones no ejerce realmente las atribuciones para las que constitucionalmente se creó”.

⁸⁰ A. Canova González, L. A. Herrera Orellana, R. E. Rodríguez Ortega, G. Graterol Stefanelli, ob. cit., pp. 183-192.

⁸¹ Fallos N° 254 a 259 del 30 de diciembre de 2015, disponibles en <https://bit.ly/3kD1o8V>, <https://bit.ly/3nxxOE1>, <https://bit.ly/3lyEFwn>, <https://bit.ly/32OF9a7>, <https://bit.ly/2K7ofwV> y <https://bit.ly/3kzzY42>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸² En <https://bit.ly/3kyoJZB>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸³ En <https://bit.ly/3fljctm>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021. Esta decisión ha dado lugar a un número considerable de artículos jurídicos entre los que destacamos: Gabriel Sira Santana, “La Asamblea Nacional según el Tribunal Supremo de Justicia, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, *Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016*, pp. 267-284 y Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “La justicia electoral erigida en obstáculo para la paz en Venezuela: el caso de la suspensión cautelar de la proclamación de los diputados del Estado Amazonas como instrumento para obstaculizar la constitución del parlamento e impedir la representación política”, *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, *Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016*, pp. 319-347.

Adicionalmente se encuentran otros fallos de interés por medio de los cuales la Sala Electoral negó las pretensiones de una serie de recursos contencioso electoral interpuestos contra los actos del Consejo Nacional Electoral que (i) avalaban la convocatoria de la “Asamblea Nacional Constituyente”⁸⁴, (ii) fijaban las condiciones para la renovación de los partidos políticos⁸⁵, y (iii) proclamaban a Nicolás Maduro como ganador de los comicios del 20 de mayo de 2018⁸⁶, en adición a (iv) la omisión del Consejo Nacional Electoral al permitir la instalación de los “puntos rojos” como forma de campaña electoral oficialista⁸⁷ y (v) la interpretación del artículo 63 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales⁸⁸.

Lo anterior, sin mayor análisis jurídico y dando base al foro para sostener que en nuestro país existe un “autoritarismo judicial electoral”, ya que quien debería salvaguardar los derechos políticos de los ciudadanos y la integridad electoral, más bien “es utilizada como arma política de manera activa (...) para anular elecciones ajustadas a derecho, transparentes o que son fiel reflejo de la voluntad popular, o bien para evitar el control de elecciones ilegales y manipuladas”⁸⁹.

Nótese en todo caso que esta situación de desprotección institucional se ha acrecentado con la entrada al panorama político de la “Asamblea Nacional Constituyente” que, como bastión del oficialismo de indubitable corte inconstitucional e ilegítimo⁹⁰, ha pretendido desempeñar funciones electores desde su conformación a través

⁸⁴ Véanse –entre otros– los N° 67 del 12 de junio de 2017 (interpuesto por Luisa Ortega Díaz como Fiscal General de la República), N° 69 y 70 del 15 de junio de 2017, N° 71 a 73 del 16 de junio de 2017, N° 83 a 85 del 27 de junio de 2017, N° 104 a 107 del 20 de julio de 2017, N° 111 a 114 del 25 de julio de 2017, N° 115 a 126 y 128 a 131 del 27 de julio de 2017, en <https://bit.ly/3lyU4N5>, <https://bit.ly/32NkdAf>, <https://bit.ly/2IHaaG5>, <https://bit.ly/2UwoN1f>, <https://bit.ly/32N7bCX>, <https://bit.ly/2IuhTrb>, <https://bit.ly/3pyVERg>, <https://bit.ly/31Ay6Jo>, <https://bit.ly/3flTPaH>, <https://bit.ly/3pvxKGI>, <https://bit.ly/3pxMSDm>, <https://bit.ly/3kCVULw>, <https://bit.ly/35vF6BW>, <https://bit.ly/3pzRNno>, <https://bit.ly/2K0yDGH>, <https://bit.ly/2UrZSfd>, <https://bit.ly/38XSAIX>, <https://bit.ly/3f05Mh8>, <https://bit.ly/3nkW77Q>, <https://bit.ly/35vF116>, <https://bit.ly/3ksMXEw>, <https://bit.ly/3f3ynm0>, <https://bit.ly/3kxHk80>, <https://bit.ly/3nnOwFJ>, <https://bit.ly/3pxN6KI>, <https://bit.ly/2KeMFF3>, <https://bit.ly/3f018Qi>, <https://bit.ly/2IFXILM>, <https://bit.ly/3kscTjG>, <https://bit.ly/2Kc198w>, <https://bit.ly/31yaTrz>, <https://bit.ly/3kwnKsH> y <https://bit.ly/38QQ9I5>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021. El estudio del tema, que excede el objeto de estas páginas, puede revisarse en Allan Brewer-Carías y Carlos García Soto (compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

⁸⁵ Fallo N° 132 del 10 de agosto de 2017, en <https://bit.ly/2ICuecn>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸⁶ Fallo N° 53 del 13 de junio de 2018 (interpuesto por Henri Falcón como candidato a la Presidencia de la República), en <https://bit.ly/3f00H8J>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021. Esta elección también fue respaldada por la Sala en el fallo N° 66 del 4 de julio de 2018, en <https://bit.ly/2IDJJOJ>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸⁷ Fallo N° 54 del 14 de junio de 2018 (interpuesto por Claudio Fermín como jefe de campaña del candidato presidencial Henri Falcón), en <https://bit.ly/38LcMgM>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸⁸ Fallo N° 165 del 5 de octubre de 2017, en <https://bit.ly/3psSDCa>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁸⁹ Véase Daniela Urosa Maggi, “Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela”, ob. cit., p. 320.

⁹⁰ En adición a los trabajos al respecto ya citados, véase Observatorio Electoral Venezolano, 2017 (28 de julio), “Domingo 30: La elección de la ANC no es transparente”, en <https://bit.ly/3f3E2bn> El informe expone más de diez irregularidades que ocurrieron en este proceso, entre las que se encuentran que

de una serie de decretos constitucionales⁹¹ que en el foro han catalogado como parte de la “destrucción de las condiciones de integridad electoral” en Venezuela, en el sentido que:

La ANC [Asamblea Nacional Constituyente] consolidó el proceso de desmontaje de las condiciones de integridad electoral en Venezuela, al punto que hoy día puede considerarse que tales condiciones no existen en Venezuela. Así, el caso de Venezuela no puede ser considerado como un “autoritarismo competitivo” o un “régimen híbrido”, que pese a su contenido autoritario admite cierto grado de participación electoral. Desde la elección de la Asamblea Nacional en diciembre de 2015, y en especial, desde la instalación de la ANC, la participación electoral quedó completamente desnaturalizada, en el sentido que no es posible que las elecciones –por sí mismas– logren una legítima expresión del pueblo venezolano que promueva un cambio político.

(...)

No solo los vicios de corrupción electoral impiden una elección transparente, sino que, además, y en todo caso, el resultado de las elecciones se somete al control ilimitado de la ANC, quien puede (...) desconocer tales resultados.

En resumen, hoy día no existen condiciones de integridad electoral en Venezuela, lo que implica que las elecciones no permiten la libre expresión de los electores ni mucho menos pueden promover un cambio político. Se trata, por el contrario, de elecciones fraudulentas promovidas por un régimen autoritario que ya no cabe calificar de competitivo⁹².

5. El principio de la supervisión

Siguiendo con la revisión de los principios guía de la Red de Conocimientos Electores ACE, en materia de supervisión ya dijimos que, para que exista integridad electoral, ella no puede limitarse a los observadores nacionales e internacionales el día de las elecciones sino que deben estar presentes a lo largo del ciclo electoral: regulación, contratación de funcionarios, planificación de elecciones, registro electoral, postulaciones, campaña, acto de votación, conteo, escrutinio, adjudicación, proclamación, etc.

De todas estas fases, solo el acto de votación contaba con cierta fiscalización en Venezuela a través de la figura de los observadores nacionales e internacionales, dado el rechazo que ya hemos comentado en materia de auditorías del registro electoral, escrutinio y otras etapas del proceso.

No obstante, incluso esa fiscalización ha sido suprimida en los últimos comicios ya que la autoridad electoral ha negado las acreditaciones requeridas para el desempeño

“no se sometió a referendo consultivo y se confundió ‘iniciativa’ con ‘convocatoria’”, “CNE eliminó 70 actividades del cronograma” y “CNE suprimió 14 auditorías del cronograma”.

⁹¹ Véase al respecto Gabriel Sira Santana, “La ‘Asamblea Nacional Constituyente’ en la Gaceta Oficial de la República”, *Revista de Derecho Público*, N° 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 245-265 y “La ‘Asamblea Nacional Constituyente’ en la Gaceta Oficial de la República (segunda parte)”, *Revista de Derecho Público*, N° 155-156, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 219-231. Entre otros mencionamos el (i) Decreto Constituyente mediante el cual se reprograma para el mes de octubre del 2017 el proceso electoral para la escogencia de gobernadores de estados; (ii) Decreto Constituyente mediante el cual se declaran juramentados ante esta soberana Asamblea Nacional Constituyente los gobernadores de cada estado; (iii) Decreto Constituyente de convocatoria y programación de las elecciones de alcaldes para el mes de diciembre del año 2017; (iv) Decreto Constituyente para la participación en procesos electorales; y (v) Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las elecciones para la Presidencia de la República.

⁹² José Ignacio Hernández, “La destrucción de las condiciones de integridad electoral por los actos intolerales de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente”, *Revista de Derecho Público*, N° 153-154, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, pp. 41-56.

de tal actividad –en el caso de los observadores nacionales⁹³– y las invitaciones de las “misiones de acompañamiento internacional” se han hecho depender del hecho que estas organizaciones compartan las ideologías de la fuerza política dominante, como lo demuestra que para las elecciones regionales de 2017 se invitó al Consejo de Expertos Electorales Latinoamericanos (CEELA) –como “instancia promovida y financiada por el gobierno venezolano desde hace una década”– en vez de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), que estuvo presente en los procesos electorales nacionales hasta que se produjeron cambios de gobierno –con ideologías que no necesariamente comulgaban con el gobierno venezolano– en los Estados que conforman dicha unión⁹⁴.

Así lo confirma el Observatorio Electoral Venezolano cuando sostiene que:

Amparado en una política que puso en práctica a partir de 2006, el CNE dejó de invitar bajo la figura de observadores internacionales a la Organización de Estados Americanos (OEA) y a la Unión Europea (UE) y limitó el rol de la organización sin fines de lucro Centro Carter. Desde que inauguró el “programa de acompañamiento” en 2015, el CNE permite la presencia en el país de los organismos que cuenten con su visto bueno y se reserva hasta último momento la información de los integrantes de estas misiones internacionales⁹⁵.

Es decir, que con cada nuevo proceso electoral la observación nacional e internacional presenta más y nuevas trabas para fiscalizar el ciclo electoral –encontrándose completamente ausente en buena parte de las fases del proceso–, lo que sin lugar a dudas dificulta dejar constancia, a través de organizaciones imparciales y ajenas al Poder Público, que el mismo se realiza de acuerdo con la normativa y estándares internacionales y, por ende, puede ser calificado como integral.

6. El principio de la transparencia y la rendición de cuentas

Finalmente, respecto a los principios guía de la integridad electoral que propone la Red hallamos el referido a la transparencia y rendición de cuentas que –como se dijo– versa justamente sobre que no haya opacidad en el proceso e impere el libre acceso a la información.

Al respecto, bastará remitir al lector a lo mencionado en los acápites anteriores de esta colaboración donde se constata que mal podría catalogarse a los ciclos electorales venezolanos como transparentes ni que sus autoridades y participantes rindan cuentas, visto que los órganos y entes llamados a requerirlas consienten sistemáticamente los abusos de poder, el oscurantismo y las interpretaciones parcializadas a favor de la fuerza política dominante.

⁹³ Algunos de los resultados de estas observaciones que arrojaron conclusiones negativas sobre el proceso electoral pueden verse en los informes del Observatorio Electoral Venezolano, ya citados.

⁹⁴ Véase Diario de las Américas, 2017 (8 de octubre), “Diez irregularidades que marcan las elecciones de gobernadores en Venezuela”, en <https://bit.ly/31A5G2q>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021. En sentido similar, consúltese Daniel Zovatto, *Elecciones legislativas en Venezuela - Lo que está en riesgo*, en <https://bit.ly/32JOqjW>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021. Este último autor señala que como parte de los cambios requeridos en el país para que haya verdadera integridad electoral, “el CNE debe garantizar una auténtica observación internacional, la cual no debe quedar limitada a la ‘misión de acompañamiento’ de la UNASUR. En este sentido, debe invitar a la OEA y a la UE, entre otras organizaciones internacionales, a que envíen sus respectivas misiones de observación electoral con suficiente antelación para que observen todas las etapas del proceso electoral”.

⁹⁵ Observatorio Electoral Venezolano, *Informe de observación sobre la elección de gobernadores 2017*, p. 43, en <https://bit.ly/3nuDhuW>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

Por este motivo, al estudiar los seis principios guías que propone la Red de Conocimientos Electores ACE para evaluar la integridad electoral de un Estado, el saldo en Venezuela es sumamente negativo y desfavorable en los seis criterios –conclusión que coincide con el estudio del Proyecto Integridad Electoral y los dichos del foro traídos a colación–, requiriéndose reformas sustanciales para que los ciclos electorales no sean un mecanismo utilizado para simplemente legitimar a los mandatarios de turno⁹⁶ sino que reflejen cuál es la verdadera voluntad política de la población, como lo exige un sistema de gobierno democrático⁹⁷.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desarrolladas como han sido las razones que impiden hablar de integridad electoral en Venezuela nos restaría por determinar cómo cambiar esta situación para que los derechos políticos de los venezolanos sean correctamente garantizados, tal como debe ocurrir en un Estado democrático de Derecho y tantas veces sostuvo el homenajeado en esta obra colectiva.

En este sentido, de acuerdo con el informe citado de la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad del IDEA, “para llevar a cabo las elecciones con integridad, es necesario resolver cinco problemas principales”, independientemente del Estado al que nos estemos refiriendo. Estos problemas son (i) “construir un Estado de derecho que afiance los derechos humanos y la justicia electoral”; (ii) “crear organismos electorales (...) profesionales y competentes, que puedan actuar con total independencia en la gestión de procesos electorales transparentes y se ganen la confianza de la población”; (iii) “crear instituciones y normas para la competencia multipartidaria, así como un sistema de división del poder que fortalezca la democracia y ofrezca seguridad recíproca a los contrincantes políticos”; (iv) “eliminar las barreras jurídicas, administrativas, políticas, económicas y sociales que dificultan la participación política universal e igualitaria”; y (v) “regular el financiamiento político incontrolado, oculto e indebido”⁹⁸.

Ahora, ¿cómo lograr esto? Al respecto, autores como Casal sostienen que en el caso venezolano los problemas planteados por la Comisión encontrarían solución a través de la:

1. Modificación de las normas sobre representación proporcional y normas que regulan los circuitos electorales.
2. Mayor equilibrio y transparencia por parte del CNE durante la fase de campaña electoral.
3. Regulación legal del financiamiento de campañas electorales que proscriba el ventajismo electoral y el uso indebido de recursos públicos.
4. Realización de campañas informativas para que el elector conozca que la automatización no viola el secreto del voto.
5. Modificaciones al régimen de auditorías y garantía de acceso a los cuadernos

⁹⁶ Véase por ejemplo lo dicho por el Programa Venezolano de Educación – Acción en Derechos Humanos (PROVEA) en *Elecciones del 15-O reiteran que dictaduras modernas realizan elecciones solo si garantizan obtener resultados*, en <https://bit.ly/3fc8ujN>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

⁹⁷ Véase al respecto Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “¿Elecciones o elecciones democráticas? Reflexiones sobre el actual marco normativo e institucional venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 5, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2015, pp. 493-515. Asimismo, consúltense los diferentes comunicados recopilados por PROVEA en relación con las elecciones presidenciales de 2018 en *ONU | Alto Comisionado: Venezuela no reúne las “condiciones mínimas” para unas elecciones libres y creíbles; ONG y Sociedad Civil: Las elecciones del 20 de mayo no serán libres ni creíbles; y CIDH advierte sobre la falta de condiciones para la realización de elecciones libres y justas en Venezuela*, en <https://bit.ly/32LySvZ>, <https://bit.ly/3nn82Ce> y <https://bit.ly/32PF9qh>, respectivamente, consultados en fecha 15 de febrero de 2021.

⁹⁸ Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad del IDEA, ob. cit., p. 6.

electorales por parte de los interesados, tanto al momento de las auditorías como en casos de impugnaciones administrativas y judiciales. 6. Garantizar la autonomía e independencia del Poder Judicial, especialmente de la Sala Electoral como tribunal llamado a conocer de las impugnaciones y demandas judiciales en esta materia. Asimismo, reforma de la regulación de las causales de nulidad de actos electorales, tomando en cuenta la automatización del proceso. 7. Aprobación de una ley de referendos. 8. Garantía de participación ciudadana en el inminente proceso de elección de nuevos rectores del CNE por parte de la Asamblea Nacional, a fin de lograr el nombramiento de individuos dotados de preparación profesional, integridad personal, independencia e imparcialidad⁹⁹.

Estas propuestas, planteadas durante los años 2013 y 2014¹⁰⁰, han sido reiteradas por el foro de forma constante ya que, en la práctica, no se ha producido cambio alguno que fomente la integridad electoral y esta, más bien, se ha debilitado con el paso de los años¹⁰¹.

Así, por ejemplo, encontramos que en el año 2016 el Proyecto Integridad Electoral Venezuela publicó una obra dedicada a la reforma electoral en la que presentó un amplísimo número de cambios por realizar entre los que destacamos (i) “establecer, en la Ley, el ámbito orgánico o institucional de la Administración Pública Electoral, conformada por el CNE en su cúspide, los órganos electorales subordinados y los organismos electorales subalternos”, a fin de lograr un mejor control de su actividad con base en el principio de legalidad; (ii) “en la automatización de cada acto o fase del proceso electoral deberá garantizarse siempre la posibilidad de verificación técnica de la operación regular de las máquinas y dispositivos electrónicos, con el fin de asegurar la confiabilidad, veracidad y exactitud de los resultados que produzcan, antes, durante y después del proceso”, a través de las auditorías del ciclo electoral; (iii) “establecer, en la Ley, que el proceso electoral venezolano es eminentemente cívico, es decir, que debe ser llevado a cabo por los órganos de la Administración pública electoral y los ciudadanos”, a fin de limitar el rol de las fuerzas armadas y promover la participación ciudadana sin temor; (iv) “establecer expresamente que la regulación del proceso electoral corresponde a la Ley, no a la Administración electoral, es decir, es materia de la reserva legal, remitiendo al Reglamento la ordenación de determinados y puntuales aspectos de ese proceso comicial”, por ser el Parlamento el vocero de la soberanía nacional y el órgano representativo por excelencia del Estado; (v) “premisas que garanticen la libertad y secreto del voto durante estados de excepción y protejan, también, el ejercicio de libertades públicas fundamentales durante períodos electorales”¹⁰²; (vi) “que el Comité de Postulaciones [pase] a estar integrado por ciu-

⁹⁹ Jesús María Casal, “Síntesis de las propuestas de reformas al sistema electoral y mejora de condiciones electorales presentadas por la UCAB en diciembre de 2013”, *Resumen ejecutivo del Seminario Internacional Integridad Electoral para Venezuela. Proyecto integridad electoral Venezuela organizado por el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello*, en <https://bit.ly/2UEr7Dn>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

¹⁰⁰ Véase in extenso Benigno Alarcón Deza y Jesús M. Casal (coordinadores), *Proyecto Integridad Electoral Venezuela: las reformas impostergables*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.

¹⁰¹ Véanse al respecto los más de cuarenta informes publicados por el Proyecto Integridad Electoral Venezuela en los que se profundiza sobre la necesidad de seleccionar a los nuevos rectores del Consejo Nacional Electoral y algunos de los inconvenientes que se presentan en cuanto a las convocatorias y cronograma electoral, registro electoral, centros electorales, selección de candidatos, circuitos electorales, condiciones de campaña, observación internacional y nacional, representación proporcional y resolución de conflictos postelectorales, en <https://politikaucab.net>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

¹⁰² Ello dado que desde enero de 2016 la fuerza política dominante ha decretado estados de excepción sucesivos, bajo el argumento de la emergencia económica y luego la COVID-19, con el objetivo de

dadanos representantes de los diversos sectores que conforman la sociedad civil, y no por Diputados (ni por quienes hayan sido militantes políticos durante los 7 años previos)”, para así garantizar su independencia e imparcialidad política; (vii) “someter a consulta popular, en caso de que no se logre el quórum calificado de los diputados constitucionalmente exigido para la escogencia definitiva de los rectores. Ello con el fin de que sea el cuerpo electoral el que decida cuando sus representantes no logren el necesario consenso, dándole mayor legitimidad a una decisión que habrá resultado polémica al punto de no generar el acuerdo parlamentario habitual”, y evitar que la decisión sea tomada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como vimos ha ocurrido frecuente en el país; (viii) “que el CNE deba fijar y hacer pública [la convocatoria a elecciones], tanto en la Gaceta Electoral como en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, con al menos seis meses de anticipación a la fecha de las elecciones”, para evitar cambios imprevistos que atentan contra la seguridad jurídica y la periodicidad de los ciclos electorales; (ix) que “debe existir una previsión legal que disponga –además de la obligación de los electores seleccionados como miembros de los organismos electorales subalterno a cumplir el programa de formación para el desempeño de sus funciones– que todo elector que cumpla con los requerimientos mínimos para ser designado como miembro de un organismo electoral subalterno tenga derecho a participar en el referido programa de formación”, ello como mecanismo para reducir los márgenes de errores involuntarios que afecten los resultados y promover el profesionalismo de quienes participan en el proceso; y (x) “que debe considerarse como población de la República y de sus diversas circunscripciones electorales, la que indique el último censo nacional de población, con las variaciones producto de las proyecciones anuales de población al 30 de junio de cada año, elaboradas, después de cada censo, por el Instituto Nacional de Estadística”, a fin de evitar el llamado *gerrymandering* o manipulación de circunscripciones electorales¹⁰³.

Es decir, que nos encontraríamos ante reformas que son cónsonas con los principios guía de la Red de Conocimientos Electores ACE en cuanto al respeto de los principios de la democracia electoral, la conducta ética, el profesionalismo y precisión del órgano electoral, las salvaguardias institucionales, la supervisión de todo el ciclo electoral y la transparencia y rendición de cuentas; por lo que somos de la opinión que su implementación sería recomendable en el país y favorecía –en definitiva– a la integridad electoral.

contar con poderes plenipotenciarios, desconocer los derechos de los ciudadanos y abstraerse de los mecanismos de control político que prevé la Constitución de la República. Véase, en general, Gabriel Sira Santana, *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, CIDEP y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017 y Gabriel Sira Santana, “Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19”, *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana*, Caracas, 2020, pp. 55-70.

¹⁰³ Benigno Alarcón Deza y Juan Manuel Trak (coordinadores), *Propuestas para una reforma electoral. Buscando la integridad electoral en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016, pp. 45-80, en <https://bit.ly/32Mxw3R> La obra plantea a su vez reformas en cuanto al registro electoral (en materia de inscripción y actualización de datos, veracidad, publicidad y depuración), la inscripción de partidos políticos y postulación de candidatos (separación de cargos de los funcionarios postulados, modificaciones y sustituciones), la campaña electoral (propaganda, financiamiento, prohibición de activismo electoral de los órganos del Estado y sus funcionarios), acceso a la información (contabilidad electoral, resultados electorales y sondeos de opinión), acto de votación (sistema automatizado y resguardo físico del voto, horarios de votación, voto asistido, secreto del voto), acto de escrutinio (auditorías de verificación ciudadana), entre otros.

Más recientemente, Urosa Maggi recalcó la necesidad de impulsar estos cambios visto que la crisis institucional en Venezuela se ha agravado de forma considerable en los últimos años –y, con ella, la falta de integridad electoral–, enfatizando la idea de la salvaguarda institucional a través de la eliminación de la “Asamblea Nacional Constituyente”, la designación de nuevas autoridades del Poder Electoral y de los magistrados de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en adición a reformas que versan sobre otros principios de la democracia electoral como serían garantizar el derecho a la participación política y el derecho al ejercicio de cargos públicos, tanto de venezolanos en el territorio nacional como en el extranjero; la depuración del registro electoral y la revisión del sistema de votación electrónica¹⁰⁴; la aceptación de la observación electoral nacional e internacional; el equilibrio durante la campaña electoral y la prohibición del voto asistido¹⁰⁵.

Lamentablemente, aun cuando buena parte de estas reformas podrían implementarse a través de la Asamblea Nacional por ser materias de su competencia¹⁰⁶, lo cierto del caso es que, por lo que respecta al ejercicio de su función normativa, al igual que cualquier otra ley sancionada por la Asamblea Nacional y como consecuencia de los pesos y contrapesos a los que ya hemos aludido, la norma que sancione el Parlamento (por ejemplo, una ley de reforma de la ley orgánica de procesos electorales) habría de ser luego promulgada por el Presidente de la República a fines de su posterior publicación en Gaceta Oficial e inicio de sus efectos (artículos 213 a 215 de la Constitución de la República), requiriéndose entonces la *comunidad* del Poder Legislativo con el Poder Ejecutivo, aunado al Poder Judicial a fin de que este último no decida –por motivos meramente políticos– la nulidad por inconstitucionalidad de la ley reformada (y consecuencialmente la vigencia de la ley que se pretende reformar), como ha ocurrido con casi todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional desde el año 2016. Cuestión que hoy en día luce poco probable.

Asimismo, esta *comunidad* con el Poder Judicial también se requeriría para lograr la designación de nuevas autoridades del Poder Electoral y de los magistrados de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de evitar pronunciamientos de esta última Sala que declaren la nulidad de lo decidido por el Poder Legislativo, como también ha ocurrido desde que se produjo el cambio de fuerza políticas en la Asamblea Nacional, a favor de la oposición, afirmándose en el foro que se ha dado un golpe de Estado contra el Parlamento¹⁰⁷.

En otras palabras, hasta tanto todas las ramas del Poder Público no actúen de conformidad con los principios que deben imperar en un Estado Democrático y de De-

¹⁰⁴ Hoy más que nunca necesario, vistas las recientes declaraciones del Director Ejecutivo de la empresa a cargo del sistema de voto electrónico en el país. Véase *BBC*, 2017 (2 de agosto), “Smartmatic, la empresa a cargo del sistema de votación en Venezuela, denuncia ‘manipulación’ en la elección de la Constituyente y el CNE lo niega”, en <https://bbc.in/3f3fGPj>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

¹⁰⁵ Daniela Urosa Maggi, *Recuperando la integridad electoral en Venezuela: condiciones electorales necesarias para garantizar elecciones presidenciales libres y transparentes*, en <https://bit.ly/35ytfmx>, consultado en fecha 15 de febrero de 2021.

¹⁰⁶ Véase el artículo 296 de la Constitución de la República para la designación de los rectores, 264 *ejusdem* para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y 202 en concordancia con el numeral 32 del artículo 156 *ejusdem* sobre la legislación en materia electoral, que abarcaría el resto de los tópicos tratados en estas páginas.

¹⁰⁷ Véase, entre otros, Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2017.

recho para poder ser catalogado como tal, la integridad electoral en Venezuela no será más que un deseo sobre el cual, si bien podrán adelantarse propuestas en el foro jurídico y político, no pasaremos de las fases descriptiva, diagnóstica y deliberativa, quedando la fase constructiva –es decir, la elaboración de una propuesta de reforma democrática que se someta a la aprobación de la sociedad¹⁰⁸– como una materia pendiente y de urgencia para que Venezuela sea una verdadera democracia y, como lo sostuvo Pedro Nikken en su momento, los derechos humanos puedan ser efectivamente realizables¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Véase Eglée González Lobato, “Cómo abordar las reformas electorales: hacia un modelo electoral democrático”, *El sistema electoral venezolano: reflexiones a la luz de las parlamentarias 2015*, Observatorio Electoral Venezolano, Caracas, 2016, pp. 25-42.

¹⁰⁹ Pedro Nikken, “Los presupuestos de los derechos humanos”, *ob. cit.*, p. 174.

DE LA DEGRADACIÓN DEL INSTITUTO DE LA RESERVA LEGAL Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (POR LA LEGALIDAD SOCIALISTA) Y SU NECESARIA RELECTURA DESDE EL DERECHO LIBERAL

Juan Domingo Alfonso Paradisi*

SUMARIO

Introducción. I. A través del establecimiento de leyes y decretos leyes que forman parte de la “legalidad socialista” se han realizado expropiaciones legales que han afectado los derechos constitucionales individuales vulnerando asimismo la reserva legal. II. De la interpretación del Instituto de la Reserva Legal por el Tribunal Supremo de Justicia dado el estado social de derecho y la vuelta a una relectura de dicho principio bajo la perspectiva del derecho liberal. III. De la vulneración de la reserva legal y su degradación mediante la creación de delitos, penas privativas de libertad y tributos mediante decretos leyes y la necesaria relectura de dicho instituto conforme a los principios de derecho liberal. 1. Creación de delitos, penas privativas de libertad y tributos mediante Decretos Leyes. 2. Creación de delitos –mediante Decretos Leyes– que no lesionan los derechos individuales. IV. La planificación centralizada a través de la legalidad socialista es inconstitucional y vulnera los derechos constitucionales de las personas. V. De la desnaturalización de la reserva legal y la creación de delitos y penas mediante decretos leyes. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

La idea o finalidad de la ley y su reserva es proteger los derechos individuales y limitar el poder del Estado, ello se verifica así en los Estados modernos constitucionales y luego de las revoluciones de Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, con el respectivo establecimiento de las Constituciones de los Estados. No obstante, como destacaremos en el presente trabajo, las leyes y los decretos leyes se han separado de su finalidad y han reducido los derechos y libertades en contra de su propio objeto. La ley, lato sensu, ha sido “coptada” para establecer un conjunto de normas de rango legal que conforman “la legalidad socialista” las cuales son contrarias a la constitución vigente de 1999, a los principios y valores democráticos y a la constitución de 1999.

* Abogado UCAB 1987. Especialista en Derecho Administrativo UCAB 1990. Magister en Estudios Superiores en Administración Pública del INAP España (mención Cum Laude) Cursos de Doctorado Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo UCV y de la Especialización de Derecho Administrativo UCAB y de Constitución Económica en Maestría de Constitucional. UCAB. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Candidato a Doctor UCAB.

I. A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO DE LEYES Y DECRETOS LEYES QUE FORMAN PARTE DE LA “LEGALIDAD SOCIALISTA” SE HAN REALIZADO EXPOLIACIONES LEGALES QUE HAN AFECTADO LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES INDIVIDUALES VULNERANDO ASIMISMO LA RESERVA LEGAL

En efecto, no puede mediante “leyes” reducirse los derechos constitucionales, ni su contenido o esencia, ello constituye “una Expropiación”¹.

De tal manera que de seguidas citaremos varios supuestos en la legislación venezolana reciente y diversos casos que constituyen expropiaciones y que, bajo la “fachada” o “cobertura legal o de decretos leyes” que se equiparan, esto últimos, en rango y fuerza a las leyes, vacían de contenido o reducen en grado superlativo a los derechos constitucionales.

Así las cosas, no pueden establecerse expropiaciones mediante leyes por la supuesta incursión en ilícitos administrativos. Sin embargo, en el país se estableció mediante ley “la expropiación como sanción” por la supuesta incursión de ilícitos administrativos de carácter económico. Caso del artículo 6 de la derogada ley de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios², y luego reiterado en el artículo 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de ley Orgánica de Precios Justos³ en la actualidad derogado:

Art 7. Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios.

El Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica. (resaltado nuestro).

Se estableció por tanto, de manera legislativa la “expropiación como sanción”, evidentemente una expropiación, al tratarse de una expropiación arbitraria y contraria a derecho por la amplitud de los supuestos ilícitos administrativos, violándose así el artículo 115 de la constitución vigente y las garantías constitucionales concernientes al derecho de propiedad, pero ciertamente dada la crítica de la doctrina⁴ ello fue suprimido al dictarse el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos⁵.

¹ Frédéric Bastiat, *La Ley*. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.hacer.org/pdf/LaLey.pdf> (Consultado el 15 de enero de 2021).

² Gaceta Oficial N° 39.358, 1 de febrero de 2010.

³ Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014.

⁴ Véase Hildegard Rondón de Sanso, “La expropiación como medida sancionatoria”, en: *diario la Voce d'Italia*, de 16 de febrero de 2011, disponible en el siguiente enlace: <http://voce.com.ve/201102/16%E2%80%9C9Cla-expropiaci3n-como-medidasancionatoria%E2%80%9D/> (Consultado el 15 de enero de 2021). Cuando en efecto se señala la amplitud de los supuestos que podían dar lugar a la expropiación y todo ello sin necesidad de que existiese una declaratoria de utilidad pública e interés social específica. Véase asimismo Badell Rafael: en *Ámbito Jurídico*, Legis, marzo 2014 p. 9 y Linares Benzo, Gustavo: *Ámbito Jurídico* Legis, marzo de 2014 p. 13. Véase así mismo las críticas a dicha previsión legal inconstitucional realizadas por Juan Domingo Alfonzo Paradisi, “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. La limitación del margen de ganancias sobre la estructura de costos”, en: *Análisis Jurídico, Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa complementaria*, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 11-53.

⁵ Gaceta Oficial N° 40.787, 12 de noviembre de 2015.

No pueden así mismo, establecerse ocupaciones temporales que hagan nugatorio el derecho de libertad económica y la autonomía privada empresarial, tal y como lo hace el artículo 70.2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios justos, en los términos siguientes:

Artículo 70. Si durante la inspección o fiscalización, o en cualquier etapa, fase o grado del procedimiento, la funcionaria o funcionario actuante detectada indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y existieren elementos que pudieran presumir que se puedan causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia. Dichas medidas podrán consistir en:

(...)

2. Ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad.

(...)

Cuando se dicte la ocupación temporal, tal medida se materializará mediante la posesión inmediata, la cual se hará hasta por ciento ochenta (180) días prorrogables. Esta medida asegurará la puesta en operatividad y el aprovechamiento del establecimiento, local, vehículo, nave o aeronave, por parte del órgano o ente competente; y el uso inmediato de los bienes necesarios para la continuidad de la producción y comercialización de bienes, o la prestación de los servicios, garantizando el abastecimiento y la disponibilidad de estos durante el curso del procedimiento.

Más aun, cuando dichas medidas de ocupación temporal dictadas por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) se dictan sin el debido proceso, en violación al derecho a la defensa y al iniciarse el procedimiento de inspección o fiscalización. De tal manera que, se convierten en medidas anticipadas, sustitutivas de la medida de fondo o que ponga fin al procedimiento administrativo.

No pueden preverse supuestos de acaparamiento⁶, usura⁷ y boicot⁸ mediante el decreto ley Orgánica de Precios Justos que reducen el núcleo duro o ámbito de los derechos económicos constitucionales. Así nos preguntamos ¿cómo puede establecerse que vender por encima del precio “regulado o determinado” unilateralmente por la administración pública o por encima del “informado” por el particular, es un delito económico? Cuando es la propia administración pública, la SUNDDE, la que

⁶ Artículo 52. “Los sujetos de aplicación que restrinjan la oferta, circulación o distribución de bienes regulados por la autoridad administrativa competente, retengan los mismos, con o sin ocultamiento, serán sancionados con prisión de ocho (08) a diez (10) años”.

⁷ Artículo 58. 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 (08) años.

⁸ Artículo 53. Quienes conjunta o separadamente desarrollen o lleven a cabo acciones, o incurran en omisiones que impidan de manera directa o indirecta la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes, así como la prestación de servicios, serán sancionados con prisión de doce (12) a quince (15) años. Cuando dichas acciones u omisiones hubieren sido cometidas en detrimento del patrimonio público, los bienes serán además objeto de confiscación, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así mismo, serán sancionados con la ocupación temporal del establecimiento hasta por ciento ochenta (180) días prorrogables por una sola vez.

de manera unilateral sustituye el sistema del mercado y determina e impone los precios. Por tanto ¿cómo “el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos va a prever que por un supuesto acaparamiento o especulación se pueda privar de libertad a un ciudadano e imponerle sanciones? Cuando en realidad no existe previsión legal en cuanto a los niveles de inventarios y estos últimos dependen de múltiples factores del mercado (caso del supuesto acaparamiento), y así mismo, el tope o “Mark up” (caso de la supuesta especulación), es establecido de manera unilateral e impuesto por la propia administración pública en mucho de los casos o impuesto bajo el poder de la administración en los casos de “precios acordados”.

Así las cosas, al establecer estas situaciones referidas “la expropiación como sanción, medidas preventivas de ocupación, controles de precios y supuestos delitos económicos” la ley (Bastiat), está expoliando al particular⁹, al empresario, quitándole rentas propias de las empresas para pasarla a la sociedad o a terceros, incluso vendiendo los bienes en caso de comiso, tal y como lo establece el artículo 70 del Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, en los términos siguientes:

Artículo 70. Si durante la inspección o fiscalización, o en cualquier etapa, fase o grado del procedimiento, la funcionaria o funcionario actuante detectada indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y existen elementos que pudieran presumir que se puedan causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia. Dichas medidas podrán consistir en:

1. Comiso preventivo de mercancías.

(...)

En el caso de ordenarse el comiso preventivo de mercancías, se dispondrá su enajenación inmediata con fines sociales, lo cual deberá asentarse en Acta de que se levante al efecto. El producto de la enajenación de las mercancías se mantendrá en garantía en una cuenta bancaria abierta a tal efecto. **En la providencia que ponga fin al procedimiento indicará el destino que deberá dársele al producto de la enajenación de las mercancías.** (resaltado nuestro).

Exactamente lo anteriormente previsto en el Decreto ley citado, es lo que Bastiat precisa para poder identificar cuando estamos en presencia de una “expoliación Legal”¹⁰.

Igualmente, al decreto ley Orgánica de Precios Justos facultar a la Administración Pública (SUNDDE) determinar un “*precio justo*”, en ese supuesto se sustituye al mercado, a la ley de la oferta y de la demanda, y se impone un precio por la propia Administración, permitiendo la ley o el decreto ley expoliar al particular. Esto es, es la propia “*ley o decreto ley*” que expolia al particular y que reduce o minimiza los derechos económicos del empresario o del agente económico y ello porque esa renta que puede derivarse de los precios fijados por el sistema del mercado es suprimida

⁹ Frederich Bastiat, ob. cit., p. 3.

¹⁰ Frederich Bastiat, ob. cit., p. 8. En efecto Bastiat identifica la expoliación como: “Si la ley quita a algunos lo que les pertenece, para dar a otro lo que no les pertenece”. Véase igualmente Juan Ramón Rallo, *Liberalismo los diez principios básicos del orden político liberal*, Editorial Planeta, Barcelona, 2019, p. 151, quien destaca cuatro modelos históricos de Estados que son esencialmente antiliberales, entre los cuales señala el Estado de Bienestar. El cual “ataca multitud de derechos individuales (propiedad, autonomía contractual, libertad de asociación o libre mercado) para incrementar la renta, la riqueza, el status o las capacidades de algunas personas a costa de las otras. Y si bien alguno de los fines del Estado de Bienestar puede ser fines nobles y positivos (proporcionar recursos a algunos individuos para que puedan vivir una vida mejor), los medios que utiliza para alcanzarlos (conculcar los derechos individuales de terceras personas) no lo son”.

impositivamente por el Decreto Ley, facultando a la SUNDDE para establecerlo y sustrayendo de las empresas para pasarlo a la sociedad o al Estado.

Por desgracia según Bastiat falta mucho para que la ley esté encuadrada en su papel y ha procedido en contra de su finalidad:

Ha hecho algo aún peor: ha procedido en forma contraria a su propia meta; se ha aplicado a aniquilar aquella justicia que debía reinar, a anular entre los derechos, aquellos límites que era su misión hacer respetar; ha puesto la fuerza colectiva al servicio de quienes quieran explotar, sin riesgo y sin escrúpulos, la persona, la libertad o propiedad ajenas; ha convertido la expoliación para protegerla, en derecho y la legítima defensa en crimen para castigarla... Pero lo más frecuente es que la ley sea hecha por un hombre o por una clase de hombres y es inevitable que quede aquella fuerza en manos de quienes legislan, se concibe, así como en lugar de constituir un freno contra la injusticia, se convierte en un instrumento y el más invencible instrumento de la injusticia. Se concibe que según sea el poder del legislador, destruya en provecho propio y en grado diferentes, en cuanto al resto de los hombres, la personalidad con la esclavitud, la libertad con la opresión y la propiedad con la expoliación¹¹.

Así señala Bastiat cuando la expoliación está organizada por la ley, en beneficio de las clases que las dictan, todas, todas las clases expoliadas tienden por vías pacíficas o revolucionarias a tener alguna participación en la confección de las leyes. Tales clases, según sea el grado de esclarecimiento a que hayan llegado, pueden proponerse dos finalidades muy diferentes, al perseguir la conquista de sus derechos políticos: o quieren hacer cesar la expoliación legal o aspiran a participar en dicha expoliación” y Bastiat sostiene:

¡Desgraciadas, tres veces desgraciadas las naciones en las cuales sea este último pensamiento el que predomine en las masas en el momento que a su vez se apoderen de la legislación!¹².

Esto desde nuestra perspectiva es lo que ha sucedido con varias leyes en Venezuela, previendo lo que hemos denominado “la legalidad socialista”, donde a través de leyes o decretos leyes revolucionarios se han previsto “expoliaciones legales” que han reducido los derechos económicos de las empresas y de los propios empresarios para pasarlo al estado y al pueblo.

La ley de INDEPABIS ya citada de 2010 o la del Decreto Ley Orgánica de Precios Justos del 2014, en su artículo 7 que estableció en su artículo 7 la expropiación como sanción por la supuesta comisión de ilícitos económicos¹³.

¹¹ Frederich Bastiat, ob. cit., p. 2.

¹² Frederich Bastiat, ob. cit., p. 4.

¹³ Véase Gaceta Oficial N° 39.351, 21 de enero 2010. Adquisición Forzosa de los activos y activos que conforman la cadena de Automercados Éxito donde funcionan los Hipermercados Éxitos C.A. En el caso de Hipermercado Éxito en base a infundados supuestos ilícitos administrativos económicos, luego de un procedimiento administrativo atropellado, sin el correspondiente examen de las pruebas y sin debida respuesta a los recursos administrativos interpuestos, se ordena de manera sancionatoria la adquisición forzosa de los activos que conforman la cadena de Automercados Éxito a nivel nacional donde funcionan los Almacenes e Hipermercados Éxito C.A. Esta violación a la Constitución al establecer la Expropiación como sanción ante supuestas incursiones en ilícitos administrativos económicos ya había sido señalada por Hildegard Rondón de Sansó, ob. cit. Rafael Badell Madrid, en: *Ámbito Jurídico*, Legis, marzo 2014 p. 9 y Gustavo Linares Benzo, en: *Ámbito Jurídico*, Legis, marzo de 2014, p. 13; Juan Domingo Alfonso Paradisi, “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos”, ob. cit, pp. 47 ss.; Jose Ignacio Hernández: “Puede el Gobierno expropiar las empresas por violar la Ley Orgánica de Precios Justos”, en: *Prodavinci*, 6 de febrero de 2014 (<http://www.prodavinci.com/blogs/Jose Ignacio Hernández>, Consultado el 15 de enero de 2021). Fueron casos en los cuales se aplicó la expropiación como sanción por supuestos ilícitos administrativos eco-

Así mismo, la equiparación en la Ley de INDEPABIS y de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014 de las actividades de producción, comercialización, transporte de alimentos y bienes de primera necesidad a servicios públicos vulnerando los derechos económicos de las empresas. (art. 6 de la derogada Ley de INDEPABIS y art. 7 del Decreto Ley Orgánica de Precios Justos de 2014).

Medidas preventivas de la Administración de Ocupación temporal en el Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos de 2015 art 70.2 del decreto Ley Orgánica de Precios Justos:

Ocupaciones y afectaciones en áreas y zonas a vivir Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda¹⁴.

Artículo 3°. Para alcanzar el objetivo de la presente Ley, el Ejecutivo Nacional queda facultado para:

Dictar decretos de creación de Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), en las cuales el Estado procederá a reordenar integralmente la distribución y uso del espacio, sea este urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia, a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de micro comunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades.

En las áreas decretadas Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), el Estado no permitirá la existencia de inmuebles no residenciales o terrenos abandonados, ociosos, subutilizados o de uso inadecuado que presenten condiciones y potencial para cumplir con el objeto de esta Ley¹⁵.

En la cual se viola el procedimiento de expropiación y las garantías en cuanto al derecho a la propiedad previsto en el artículo 115 de la Constitución vigente y desarrollado por la propia ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social.

Según Bastiat basta que la ley “ordene y consagre la expoliación, para que esta parezca justa y sagrada para muchas conciencias”¹⁶. Y ello es lo que ha ocurrido en Venezuela con muchas leyes en los últimos años que en vez de defender la libertad

nómicos por ejemplo de: Cadenas de Tiendas Venezolanas (Cativen), y Fama de América. El 10 de noviembre de 2009 mediante decreto N° 7.035 se ordenó la adquisición forzosa de la Sociedad Mercantil Fama de América C.A. en cuyos considerandos cuarto y quinto se refería al desabastecimiento del café verde debido al incremento del precio generando situaciones de contrabando y al desplazamiento de pequeñas y medianas torrefactoras de todos los escenarios debido a la consolidación en el procesamiento y distribución de café en el país, llegando hasta adquirir 30% de la producción nacional. Dadas las declaraciones de altos funcionarios públicos y dados los considerandos del decreto, evidentemente se trató de una expropiación sancionatoria. Sobre este caso, consúltese, Samantha Sánchez Miralles, *Casos de Estudio sobre la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2016, pp. 27 ss.

¹⁴ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.018 Extraordinario, 29 de enero de 2011, reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 39.626 del 1° de marzo del mismo año.

¹⁵ Véase como se dictaron sobre gran parte del territorio venezolano los decretos de Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR) lesionando las garantías procesales y el derecho de propiedad de los particulares: Gaceta Oficial N° 39.615, 14 de febrero de 2011; Decreto N° 8.041, mediante el cual se crean las Áreas Vitales de Vivienda y de Residencia (AVIVIR), destinadas a la construcción de viviendas en terrenos del Fuerte Tiuna, en el estado Miranda, Vargas, Aragua, Anzoátegui, Lara y Zulia. Vase igualmente las siguientes gacetas oficiales que crean zonas AVIVIR: Gaceta Oficial N° 39.708, 7 de julio de 2011, Gaceta Oficial N° 39.713, 14 de julio del 2011, Gaceta Oficial N° 39.779, 17 de octubre de 2011, Gaceta Oficial N° 6.061 Extraordinario, 9 de diciembre de 2011, Gaceta Oficial N° 39.896, 2 de abril del 2012, Gaceta Oficial N° 40.186, 11 de junio de 2013, Gaceta Oficial N° 40.753, 24 de septiembre de 2015, entre otros.

¹⁶ Frederich Bastiat, ob. cit., p. 4.

y la propiedad la han restringido, atacando y vaciando su contenido, lesionando así los derechos constitucionales y más aún, cuando dicha pretendida imposición de una “legalidad socialista” fue rechazada mediante referéndum efectuado en diciembre de 2007 –por la mayoría del pueblo venezolano– al improbar la pretendida reforma constitucional. En efecto, según Bastiat: “todos tenemos una fuerte inclinación a considerar lo legal como legítimo, hasta tal punto que son muchos los que falsamente dan por sentado que toda justicia emana de la Ley”¹⁷. El problema, desde nuestra perspectiva es que a través de la fachada de la Ley (legalidad socialista) se ha reducido el núcleo duro y la esencia de los derechos constitucionales a la libertad, libertad de pensamiento, libertad económica y a la propiedad.

En efecto, la función de la Ley es respetar a todas las personas, a todas las libertades y a todas las propiedades y según Bastiat constituye la organización del derecho individual de legítima defensa, el obstáculo, el freno y el castigo a todas las opresiones y a todas las expoliaciones. Sin embargo, a través de las leyes muchas veces no se defiende la libertad y la propiedad, sino que se utiliza la Ley para reducirla o limitarla. Así, se entiende como expropiación legal al establecimiento mediante ley de una reglamentación y organización “que quite a los unos para dar a los otros, para echar mano a la riqueza adquirida por todas las clases para aumentar la de una clase”. Así lo que ha sucedido con muchas de estas leyes, por ejemplo, Ley de Indepabis, Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, Ley Orgánica de Soberanía Agroalimentaria, entre otras, es quitar la renta a las empresas o a los agentes económicos para dárselos al pueblo (venta de bienes por comiso según Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos o Impuesto de Tierras Ociosas o infrautilizadas, Ley de Tierras¹⁸).

Así se identifica lo que ha sido denominado por la doctrina Liberal (Bastiat) la expropiación legal identificada cuando se les quita a algunos ciudadanos lo que les pertenece para dar a otros lo que no les pertenece. Esto ha ocurrido con el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, mediante el cual se pretende establecer un sistema de economía socialista, de excesiva regulación de los precios de los bienes y servicios en función de los costos y contrario a lo previsto en nuestra Carta Magna, reduciendo el derecho de libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución, previendo un sistema económico socialista que choca con el de economía social de mercado. Ello vulnera lo previsto en la constitución de 1999 y colide con la Constitución Económica. En efecto, choca con los principios rectores previstos en los artículos 299 y 113 de la Constitución, con los derechos y garantías constitucionales previstos en los artículos 112, 115 y 117, entre otros, así como constituye una imposición a la decisión del pueblo venezolano, ya que dicho

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, 29 de julio de 2010: Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario mediante la cual en su artículo 13 se prevé que “la Adjudicación de tierras, la garantía de permanencia y la expropiación agraria contenidas en la presente ley, deben procurar preferentemente el beneficio de los campesinos y campesinas que tengan la voluntad y disposición para la producción agrícola en armonía con los planes y programas agrarios del Ejecutivo Nacional (...)”. Así mismo, en su artículo 14 la ley de Tierras establece que “son sujetos preferenciales de adjudicación de tierras los campesinos y campesinas que hubieren permanecido por un período ininterrumpido superior a tres años trabajando tierras privadas”. Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agrícola que permita alcanzar la soberanía alimentaria, se garantiza:(...) 4. La permanencia de los campesinos y campesinas en las tierras privadas que trabajan, aun cuando no sean de su propiedad, si dicho trabajo es realizado con ocasión de la constitución de sociedades, contratos de mandato, arrendamiento, comodato, cesión de derechos, medianería, aparcería, usufructo o, en general, cualesquiera formas o negocios jurídicos efectuados con quien se atribuya la propiedad de las tierras, por un período mínimo ininterrumpido de tres años.

modelo fue rechazado por la mayoría de la población al improbar mediante referéndum popular la reforma constitucional de diciembre de 2007, la cual, entre otras normas establecía en su artículo 112: “la Constitución de una economía socialista”, así como en su disposición transitoria novena establecía:

que el ejecutivo nacional podía mediante decretos o decretos Ley, regular la transición al modelo de economía socialista¹⁹.

En efecto, la Constitución vigente no establece un determinado orden económico socialista, como si lo hacen así las constituciones del modelo soviético que si persiguen ese objetivo. Se ha señalado que “la Constitución Económica” es flexible, pero esa flexibilidad tiene ciertos parámetros y ellos lo constituyen, por una parte, derechos constitucionales de contenido económico y, por otro lado, los principios rectores (artículo 299 de la constitución). Con el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos se establece como lo señala Bastiat que el conjunto de todos aquellos planes, que lo que tienen de común es la expropiación legal, lo que, en su criterio, toma el nombre de socialismo. Ello es lo que ocurre precisamente con este tipo de decreto como lo es el Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos que se integra en la economía socialista²⁰, que desconoce la libertad y autonomía empresarial en cuanto a la determinación de los precios, que reduce el ámbito del derecho a la libertad económica de desempeñarse con libertad en una actividad económica y que elimina la libertad de determinación de los precios por parte de los productores y comercializadores.

Así, estos controles, proteccionismo, impuestos a las tierras, limitaciones a los precios y derechos de ganancias constituyen formas de expropiación legal tomando incluso expresamente, la denominación por decreto de “economía socialista”. En este sentido, Bastiat señala tres sistemas de expropiación: el proteccionismo, el socialismo y el comunismo, siendo tres periodos diversos de crecimiento de un solo árbol. Igualmente proponemos el trabajo de “comenzar” por “extirpar de la legislación todo lo que se haya podido deslizarse en ella, de carácter socialista y no es trabajo pequeño”²¹ con lo cual habrá que derogar muchas de estas leyes y decretos leyes que lesionen los derechos económicos de los ciudadanos y de las empresas.

II. DE LA INTERPRETACIÓN DEL INSTITUTO DE LA RESERVA LEGAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DADO EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA VUELTA A UNA RELECTURA DE DICHO PRINCIPIO BAJO LA PERSPECTIVA DEL DERECHO LIBERAL

La figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de un conjunto de materias que debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, solo pueden ser reguladas mediante ley desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de rango legal. Ahora

¹⁹ Véase en relación a la pretendida imposición de una constitución socialista y su rechazo por el referéndum popular, Juan Domingo Alfonso Paradisi, “La Constitución Económica y El Decreto Ley de Costos y Precios Justos, La Categorización de Bienes y Servicios; Registro, Determinación e información de Precios”, en: *Análisis Jurídico, Económico y Financiero del Decreto Ley De Costos y Precios Justos y sus disposiciones legales*, FUNEDA, Caracas, 2012.

²⁰ Incluso y más aún el propio de decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos establece como finalidad en su artículo 7.2: “La Consolidación del orden económico socialista, consagrado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”.

²¹ Frederich Bastiat, ob. cit., p. 9.

bien, en virtud de lo previsto en el derogado artículo 190, ordinal 10 de la Constitución de 1961 y el vigente artículo 236, numeral 10 de la Constitución de 1999, el Ejecutivo Nacional puede reglamentar las leyes que se dicten en materias que pertenezcan a la reserva legal, lo que permite la participación del poder ejecutivo en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley, siempre que no alteren su espíritu, propósito y razón y sin que ello implique, en modo alguno, el otorgamiento al Presidente de la República de la potestad de legislar en torno a la materia específica que estén delimitadas a la ley. Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley, de que se trate, toda la materia relacionada con esta, de tal manera que, solo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal las provisiones genéricas que pudieran originar reglamentos “independientes” o dar lugar a los reglamentos “delegados”²². Así mismo, son objeto de la reserva legal los derechos y garantías constitucionales (artículo 44, 40 ordinal 6, 112, 115, etc.). Esto es, la constitución establece que solo puede ser regulado por la Ley el ejercicio de los derechos individuales, sociales, económicos y políticos. Así mismo se reserva a la ley la materia de tributos, esto es, solamente pueden ser creados por ley los impuestos, tasas y contribuciones, lo cual ha sido denominado el principio de legalidad tributaria (artículo 317 de la Constitución vigente). Solo pueden ser creados por ley los institutos autónomos (artículo 142) y solo pueden ser creados los delitos y penas privativas de libertad, esto es, nadie puede ser condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente (artículo 49, ordinal 6 de la Constitución de 1999. De esta manera, el principio de la legalidad en materia sancionatoria está vinculado con la tipicidad de los delitos y conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre y en aras de la seguridad jurídica le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudiesen calificarse como delitos o faltas y, por ello, no podría la ley contener formulaciones genéricas en materia sancionatoria y dejar en manos del Ejecutivo la determinación de los hechos o conductas ilícitas, pues ello abriría la posibilidad de que en la medida en que se presenten nuevos supuestos jurídicos se establezcan hechos posteriores que originen tipos delictivos, en cuyo caso la Ley estaría delegando la potestad normativa en materia de tipificación de delitos a futuros actos de contenido normativo pero de carácter sublegal.

Por tanto, “solo se permite la delegación por parte del Legislativo en la potestad reglamentaria del Ejecutivo, para el desarrollo de los tipos sancionatorios que aquel previamente ha establecido, e incluso, se admite la norma sancionatoria únicamente cuando se trata de una discrecionalidad bastante limitada, en virtud de la cual le corresponde al Ejecutivo medir la gravedad de las conductas ilícitas con el objeto de determinar la aplicación de las sanciones previstas en la Ley”²³.

Así los reglamentos “delegados” –figura normativa no prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, que implica una ruptura al principio de jerarquía de las normas– son el producto de un proceso denominado en el derecho comparado como “deslegalización” que en palabras de los autores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández consiste en “la

²² Ver: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, caso Partido Social Cristiano COPEI, noviembre 2001 y sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, caso: José Muci Abraham, 21 de noviembre de 2001.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de justicia, Sala Constitucional de noviembre de 2001. Caso: Partido Social Cristiano COPEI

operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por la ley anterior, abre dicho tema la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración (...) de modo que pueda ser modificada en adelante por simples reglamentos” por tanto requiere una previsión normativa preferiblemente constitucional que expresamente la contemple, dado las modificaciones que implica en la jerarquía normativa. (Vid García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo 1, editorial Civitas, Madrid 1997, página 269).

De manera que las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos “delegados”, son calificadas como normas en blanco, toda vez en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y solo establecen remisiones vagas, al no tener conocimientos su destinatario de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, solo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en estos dependerá de que se configure el supuesto previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario”²⁴.

En el caso anteriormente citado observó la Sala Constitucional que al disponer la ley de Régimen Cambiario en sus artículos 2 y 6, la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional estableciera restricciones al régimen cambiario con fundamento única y exclusivamente en dicho instrumento normativo violentaba el principio de la reserva legal y separación de poderes contenidos en los artículos 117 y 118 de la Constitución derogada (136 y 137 del texto constitucional vigente) pues la legislación en materia de régimen cambiario constituye una competencia asignada al Poder Legislativo Nacional que este no puede delegar en el Ejecutivo Nacional salvo en los casos previstos en el artículo 190 ordinal 8 de la Constitución de 1961 y que hoy consagra el artículo 236 numeral 8 del texto constitucional vigente.

No obstante, lo señalado anteriormente en las sentencias destacadas del 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cambió su criterio y señaló, mediante sentencia del 17 de agosto de 2104, Caso: Henry Pereira Gorrin, que el Instituto de la Reserva Legal:

...ha sufrido cambios en la fundamentación de su funcionalidad. Así en el Estado Liberal su finalidad se basaba en obtener el consentimiento de la representación parlamentaria para regular las materias que afectaban esencialmente a los ciudadanos, en virtud de la falta de legitimación democrática del Poder Ejecutivo, representado por el monarca. Posteriormente, el paso del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y la aparición de regímenes democráticos, en los cuales el poder ejecutivo es elegido en sufragios universales y directos o en el seno del propio parlamento, produjo una alteración de los presupuestos básicos que fundamentaban la reserva legal, ya que su utilidad no puede justificarse en la oposición de límites normativos al Ejecutivo no representativo de los intereses sociales.

Por otra parte, la consagración del Estado Social de Derecho, aunado al carácter normativo de las Constituciones modernas, requiere del Poder Público la adopción de medidas que posibiliten la promoción del desarrollo económico y social, que implica la intervención estatal en la sociedad, especialmente en el ámbito económico. **Ello así, la extensión de la reserva legal a todas las materias que pudieran afectar los derechos e intereses de los particulares dificultaría el cumplimiento de la actividad estatal prestacional ordenada por la Constitución, por lo cual, esta debe limitarse a lo que la propia Norma Fundamental haya previsto al respecto, sin posibilidad de una interpretación que la extienda a todos los ámbitos de actuación del Poder Público.**

²⁴ *Ibid.*, p. 5.

En este sentido, la reserva legal adquiere hoy un significado distinto respecto de la posibilidad de que el Legislativo disponga libremente de las materias que la constitución le reserva. Así, la reserva no impide al legislador a apelar a la colaboración de normas sublegales para regular la materia reservada y esta colaboración no deja de ser una técnica de normación legítima, siempre que se mantenga dentro de los límites que esta imponga a la propia ley, pues sería absurdo pensar que la reserva de ley implica la obligación del legislador de establecer hasta sus últimos detalles la disciplina de una materia.

De este modo, la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado. Sin embargo, dicha reserva no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tales remisiones no hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinadas a la Ley, por lo que no son admisibles las llamadas “deslegalizaciones” que se traducen en cláusulas generales que dejen en manos de otros órganos del Poder Público sin directrices ni objetivos la responsabilidad de regular materias reservadas a la Ley.

A partir de esta exigencia, caben diversas gradaciones según el ordenamiento sectorial en el que se haya constituido la reserva. Así, su intensidad deberá ser mayor cuanto más directamente la regulación afecte a los derechos fundamentales. No obstante, esta intensidad decrece en aquellos casos en los cuales el ejercicio de los derechos individuales se cruza con aspectos que involucren la función social o el interés general. (resaltado nuestro).

Así las cosas, dada la sentencia dictada y el cambio de criterio, somos de la opinión que debe darse una relectura al principio de la reserva legal en el cual se haga más énfasis desde la perspectiva de protección de los derechos individuales constitucionales ya que así habrá mayor libertad, mayor desarrollo, mayor innovación, y mayor progreso. En efecto, de permitirse la limitación de la reserva legal en todas las áreas donde exista la función social se reduce al mínimo la protección de los derechos constitucionales o de suyo habrá una gran intervención a través de regulaciones del Poder Ejecutivo de carácter sublegal que limitarán sobre manera el desarrollo de los individuos y sus potencialidades, implicando la vulneración de los derechos constitucionales por los órganos administrativos del Estado. Es por ello, que debe darse mayor acento a la libertad, así como a los derechos individuales y proteger su núcleo duro o esencia para que no se vea vulnerado ni invadido por regulaciones de carácter sublegal emanadas de los órganos del Estado en virtud de la función social en el Estado Social. En otras palabras, cuando el ejercicio de los derechos constitucionales se cruce con aspectos del interés general o de “la función social” no puede hacerse nugatorio la libertad individual ni el derecho individual y hay que preservar a este último. Véase lo planteado por José Valentín González²⁵ en cuanto a la imposibilidad de que el Derecho Administrativo sea “simultáneamente un elemento reforzador de los poderes del Estado y un elemento de protección de los derechos de los particulares frente a los abusos del poder estatal”. En efecto, pensamos que es cuestión de acentos, que dependerá de cada caso, pero que el norte debe ser la protección de los derechos individuales constitucionales, porque allí está la base del progreso y del desarrollo. Por otra parte, la aplicación del Estado Social y la función social y el cumplimiento de la actividad prestacional por parte de la Administración Pública no puede

²⁵ José Valentín González, “Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo”, p. 12.

hacer nugatorio, ni eliminar los derechos individuales, la libertad y el núcleo duro de los mismos y allí debe prevalecer la protección del derecho, otra lectura implicará un estado totalitario, socialista, comunista, que no respeta los derechos individuales ni la libertad²⁶. Ello tiene particular relevancia en cuanto a la reserva legal si se cruza el ejercicio de los derechos individuales con aspectos de la función social o del interés general en ningún caso puede vulnerarse el núcleo duro o esencia de los derechos individuales y se debe respetar la intensidad normativa mínima de la ley, lo contrario delegar todo al Ejecutivo constituye una degradación y desnaturalización de la reserva legal y una violación de las normas constitucionales que protegen la libertad y los derechos individuales.

De igual manera la aplicación del Estado social no puede estar divorciado ni separado del Estado de Derecho, ni de la norma jurídica como lo han pretendido algunas sentencias por ejemplo las que citamos de seguidas sentencias emanadas de la Corte Segunda de lo contencioso Administrativo:

Sentencia N° 2010-34 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dictada en fecha 18 de abril de 2011, con ponencia del Juez Emilio Ramos González. Expediente N° AW42-X-2010-000034. (Caso Econoinvest Casa de Bolsa, C.A. contra Superintendencia Nacional de Valores):

En ese sentido, la **propia Ley admite la intervención y sustitución, la cual tiene fundamento en el Estado Social, lo que implica –en términos reales y no meramente en un carácter enunciativo– de un conjunto de acciones o de acciones comunes engendradas por el Estado con un propósito de inmisión e intervención en la vida social de la colectividad**. En tal sentido, lo que resulta la regla en el Estado liberal, vale decir, la inhibición y censura de la inherencia e inteligencia del Estado en ciertas actividades de la vida social, se ha transfigurado y mutado desde su núcleo, con lo cual se ha producido bajo el imperio de la declaración de una igualdad material, la reestructuración –desde la fuente– de los valores, principios y dogmas que en el mismo se fundían.

(...)

Por tal motivo, y en el entendido que el procedimiento de intervención es especial y que no rigen las reglas que gobiernan a los procedimientos administrativos, **señalar como lo hiciera la parte recurrente, que ha debido otorgársele una oportunidad para defenderse de unas presuntas imputaciones, implicaría una desfragmentación antes y durante el procedimiento de intervención**. Es decir, luego que la Comisión Nacional de Valores ejecute sus labores de dirección y supervise a la Casa de Bolsas, y evalúe la situación patrimonial y operativa de la casa de bolsas, emitirá un informe, que reportará los hallazgos o revelaciones encontradas, permitiendo valorar la imposición de medidas administrativas, con fundamento en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Capitales.

(...)

Por tal motivo, considera esta Corte que el *fumus bonis iuris* no se halla cubierto por el simple alegato de que: (i) el procedimiento de intervención nunca se refirió en cuanto a una supuesta violación de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, y (ii) del hecho que la Comisión Nacional de Valores **no otorgó audiencia que le garantizara el ejercicio de su derecho a la defensa, por una investigación por presuntos hechos tipificados**

²⁶ Juan Ramón Rallo, ob. cit. p. 156. Quien señala como tercera característica del Estado Limitado los límites formales, pesos y contrapesos, y sostiene: “siempre que el poder que los ciudadanos han delegado para ser gobernados y para proteger sus propiedades se utiliza para otros fines como empobrecer, intimidar o someter a los súbditos a los mandatos arbitrarios y abusivos de quien los ostenta, ese gobierno se convierte en tiranía, tanto si se halla en manos de una sola persona o de muchas”.

como delitos en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, toda vez que, ello implicaría una desfragmentación del procedimiento de intervención en tantos hallazgos se evidencien dichos procedimientos, y por otra parte, en los procedimientos de intervención, al no regir las reglas de los procedimientos ordinarios, las mismas comenzarán y concluirán ininterrumpidamente, con las medidas necesarias que a bien disponga la Superintendencia Nacional de Valores... (resaltado nuestro).

Sentencia N° 2008-524 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dictada en fecha 02 de agosto de 2012, con ponencia del Juez Alejandro Soto Villasmil. Expediente N° AP42-N-2008-000524. (Caso Compañía Panameña de Aviación, S.A. (Copa Airlines) contra Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia).

(...) De tal manera, que a juicio de esta Corte, si bien la competencia se vislumbra como una Institución nacida bajo el esquema de Estado liberal, su estudio no puede circunscribirse a las dimensiones de este, o sea, **si bien la competencia se mantiene como elemento regulador del ejercicio del poder público dentro del Estado Social de Derecho, la misma debe atenerse a la justicia material, es decir, solo si la incompetencia es burda, evidente o grosera, tal y como lo ha señalado la Sala Político Administrativa, se produciría la nulidad absoluta del acto, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.** (Subrayado nuestro)

En efecto, cuando se pretende satisfacer el interés general hay que cumplir los procedimientos, el derecho a la defensa, respetar los derechos económicos, el derecho al debido proceso, la audiencia del interesado y las normas atributivas de competencia y no “saltarse” dichas normas so pretexto del cumplimiento del Estado Social. Es injustificable y contrario a derecho, así como violatorio de los derechos constitucionales individuales, no otorgar audiencia de interesado en un procedimiento de intervención (caso *Econoinvest*) o así mismo justificar la dirección del procedimiento de sustanciación y decisión del procedimiento por un mismo funcionario con la excusa del Estado Social (Caso *Copa Airlines*), cuando la propia ley escindía la fases de sustanciación de la fase de decisión debiendo ser realizadas por funcionarios distintos a los fines de la imparcialidad administrativa y del debido proceso.

Así mismo, la relectura de la reserva legal debe tener como ámbito no solo no permitir “delegaciones en blanco o deslegalizaciones” sino igualmente no permitir la afectación del núcleo duro de los derechos constitucionales todo ello en protección o salvaguarda de los mismos. Esto es: no permitir que en áreas de interés general o de “función social” se permita la lesión del núcleo central de los derechos constitucionales.

Por tanto, en nuestra opinión, cuando se trate de la normación de materias técnicas complejas económica o financieras que se cruce el interés general y el ejercicio de los derechos individuales, debe dejarse en el ámbito del Poder Legislativo –en nuestro caso de la Asamblea Nacional– ya que para ello en los parlamentos modernos existen oficinas técnicas especializadas²⁷, asesorías altamente calificadas para el desarrollo profesional y técnico y no delegar ni encomendar a otro poder, como por ejemplo el Ejecutivo, más aun cuando se puede tratar de la afectación de derechos constitucionales individuales y de la libertad. En efecto, muchas veces acontece en la práctica que esas” regulaciones técnicas” se transforman en verdaderos reglamentos delegados o independientes lo cual lesiona la libertad y los derechos constitucionales.

²⁷ Como en efecto existió en el Congreso de la República de Venezuela la Oficina de asesoría Económica y Financiera la cual cerrada por el expresidente Chávez en el año 2004.

III. DE LA VULNERACIÓN DE LA RESERVA LEGAL Y SU DEGRADACIÓN MEDIANTE LA CREACIÓN DE DELITOS, PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y TRIBUTOS MEDIANTE DECRETOS LEYES Y LA NECESARIA RELECTURA DE DICHO INSTITUTO CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO LIBERAL

1. Creación de delitos, penas privativas de libertad y tributos mediante Decretos Leyes

Otra problemática en el caso venezolano es la práctica reiterada de los últimos 20 años de invadir las materias objetos de reserva legal y lesionar los derechos constitucionales y la libertad al permitir que mediante decretos leyes se creen delitos y penas privativas de la libertad, así como tributos²⁸ y ello vulnera el contenido constitucional de la reserva legal, ya que dichas materias solo deben ser reguladas por la ley por propias previsiones de la Constitución siguiendo el procedimiento de formación de las leyes (202 y ss. de la CRBV). Con esta práctica se irrespeta así mismo la legitimidad democrática, dado que deben ser emanadas dichas leyes por el Poder Legislativo, por los diputados legisladores representantes del pueblo y no por funcionarios del Poder Ejecutivo. Al crearse por decretos emanados del Presidente de la República delitos, penas privativas de la libertad y tributos se vulneran los derechos de los ciudadanos, se vulnera y degrada el ámbito y materias reservadas por la constitución a la ley. Así en los términos de Bastiat ocurre una expropiación legal al prever tributos mediante decretos afectando la renta de las empresas para dárselos al fisco o se priva de libertad a individuos por delitos previstos en decretos leyes vulnerándose la reserva legal.

De esta forma creemos indispensable una relectura del principio de la reserva legal, desde la perspectiva de protección de los derechos individuales –originados en las revoluciones de Estados Unidos de América y la revolución francesa²⁹– y que solo mediante ley puedan crearse los delitos, las penas privativas de libertad y los tributos.

2. Creación de delitos –mediante Decretos Leyes– que no lesionan los derechos individuales

Así mismo, como lo ha destacado la doctrina de derecho comparado³⁰ “muchos delitos habitualmente tipificados en los Códigos Penales no presuponen violaciones a derechos individuales concretos, y esto se ve, sobre todo, en lo que ha dado en llamar Derecho Penal Económico, que es una herramienta del Estado para llevar adelante ciertas políticas económicas, cuyo cumplimiento asegura con la amenaza de una pena para acciones particulares que, en definitiva, no significan violar los derechos de nadie.”. esta tipificación se ha verificado en Venezuela en diversas leyes y decretos leyes como por ejemplo la Ley de Ilícitos Cambiarios y el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, que han establecidos “delitos y penas”, contrabando de extracción (artículo 57 del Decreto Ley Orgánica de Precios Justos), acaparamiento (artículo 52 Decreto Ley

²⁸ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras, publicada en Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015, cuyo objeto es la creación de un impuesto que grava las grandes transacciones financieras.

²⁹ Véase, Allan Brewer Carías, “Reflexiones sobre la Revolución Americana y la Revolución Francesa y sus aportes al Constitucionalismo Moderno”, en: *Cuadernos de la Catedra Brewer Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 15 ss.

³⁰ Ricardo Manuel Rojas, “El poder represivo del Estado: ¿se justifica la existencia del derecho penal?”, en: *Themis: Revista de Derecho*, N° 35, 1997, pp. 109 ss.

Orgánica de Precios Justos), desestabilización de la economía (artículo 54 Decreto Ley Orgánica de Precios Justos) corrupción entre particulares (artículo 63 Decreto Ley Orgánica de Precios Justos) y especulación (artículo 49 Decreto Ley Orgánica de Precios Justos) que muchas veces no han violado los derechos de persona alguna y son considerados delitos y se establecen penas privativas de libertad, en contraste, los funcionarios públicos que menoscaban los derechos individuales aplicando el Decreto Ley impidiendo en efecto, el desarrollo y ejercicio de la libertad económica y violando los derechos de propiedad no son castigados por sus crímenes³¹.

IV. LA PLANIFICACIÓN CENTRALIZADA A TRAVÉS DE LA LEGALIDAD SOCIALISTA ES INCONSTITUCIONAL Y VULNERA LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS

Ya hemos señalado que la constitución de 1999 vigente no ha previsto una economía socialista y que tal pretensión fue rechazada por referendum popular de 2007. No obstante, el modelo que se ha establecido mediante decretos leyes, creando la Comisión Central de Planificación³² así como el dictado del Plan de la Patria que se la pretendido revestir de carácter de ley cuando en realidad no reúne las características de una ley³³ así como una serie de leyes y decretos leyes, por ejemplo la Ley de Régimen Cambiario y sus ilícitos³⁴, el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, entre otros, han ido estableciendo un tejido normativo contrario al previsto en la Constitución, que vacía de contenido a los derechos constitucionales, estableciendo controles de precios denominados “precios justos” fijados y determinados por la administración (SUNDDE) y no a través de la leyes del mercado demanda y oferta e imponiéndose así dichos precios para una cantidad de bienes y servicios a su vez determinados por el Poder Ejecutivo nacional y sus órganos administrativos. Así como lo ha destacado Hayek: “...la eliminación del mercado como mecanismo rector implica su sustitución por un sistema de dirección estatal”³⁵, lo cual conduce en definitiva a una planificación centralizada, la cual vacía de contenido los derechos económicos de los particulares, estrangula las libertades económicas (derecho de libertad económica y propiedad) y con lleva al totalitarismo.

En efecto, como lo ha indicado Hayek: “La mejor manera de estancar el progreso consiste en imponer coactivamente incluso los mejores procedimientos en cada momento disponible”³⁶ a través de la dirección y control estatal.

³¹ En este sentido, *Ibid.*, p.114. Distingue: “el crimen, como un hecho filosófico, puede ser definido como toda violación a un derecho individual concreto.” Mientas que el delito es cuando una ley prevé una pena para su autor.

³² Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.604, 28 de enero de 2011.

³³ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.442 Extraordinario, 3 de abril del 2019: Ley Constituyente del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025. Véase nuestras críticas al Plan de la Patria en cuanto a su carácter de Ley en “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, la Limitación del Margen de Ganancias sobre la Estructura de Costos” en: *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa Complementaria*, FUNEDA, Caracas, 2014, p. 13.

³⁴ Publicado inicialmente en la Gaceta Oficial 6.126 Extraordinario, 19 de febrero del 2014. Derogada por Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos publicada en Gaceta Oficial N°41.452, 2 de agosto del 2018,.

³⁵ Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 9ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2015, p. 1367.

³⁶ *Ibid.*, p. 1416.

Ese sistema de dirección estatal vulnera la Constitución y su artículo 2 y constituye una planificación central la cual es inconstitucional porque desnaturaliza y desconoce los derechos económicos de los individuos (derecho de libertad económica previsto en el art. 112 de la CRBV y en el artículo 115 del derecho de Propiedad de personas naturales y jurídicas, empresas y agentes económicos resultando en mucho casos dichas empresas ocupadas administrativamente, expropiadas, sancionadas pecuniariamente o determinando e imponiendo sus precios a través de la figura de “precios justos” o “Precios Acordados”, basándose en una estructura de costos impuesta en cuanto a sus componentes y regulada por la Superintendencia Nacional de Derechos Socio Económicos (SUNDDE). Ello implica así un intervencionismo estatal y un sistema de economía planificada como lo ha señalado L. Von Mises con tendencia dictatorial y antidemocrática³⁷, que impone –desde nuestra perspectiva– una socialización de la economía a través de la dirección estatal, prevista en decreto leyes, que degradan la reserva legal y que se impone de igual manera un modelo de sociedad socialista desde las máximas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional³⁸.

Sustituyéndose así mismo, a través de esa intervención económica, la soberanía del consumidor y su posibilidad de elegir entre variados y diversos productos por una dirección estatal planificada, donde el Ejecutivo Nacional (SUNDDE), impone los productos y sus precios, en sustitución del mercado³⁹.

Así ha señalado Hayek que:

No hay exageración en decir que si hubiéramos tenido que confiar en la planificación centralizada directa, para el desarrollo de nuestro sistema industrial, jamás, habría este alcanzado el grado de diferenciación, complejidad y flexibilidad que logró⁴⁰.

Es elocuente lo señalado por Von Mises en cuanto a los efectos de los controles de precio, situación por cierto que ha ocurrido en Venezuela en los últimos años en cuanto a la afectación de los derechos económicos de libertad, propiedad y producción. En efecto, Mises señala un ejemplo típico del efecto negativo del control de precios:

Si el gobierno desea que las madres pobres obtengan más leche para sus hijos, debe comprarla al precio del mercado y venderla a un precio menor, absorbiendo la pérdida, la que puede ser cubierta con el importe de los impuestos. Pero si el gobierno, simplemente fija el precio de la leche a un nivel inferior al que prevalece en el mercado, la consecuencia será contraria a los fines propuestos, porque los productores marginales, a fin de evitar las per-

³⁷ Ludwig von Mises, *Socialismo*, 3ª ed., Buenos Aires, 1989, pp. 544 ss.

³⁸ Véase el conjunto de leyes del Estado Comunal de 2010 como se impone desde el Poder Ejecutivo Nacional, desde el poder central e incluso las directrices y recursos son enviados y direccionados desde el Poder Ejecutivo y el Ministerio para las Comunas. Ley Orgánica del Poder Popular (LOPP), Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular (LOPPP), Ley Orgánica de las Comunas (LOC), Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LOSEC), y Ley Orgánica de Contraloría Social (LOCS), todas publicadas en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario, 21 de diciembre de 2010.

³⁹ Friedrich Hayek, ob. cit., p. 72. Ya este autor había criticado: “Es un hecho revelador los escasos que son los planificadores que se contentan con decir que la planificación centralizada es deseable. La mayor parte afirma que ya no podemos elegir y que las circunstancias nos llevan fuera de nuestra voluntad a sustituir la competencia por la planificación, se cultiva deliberadamente el mito de que nos vemos embarcados en la nueva dirección no por nuestra propia voluntad, sino por los cambios tecnológicos, a los que no podemos dar vuelta ni queremos evitar, han eliminado espontáneamente la competencia”. Situación esta, que luego el citado autor desvirtúa señalando que los monopolios no solo derivan de los bajos costes por los cambios tecnológicos, sino que dependen de diversos factores, como las confabulaciones aunado al fomento de las políticas oficiales.

⁴⁰ *Ibid.* p. 79.

didadas consecuentes, se retirarán del negocio de la producción y venta de leche y dedicaran sus vacas a otros propósitos más lucrativos⁴¹.

De tal manera que, la eliminación del mercado como sistema rector, para un conjunto de bienes determinados por la administración pública, sustituida por uno de dirección estatal, efectuada mediante el decreto Ley Orgánica de Precios Justos mediante los precios justos y/o luego por los precios acordados⁴², menoscaban los derechos constitucionales de los ciudadanos.

V. DE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA RESERVA LEGAL Y LA CREACIÓN DE DELITOS Y PENAS MEDIANTE DECRETOS LEYES

Así mismo, el Instituto de la Reserva Legal ha sido reinterpretado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia de fecha 17 de agosto de 2004 sobre el Régimen Cambiario, caso: Henry Pereira Gorrin bajo la tesis de la “funcionalidad” de la misma que la limita y permite la intervención o incidencia del Poder Ejecutivo en el ámbito de la materia legal, desnaturalizándose la misma y perdiendo su sentido.

Así, cuando mediante la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia en sala Constitucional se permite la Delegación al Ejecutivo nacional para precisar o determinar los parámetros económicos o financieros de determinadas normativas de rango legal se flexibiliza la materia de la reserva legal, limitando así los derechos económicos de los ciudadanos.

La Reserva Legal no puede desnaturalizarse a través de leyes y menos aún de “decretos leyes” (que no son leyes sino actos con fuerza y rango de ley), que bajo la “cubierta o barniz legal” reducen el contenido y núcleo duro de los derechos constitucionales, constituyendo así una expoliación, en los términos señalados por Bastiat. En efecto, bajo el sofisma de que son decreto leyes se reduce el núcleo duro o espacio de los derechos constitucionales. Incluso se crean delitos económicos (acaparamiento, usura, especulación), mediante decretos leyes que vulnera la materia de la reserva legal como lo constituye que solo mediante ley formal emanada de la Asamblea Nacional –órgano recipiendario de la legitimidad democrática– se pueden crear delitos y penas conforme al artículo 49 ord. 6 de la Constitución. Así, en vez de la ley constituir un instrumento para la organización del derecho individual de legítima defensa y el obstáculo o freno a su violación o a la violación de los derechos, se convierte en un instrumento para castigar a los ciudadanos o reducir el núcleo duro de los derechos.

De tal manera que hay que colocar el énfasis en la protección de los derechos de los particulares y no permitir que se creen delitos y penas privativas de la libertad mediante decretos leyes ya que ello vulnera el principio de la reserva legal y el derecho al debido proceso.

CONCLUSIÓN

La ley y los decretos leyes se han separado de su finalidad y objeto. Así, se ha verificado una “degradación” y “desnaturalización” “del instituto de la reserva legal,

⁴¹ Ludwig von Mises, ob. cit. p. 545.

⁴² Estos últimos establecidos mediante la Ley Constitucional de Precios Acordados dictada por la Asamblea Nacional Constituyente publicada en la Gaceta Oficial N° 6.342 Extraordinario de fecha 22 de noviembre de 2017, ley inconstitucional, írrita, con incompetencia de rango constitucional y usurpadora de las funciones legislativas propias de la Asamblea Nacional.

previéndose la “legalidad socialista”, que reduce y desconoce los derechos constitucionales de los particulares y viola la constitución. Por ello planteamos volver a una relectura del principio de la legalidad y de la reserva legal, colocando el acento en la protección de los derechos constitucionales individuales y de su núcleo duro, lo cual no puede ser desconocido o vulnerado por “la función social” o “interés general” so pena de la violación de la Constitución y del propio reconocimiento de los derechos individuales entre ellos el derecho a la libertad y a la propiedad.

CONTENIDO MATERIAL Y LÍMITES DEL DEBER RESTITUTIVO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

Juan Manuel Raffalli A.*

SUMARIO

Introducción. II. Origen y evolución del deber reparatorio del orden constitucional. III. Justificación. IV. Contenido material y límites. 1. Límites Materiales. A. Derecho a la vida. B. Derecho a la salud y a la alimentación. C. Derecho a no ser sometido a torturas y tratos inhumanos ni a desaparición forzosa. D. Derecho al respeto de los derechos humanos por parte de los detenidos. E. Derecho a la comunicación con familiares y defensores. F. Derecho al debido proceso en todos sus postulados. G. Derecho a la libertad de expresión e información. H. Integridad e independencia de la República. 2. Límites temporales. V. El estatuto que rige la transición a la democracia, como referencia.

INTRODUCCIÓN

Una de las facetas más conocidas y exitosas del apreciado Pedro Nikken, además de la presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y sus contribuciones en el marco de la ONU, fue la de amigable componedor en conflictos políticos dentro y fuera de Venezuela. Su participación como parte del equipo de Álvaro de Soto y los negociadores salvadoreños, en la salida negociada del conflicto político en El Salvador, fue crucial para la firma de los Acuerdos de Paz de Chapultepec de 1992¹. En los últimos años lo desvelaba la crisis institucional, política y social venezolana, por ello dedicó esfuerzos consistentes e incansables por lograr una salida pacífica a dicha crisis promoviendo lineamientos; sugiriendo vías; realizando procedimientos públicos; e incluso haciendo política real y activa al tratar de influir en los actores principales y concretar encuentros entre partidarios de las distintas posiciones. Cuando Venezuela finalmente retome el camino de la estabilidad y la sustentabilidad democrática, habrá que recordar siempre los aportes sensatos, útiles y oportunos del querido Pedro Nikken.

* Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y de Derecho Constitucional en la Universidad Monteávila. Asesor de los Equipos de Negociación Política para la crisis venezolana en los procesos de 2002, 2017 y 2019.

¹ Salvador Samayoa, “Un Bastión en la Batalla por la Paz”, en: *El Salvador.com*, 12 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.elsalvador.com/opinion/editoriales/un-bastion-en-la-batalla-de-la-paz/667944/2019/> Consultada en fecha 10 de noviembre de 2020.

La crisis integral venezolana a la que no referimos como causa de sus desvelos, se encuentra atravesada horizontal y verticalmente por un mal terrible, la defraudación del orden constitucional desde el poder para preservar su ejercicio. Esta defraudación ha degradado la institucionalidad y en especial el funcionamiento sistemático de los poderes públicos conforme a la constitución. El acceso o la permanencia en el poder sin un proceso electoral legitimador; y la inaceptable arremetida judicial contra las funciones y competencias del parlamento nacional, han roto el esquema de alternancia democrática y separación funcional de los poderes públicos.

La inexistencia de un proceso electoral auténtico que legitimara el ejercicio de la Presidencia de la República para el 5 de enero de 2019, fecha de inicio del sexenio constitucional, llevó al Presidente de la Asamblea Nacional Diputado Juan Guaidó, a asumir la condición de Presidente encargado de la República presentando su juramento ante la Asamblea Nacional el 23 de enero de 2018, con base precisamente en el artículo 233 de la constitución, conforme al cual: “Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional”. Pero más aún, la Asamblea Nacional asumiendo que se produjo una alteración grave del orden constitucional, no solo en cuanto al ejercicio de la presidencia de la República, sino también respecto al ejercicio de sus propias funciones constitucionales, como Poder Legislativo, dictó en fecha 5 de febrero de 2019 el Estatuto que rige La Transición Democrática para Reestablecer la Vigencia de la Constitución. Este instrumento normativo como lo señala su propio título tiene entre otros fundamentos, el artículo 333 de la constitución que contiene precisamente la obligación o deber de colaboración de todos los ciudadanos revestidos o no de autoridad, en la restitución de la vigencia de la constitución.

Ahora bien, surgen muchas preguntas relacionadas con ese deber restitutorio; por ejemplo, su justificación, su naturaleza, sus efectos y sus límites. A estos temas dedicaremos dentro las limitaciones del espacio disponible, nuestra contribución a esta publicación *in memoriam* del apreciado y recordado Pedro Nikken.

I. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

A título de contextualización, debemos comenzar por referirnos sin demasiados detalles, al tema básico de la supremacía de la constitución y su defensa. La concepción positiva del texto constitucional ha sido reconocida desde los propios orígenes del constitucionalismo derivado de las luchas por transformar las monarquías feudales y absolutas por monarquías parlamentarias, sujetando el poder político monárquico a la observancia de los preceptos que recogen y garantizan el derecho de los pueblos. Luego de la segunda guerra mundial, la asunción de la norma constitucional no solo como instrumento político reivindicativo o ideológico, sino como norma de derecho positivo aplicable a todos los individuos de manera directa, adquirió aún más relevancia produciéndose lo que Louis Favoreu denominó el “redescubrimiento” del carácter positivo de la constitución, reconocido y aceptado por autores de la talla de García Pelayo, García de Enterría, Capeletti y Brewer Carías².

² Allan R. Brewer Carías, “La actividad administrativa y su régimen jurídico”, (Ponencia para las II Jornadas de Derecho Administrativo de Valencia, sobre El Contenido de la Actividad Administrativa, Fundación Estudios de Derecho Administrativos (FUNEDA), Instituto de Estudios Jurídicos

Debemos incluso mencionar que esa supremacía que ubica a la norma constitucional sobre todas las demás, hoy en día engloba lo que se denomina el Bloque de la Constitucionalidad, es decir aquellas normas e instrumentos que, sin estar directamente incluidos dentro del texto constitucional, conforman el entramado de mayor rango y preferente aplicación del ordenamiento jurídico en el Estado de Derecho. Así se desprende del artículo 23 de la constitución vigente, el cual confiere jerarquía constitucional, prevalencia en el orden interno y hasta aplicación preferente, a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela. Representando esta contribución un tributo a la memoria de Pedro Nikken, no podemos dejar de señalar que su hija Claudia, ha sido de las autoras que con más claridad ha explicado la aceptación e integración en Venezuela del denominado Bloque de la Constitucionalidad que engloba las fuentes del derecho constitucional³, el cual incluye entre otros a todas las fuentes de Derecho Constitucional y comprende *grosso modo*, la propia constitución y su Enmienda N° 1 del 19 de febrero de 2019, los Tratados y Acuerdos Internacionales supranacionales, los relativos derechos humanos, las constituciones estatales, e incluso las normas de carácter orgánico, como la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que organiza el Poder Legislativo en los Municipio, como bien apunta el profesor Sánchez Falcón en sus notas sobre el trabajo de la profesora Nikken al concluir que la autora concreta en dicho Bloque, un visión amplia todas las fuentes del Derecho Constitucional, incluso la jurisprudencia del Tribunal Suprema de Justicia y de los Tribunales Supranacionales⁴.

El orden que deriva de la supremacía y observancia de la constitución e incluso del Bloque de la Constitucionalidad, como entramado normativo de rango superior, hace viable la convivencia social, el ejercicio de la libertad, el reconocimiento de los derechos ciudadanos, la organización y delimitación funcional de los poderes públicos, e incluso, la posibilidad de alcanzar los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 3 de la constitución de 1999, es decir, empleando los mismo términos de dicha norma, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad; el ejercicio democrático de la voluntad popular; la construcción de una sociedad justa y amante de la paz; la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la propia constitución.

del Colegio de Abogados el Estado Carabobo, Valencia). Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.479.pdf>. Consultada en fecha 10 de noviembre de 2020.

³ Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho constitucional y la interpretación Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana / Centro para la Integración del Derecho Administrativo. Colección Monografías N° 10, Caracas, 2018, p. 226.

⁴ Enrique Sánchez Falcon, “Breve nota sobre el reciente libro de Claudia Nikken”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 12, Caracas, 2019, pp. 333-336. “En su criterio, el bloque de la constitucionalidad encerraría a todas las fuentes de Derecho Constitucional (p. 82) y comprendería la Constitución elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente, publicada el 24 de marzo de 2000; la Enmienda N.º 1, publicada el 19 de febrero de 2009; las constituciones de los estados y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en cuanto se refiere a la distribución del poder público y al ejercicio del poder legislativo a ese nivel; los tratados relativos a organizaciones supraestatales o supranacionales y, eventualmente, algunos actos normativos adoptados por dichos órganos; los tratados sobre derechos humanos; los principios y valores constitucionales; y, en fin, la jurisprudencia vinculante que emane del Tribunal Supremo de Justicia y aquella de los tribunales y órganos supraestatales que tienen por función interpretar de manera auténtica los tratados que regulan su funcionamiento, como el caso del Comité de Derechos Humanos de la ONU (pp. 143 y ss.). Como puede apreciarse, se trata de un criterio que coincide con lo que deberíamos llamar una noción amplia de las fuentes del Derecho Constitucional”.

Los mecanismos para defender la supremacía de la constitución y garantizar su cumplimiento, se adjudicaron en las monarquías parlamentarias, fundamentalmente a los factores políticos representativos, especialmente luego de las revoluciones europeas que conquistaron y consolidaron el poder parlamentario y en consecuencia de los factores políticos agrupados en el poder legislativo, pues la ley era el instrumento natural para alcanzar la efectividad de la constitución. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, las experiencias de parlamentos al servicio de regímenes abusivos y totalitarios, como por ejemplo el fascismo y el nazismo, dejó en evidencia que el control político de la supremacía y defensa de la constitución, podía ser ineficaz e inconveniente, por lo cual, luego de la segunda guerra mundial, comenzó la consolidación del sistema de justicia constitucional que confiere al Poder Judicial el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos incluyendo las leyes, sin eliminar ni desconocer los mecanismos de acción que se ubican en el terreno de la política cuyo norte sea la defensa de la constitución como ley suprema.

Estas gruesas pinceladas sobre la defensa del orden constitucional precisamente tienen por objeto ubicarnos en el deber que impone la constitución a todos los ciudadanos y no solo a quienes ejercen funciones políticas o cargos de autoridad, sino al ciudadano en general, de colaborar en el restablecimiento de la constitución cuando esta haya perdido su vigencia, es decir, cuando los mecanismos que aseguran la aplicación efectiva de la constitución como norma positiva, y principalmente el control jurisdiccional, no son capaces de lograr ese objetivo. A no dudar entonces, este mandato de colaboración restitutoria que la propia constitución impone a los ciudadanos en general es el mecanismo que *in extremis* la misma contempla para su autodefensa desde la sociedad misma que le dio vida y legitimidad.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DEBER RESTITUTIVO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

Aún y cuando este deber dirigido a todos los ciudadanos no encontrara consagración expresa en el texto constitucional hasta el año 1961, estimamos que la interpretación progresiva del texto constitucional y su imperatividad implícita⁵, son bases sólidas para considerar que, con o sin norma constitucional que lo consagre, el deber de colaborar con la restitución del orden constitucional es consustancial con el ejercicio de la ciudadanía y por ello abarca no solamente a quienes se encuentran ejerciendo funciones públicas o posiciones de autoridad.

Podría afirmarse incluso que las Constituciones venezolanas desde la de 1925 han incluido el deber general de defensa de la patria y obediencia a la constitución lo que, de alguna manera implica defender la constitución como pacto social básico sin el cual es impensable la patria y la sociedad. Pero realmente, el mandamiento general de colaboración restitutoria del orden constitucional no tiene antecedentes expresos antes de la constitución de 1961 que incluyó un título expreso, el XI denominado de la Inviolabilidad de la Constitución en el cual está ubicado el artículo 250 que dispo-

⁵ Corte Suprema de Justicia. Corte Federal y de Casación, sentencia del 4 de marzo de 1941, citada por Allan Brewer Carías, en: *De la Defensa de la Constitución*. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Monografías Jurídicas N° 21, Caracas, 1982, p. 18: “La Constitución contiene en sí todos los instrumentos necesarios para su defensa, bien porque aparezcan expresamente acordados a los Poderes Públicos, bien porque ellos deban considerarse conferidos por necesaria y genuina implicación de aquéllos”. Citada por Carlos García Soto, Disponible en: <https://historico.prodavinci.com/blogs/como-fue-el-proceso-constituyente-de-1999-por-carlos-garcia-soto/>. Consultada en fecha 18 de noviembre de 2020.

ne la supervivencia de la constitución y el deber de todo ciudadano de contribuir en su restitución, en los siguientes términos:

Artículo 250: Esta constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Serán juzgados según esta misma constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así como los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

Como se puede apreciar en su segundo párrafo, este artículo establece una presunción de culpabilidad y riesgo de ser sujeto pasivo de penas aplicadas conforme a la ley, a los ciudadanos que integren gobiernos subsecuentes a la ruptura constitucional, pero dejando a salvo una sola excepción, que precisamente es la contribución efectiva del ciudadano señalado al restablecimiento del “imperio de la constitución”, con lo cual este deber de colaboración además representa una eximente de responsabilidad política y legal en los términos del artículo 250 de la constitución de 1961.

Nótese que esta norma fue la recurrente esgrimida en las intensas polémicas que surgieron a raíz de las sentencias de 1999 de la Corte Suprema de Justicia mediante las cuales se resolvieron dos recursos de interpretación sobre la posibilidad de convocar a un Referéndum Consultivo que avalara la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la constitución de 1961⁶. Las sentencias no fueron enfáticas ni claras pero de su contenido se infirió que ante el muy posible resultado favorable al recién electo Hugo Chávez cuya oferta electoral victoriosa fue precisamente la conformación de una Constituyente que redactara una nueva constitución, los Poderes Públicos y concretamente el Congreso, deberían generar el vehículo formal para que se concretara la voluntad del pueblo consultado, lo cual entrañaba riesgos que a la postre se concretaron⁷. Ese vehículo al final no provino del Poder Legislativo sino que el mismo Presidente Chávez mediante su Decreto N° 3 de fecha 2 de febrero de 1999, sin modificar la constitución de 1961, convocó al referéndum consultivo echó andar el proceso constituyente que culminó con la

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 19 de enero de 1999. Recurso de interpretación. Art. 181 de la Ley de Sufragio y Participación Política. “Esta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que si es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo”.

⁷ Carlos García Soto, “¿Cómo Fue el Proceso Constituyente de 1999?”: “De tal manera, lo que podía concluirse de las sentencias *Referendo Consultivo I y II* era que (i) el pueblo podía expresar su opinión acerca de la Asamblea Nacional Constituyente mediante un referendo consultivo, (ii) de esa manifestación de voluntad podía derivarse un mandato político los Poderes Públicos para que establecieran un mecanismo institucional que permitiera convocar un proceso constituyente, pero (iii) la soberanía popular no podía estar limitada por los Poderes Públicos”, en: *Prodavinci*, 20 de mayo de 2017. Disponible en: <https://historico.prodavinci.com/blogs/como-fue-el-proceso-constituyente-de-1999-por-carlos-garcia-soto/>. Consultada en fecha 18 de noviembre de 2020.

promulgación de la constitución del año 1999. Con el aval de sentencias posteriores de la Corte Suprema de Justicia que impuso algunos correctivos en cuanto a la aprobación de las Bases Comiciales para elegir a la Asamblea Nacional Constituyente⁸.

El proceso antes reseñado, en nuestro parecer realmente nunca puso a prueba el mandato de colaboración en la restitución constitucional contenido en el artículo 250 de la constitución de 1961. Afirmamos lo anterior por cuanto no se concretaron actos violentos o de fuerza contra la vigencia de la constitución pues incluso el levantamiento militar previo fue sofocado sin que la constitución perdiera vigencia; tampoco se instauró un Gobierno a partir del quiebre de la constitución que parecían ser los supuestos de más clara aplicación de dicho artículo. Incluso lo que podía ser discutible que era la transformación del orden constitucional por una vía no prevista en la constitución de 1961, al final pasó por la expresión popular de los ciudadanos, no tanto en el Referéndum Consultivo que abrió las puertas a una Asamblea Nacional Constituyente, sino también en las propias elecciones presidenciales pues la oferta electoral de Hugo Chávez fue claramente la sustitución de la constitución y esa propuesta fue avalada ampliamente por el voto popular, más allá de lo haya derivado de ese proceso y cómo se materializó la elección de la Asamblea Nacional Constituyente.

Pero aun habiéndose derogado la constitución de 1961, la norma contenida en su artículo 250, en la parte correspondiente al deber ciudadano de colaborar con la restitución del orden constitucional, pervivió y se encuentra contenida en el precitado artículo 333 de la constitución vigente, pero de manera más concreta, en los términos siguientes:

Artículo 333: Esta constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

A no dudarlo se trata de una reiteración del deber que la constitución impone a la ciudadanía en general en el sentido de colaborar, en el restablecimiento pleno de la constitución. Pero la constitución de 1999 fue más allá y en su artículo 350, ha impuesto a los ciudadanos otro deber, nada menos que desconocer cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos⁹. En nuestro parecer se trata de dos normas cuyos supuestos de aplicación son distintos, el 333 opera cuando la constitución pierde vigencia efectiva por actos de fuerza o es derogada por medios no previstas en ella, mientras que la segunda supone la existencia de leyes, regímenes o autoridades que incluso bajo el imperio de la constitución pretendan menoscabar su valores y principios superiores incluyendo los derechos humanos, vale decir supone el ejercicio del natural de la sociedad a oponerse a la opresión y a la agresión a sus derecho humanos. En este supuesto el deber es el desconocimiento representado en el repudio o rechazo al régimen, autoridad o legislación que agrede la constitución, mientras en el artículo 333 ese deber supone una actitud proactiva de los ciudadanos en la restauración constitucional.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 18 de marzo de 1999 que anula pregunta 2 del artículo 3 del Decreto N° 3 del 2 de febrero de 1999 pues permitía al Presidente fijar la Bases Comiciales de manera directa; y sentencia de la Sala Político-Administrativa del 13 de abril de 1999 en la cual se ordena eliminar de Base Comicial Octava el carácter “originario” que esa norma atribuía a la Asamblea Nacional Constituyente. Citada por Carlos García Soto, Disponible en: <https://historico.prodavinci.com/blogs/como-fue-el-proceso-constituyente-de-1999-por-carlos-garcia-soto/>. Consultada en fecha 18 de noviembre de 2020.

En este sentido, debemos señalar que el artículo 333 de la constitución antes citado, no ha sido invocado solamente por la Asamblea Nacional en los Acuerdos que ha emitido para justificar la presidencia interna de su Presidente Diputado Juan Guaidó, sino que el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ha invocado la misma norma que impone el deber de colaborar con el restablecimiento del orden constitucional, al declarar la nulidad del Acuerdo Parlamentario “*Sobre la Declaratoria de Usurpación de la Presidencia de la República por Parte de Nicolas Maduro Moros y del Restablecimiento de la Vigencia de la Constitución*”⁹.

III. JUSTIFICACIÓN

Decíamos antes que el deber de colaborar con el restablecimiento del orden constitucional es consustancial con el ejercicio mismo de la ciudadanía. Las definiciones sociológicas y políticas de “ciudadanía”, hoy convergen en la diferenciación del ciudadano individuo pasivo y el ciudadano activo, la cual se centra en la participación o no del individuo en los problemas públicos.

Ese ciudadano activo se puede expresar políticamente en Venezuela a través de los mecanismos de participación previstos en el artículo 70 de la constitución que como sabemos, en lo político, exceden del simple sufragio y pues comprende las consultas populares, el referéndum revocatorio del mandato, las iniciativas para la aprobación o abrogación de leyes, los cabildos abiertos y asambleas de ciudadanos e incluso la Asamblea Nacional Constituyente.

En este mismo sentido, es indudable que ese mismo ciudadano activo y participativo al que nos referimos además es responsable de sus actos y responde a sus valores y principios entre los cuales debe siempre encontrarse la raíz misma de su propia ciudadanía representada por la libertad, la democracia, la justicia, la solidaridad, la igualdad y el respeto de los derechos humanos, valores y principios todos estos recogidos expresamente en los dos primeros artículos del texto constitucional, como norte de nuestra sociedad. Por lo anterior es necesario concluir que no hay ciudadanía sin constitución y por ello es un deber inexorable de todos los ciudadanos activos, también llamados democráticos y no autoritarios, defender la constitución, las instituciones que ella misma consagra y sus valores superiores¹⁰.

Lo anterior encuentra además pleno asidero en la historia constitucional venezolana pues, como señalamos anteriormente, desde la constitución de 1925 se ha incluido

⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 0003 del 21 de enero de 2017. Caso Nulidad de Acuerdos de la Asamblea Nacional. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/303389-0003-21119-2019-17-0001.HTML>. Consultada en fecha 22 de noviembre de 2020: “Un acuerdo como el que se examina implica un acto de fuerza que pretende derogar el texto constitucional (artículo 333) y todos los actos consecuentes del Poder Público Nacional; por lo cual esta Sala Constitucional se ve obligada a actuar de oficio en protección del texto fundamental, de conformidad con los artículos 266.1, 333, 334, 335 y 336, estos últimos del Título VIII (De la Protección de la Constitución)”.

¹⁰ Francisco Lizcano Fernández, “Ciudadano Ciudadanía y Civismo”, en: *Revista Polis, Universidad Bolivariana de Santiago*, Vol. 11, N° 32, Santiago de Chile, 2012. pp. 269-304. “Nótese que al describir al ciudadano democrático (incluso en el terreno sociológico, no ideal, al que por ahora procuro sujetarme) no solo me he remitido a instituciones y procesos, sino también a valores. Esto es así porque la defensa de las instituciones y los procesos democráticos solo cobra su verdadero sentido a partir de la conciencia de que, a través de dicha defensa, en realidad se están promoviendo valores estrictamente democráticos, como la libertad, la igualdad jurídica, la pluralidad, la tolerancia, el respeto, el diálogo, la negociación, la pluralidad y la participación (en el sentido estricto de este término, como involucramiento en la toma de decisiones colectivas, lo que lo diferencia de la movilización), pues las instituciones y los procesos democráticos solo tienen sentido en tanto que encarnan tales valores”.

en nuestro texto fundamental una sección o capítulo que consagra los deberes de ese ciudadano activo y democrático; de ese ciudadano no indiferente sino comprometido con la constitución y sus valores superiores. De manera constante ese deber se ha expresado de manera general en la denominada “defensa de la patria”, y si bien es cierto que esa expresión ha estado contextualizada en las normas que consagran los deberes ciudadanos, en asociación al deber de no servir a otros Estados o no atentar contra los intereses de la República, nos luce de bulto que esa defensa no está limitada al concepto de soberanía territorial y seguridad de la Nación; por el contrario, una interpretación más amplia y actual del concepto “Patria”, nos remite incluso a los cimientos de la misma y es allí donde desde nuestra fundación como república el texto de la constitución reconoce los derechos del ciudadano y organiza el poder público, pero incluso más importante aún, determina principios fundamentales y valores superiores que representan el modelo de Nación con el cual nos comprometemos como ciudadanos. Nos resulta impensable entonces la defensa de la Patria sin incluir en ella la defensa de la constitución, más aún si consideramos que gracias al desarrollo de la Comunidad de Países Organizados en su Conjunto, la defensa territorial encuentra eco y apoyo supranacional, mientras que los atropellos al orden constitucional cada vez más reposan *in extremis* sobre los hombros de los ciudadanos democráticamente activos.

La vinculación estrecha de los conceptos Patria y constitución, ha dado lugar incluso a lo que el profesor alemán Jürgen Habermas, a raíz de la nefasta Alemania Nazi, ha denominado “Patriotismo Constitucional” o Patriotismo de la constitución, basado en la idea de Patria Política que, más allá de banderas o himnos asociados al gentilicio, toma cuerpo en ese compromiso del ciudadano activo con su Constitución y con sus valores fundamentales comenzando por los derechos humanos¹¹. Y es precisamente en este compromiso superior del ciudadano activo con su constitución, diferenciado de la Patria como conglomerado ético, cultural y social, es donde ubicamos la plena justificación del deber de colaboración en la restauración plena del orden constitucional cuando es quebrantado incluso por actos de fuerza, contenido en los artículos 250 de la constitución venezolana de 1961 y 333 de la constitución venezolana de 1999.

IV. CONTENIDO MATERIAL Y LÍMITES

Hemos concluido que el deber de todo ciudadano activo en colaborar con el restablecimiento de la vigencia efectiva de la constitución y el orden que ella desarrolla es consustancial e inseparable de la ciudadanía democrática activa. Ahora bien, cabe preguntarse si esa justificación es de tal dimensión que no es susceptible de ser limitada en el ámbito de los actos desarrollados en ejecución de ese deber de colaboración; sintetizando la idea en Maquiavelo, la cuestión es si el restablecimiento de la constitución como fin en sí mismo, justifica cualquier medio para alcanzar ese objetivo. Pareciera obvia la respuesta negativa. Sencillamente pueden existir actos o acciones que supongan en sí mismos la negación de la propia constitución y sus principios o valores superiores. Se hace necesario entonces antes de señalar límites específicos o posibles a las acciones destinadas a reestablecer la vigencia de la constitución, señalar el posible contenido material de esas acciones.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 350 de la constitución, se ha referido también a los actos que puede el ciudadano

¹¹ Jürgen Habermas, *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 317.

desplegar con base en el artículo 333. Veamos las partes pertinentes de dicho fallo interpretativo¹²:

En primer lugar, la Sala diferencia claramente los supuestos de aplicación del artículo 350 de los previstos en el artículo 333, al determinar que el primero supone el desconocimiento de regímenes, autoridades o actos legislativos, que deriven de los Poderes Constituidos incluyendo el legislativo cuando se apartan de los valores y principios de la democracia y agreden los derechos humanos; e identifica el contenido material del desconocimiento a que se contra dicho artículo 350, con las actividades que consagra el artículo 70 de la constitución como mecanismos de expresión de la participación programática del pueblo en el ámbito político. Concretamente sostiene la Sala: “El desconocimiento al cual alude el artículo 350, implica la no aceptación de cualquier régimen, legislación o autoridad que se derive del ejercicio del poder constituyente originario cuando el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente contraría los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. Este ‘desconocer’ al cual refiere dicha disposición, puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70...”. Pero concluye contradictoriamente más adelante que ese mismo artículo 350 no puede esgrimirse para justificar el ejercicio del derecho a la rebelión o a la resistencia, para desconocer a los órganos del Poder Público democráticamente electos. Señala concretamente el fallo: “... esta Sala aclara que el argumento del artículo 350 para justificar el ‘desconocimiento’ a los órganos del poder público democráticamente electos, de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente, es igualmente impertinente. Se ha pretendido utilizar esta disposición como justificación del ‘derecho de resistencia’ o ‘derecho de rebelión’ contra un gobierno violatorio de los derechos humanos o del régimen democrático, cuando su sola ubicación en el texto Constitucional indica que ese no es el sentido que el constituyente asigna a esta disposición”.

En criterio de la Sala, además de lo expuesto, no es aceptable la aplicación del artículo 350 pues el remedio en casos que un gobierno o autoridad legítimo transgreda la democracia y los derechos humanos, debe ser la aplicación de los mecanismos que contempla el ordenamiento jurídico pues de no ser así, el desconocimiento representaría una agresión mayor a la democracia que la que pueda enfrentar en un determinado momento la sociedad. Señala entonces la Sala: “En otros términos, sería un contrasentido pretender como legítima la activación de cualquier medio de resistencia a la autoridad, legislación o régimen, por encima de los instrumentos que el orden jurídico pone a disposición de los ciudadanos para tales fines, por cuanto ello comportaría una transgresión mucho más grave que aquella que pretendiese evitarse a través de la desobediencia”. Ciertamente dicho fallo se produjo en un momento de alta conflictividad política y pretendía proteger la estabilidad del Gobierno de Hugo Chávez, de cualquier interpretación constitucional que permitiera a la sociedad accionar en su contra. Precisamente por ello nos preguntamos entonces cómo se pueden armonizar estos postulados cuando precisamente una autoridad o gobierno de extracción democrática es quien en su desempeño vulnera los derechos humanos y los valores, principios y garantías de la democracia. Qué ocurre cuando realmente la separación de poderes contenida en el artículo 136 de la constitución es deliberadamente degrada desde el poder para evitar el control de la constitucionalidad en los

¹² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 024 del 22 de enero de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/02.1559%20INTERPRETACI%C3%93N%20350.HTM>. Consultada el 28 de noviembre de 2020.

actos de ese mismo gobierno. A no dudarlo esta pirueta interpretativa tuvo por propósito evitar, inútilmente, que los órganos del poder público electo democráticamente, no se vieran enfrentados al desconocimiento ciudadano que el artículo 350 justifica y valida en los supuestos ya señalados, sin importar la naturaleza u origen del gobierno o autoridad que arremete contra la democracia y los derechos humanos.

En cuanto al artículo 333 que es el que realmente nos ocupa, la Sala en la comentada sentencia interpretativa limita su aplicación a un solo supuesto, la instauración de un régimen de fuerza mediante un pronunciamiento militar quebrantando el orden constitucional. Es decir, omite por completo nuevamente y con deliberada intención, considerar el supuesto en que sea una autoridad legítima en su origen quien en su desempeño degrade o defraude la aplicación de la constitución, y peor aún, cuando en virtud de esa degradación los mecanismos de control jurisdiccional para la defensa de la supremacía constitucional se han hecho nugatorios para la sociedad en general pues la justicia ampara el quiebre constitucional. Otro supuesto que no considera la Sala y que constituye parte de la motivación de esta contribución en homenaje al Profesor Nikken, es qué ocurre cuando precisamente la rebelión o movimiento armado tiene por objeto restablecer el orden constitucional, como reiteradamente lo argumentan lo seguidores de Hugo Chávez en su breve derrocamiento de 2002. En todo caso, el criterio de la Sala respecto al artículo 333, es el siguiente: “El derecho a la Resistencia a la opresión o a la tiranía, como es el caso de los regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar, que nacen y actúan con absoluta arbitrariedad, está reconocido en el artículo 333 de la Constitución, cuya redacción es casi idéntica al artículo 250 de la Carta de 1961. Esta disposición está vinculada, asimismo, con el artículo 138 *eiusdem*, que declara que ‘ Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos’... El derecho a la restauración democrática (defensa del régimen constitucional) contemplado en el artículo 333, es un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional”.

En relación con las diferencias entre los supuestos de ambos artículos, es decir 333 y 350, José Ignacio Hernández los considera “dos caras de una misma moneda” al afirmar que el derecho al desconocimiento previsto en el 350 es pasivo pues consiste en no colaborar ni obedecer directrices del gobierno despótico, mientras el deber de restitución del orden constitucional es un derecho activo, que implica desplegar todas las acciones necesarias para restablecer la vigencia de la constitución¹³. Pero de nuevo, ¿cuáles son esas acciones y cuáles son sus límites?

Si asumiéramos el criterio de la Sala Constitucional antes expuesto, deberíamos enmarcar las acciones destinadas a la restaurar la vigencia de la constitución en el derecho a la resistencia, con una importante matización, en nuestro parecer, ese derecho, a diferencia de lo que señala la Sala, se puede ejercer incluso cuando la vigencia de la constitución es alterada por actos deliberados desde el Poder con la finalidad de preservar su ejercicio y ello no solo por lo que atañe al Poder Ejecutivo sino a todos los Poderes Públicos. Eso es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela cuando

¹³ José Ignacio Hernández, “Cómo se Interpretan los Artículos 333 y 350 de la Constitución”, en: *Pro-davinci*, 21 de junio 2017: “Los artículos 333 y 350 son dos caras de una misma moneda. Tal y como Roscio lo explicó hace doscientos años, frente a Gobiernos despóticos, el ciudadano tiene dos derechos: (i) un derecho pasivo que consiste en no obedecer o colaborar con ese Gobierno (artículo 350) y (ii) un derecho activo que consiste en realizar todas las acciones para restablecer la vigencia de la Constitución (artículo 333). Ambas facetas parten del desconocimiento jurídico del Gobierno que actúa al margen de la Constitución, y que, por ende, no debe ser obedecido.” Disponible en <https://historico.prodavinci.com/blogs/como-se-interpretan-los-articulos-333-y-350-de-la-constitucion-por-jose-ignacio-hernandez/>. Consultada en fecha 18 de noviembre 2020.

sentencias emanadas de quien debe controlar la constitucionalidad han terminado por evitar la aplicación efectiva de la constitución en lo que concierne a las competencias del Poder Legislativo Nacional, el cual así lo ha manifestado incluso en Acuerdos Parlamentarios formales desde 2016.

Bajo esta premisa que identifica el contenido material del artículo 333 de la constitución con el Derecho a la Resistencia, debemos necesariamente preguntarnos es lo mismo resistir, desobedecer o rebelarse. ¿Pero esos tres términos son sinónimos, implican lo mismo? Efectivamente algunos autores los fusionan o tratan de manera similar, entendiendo que la resistencia y sobre todo la desobediencia expresada en actitudes de corte radical, son manifestaciones de la rebelión. Sin embargo, a la luz de la constitución venezolana y más aún de la referida sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 350, este tema no queda claro, por ello, buscando ubicarnos en el contenido material de estos tres conceptos, compartimos la posición de Luis Salamanca y Eloísa Avellanada quienes sostienen que la desobediencia supone no acatar pacíficamente órdenes o mandatos del gobierno en todas las manifestaciones del Poder Público; la Resistencia va más allá, supone activamente oponerse a ese gobierno materialmente y moralmente pero sin usar la fuerza, esto es mediante boicots, huelgas, paros cívicos y otras manifestaciones similares; y finalmente la Rebelión supone enfrentar al régimen por la fuerza con miras derrocarlo. Las dos primeras actitudes incluso pueden concurrir por no ser excluyentes, pero la Rebelión por acto de violencia y fuerza con empleo de armas es opuesta a las otras dos. En lo que diferimos de Salamanca y Avellanada es que en nuestro parecer la acción armada que implica los actos de rebelión puede provenir de cuerpos armados, incluso no oficiales y por ello distintos a la fuerza armada¹⁴.

Considerando lo anterior, pensamos que el deber de contribuir con el restablecimiento pleno de la constitución previsto en su artículo 333, no puede encasillarse en actos u omisiones que se puedan etiquetar como resistencia, desobediencia o rebelión. Las formas y manifestaciones del individuo activo y del conglomerado social para contribuir a restablecer la constitución, son tan múltiples como la posición y condición de cada individuo, así como del conglomerado social al que pertenece. De esta forma, el destacado sociólogo Bruno Lutz, al estudiar la Teoría de la Acción Social de autores clásicos como Alain Touraine, centra al individuo como sujeto que da vida a la acción social pero que a su vez como actor se ubica “en un tiempo y en un lugar específico, en un oficio, una categoría de edad o una clase social, en una sociedad y en una cultura”.¹⁵ Son esas circunstancias del propio individuo que a su vez son influidas por el conglomerado social y en especial por las élites con mayor capacidad de cognición e información, las que determinan si los actos contributivos a la restitución constitucional, serán en ocasiones y oportunidades más cercanos a la desobediencia, a la resistencia o a la rebelión. La evidencia más contundente que encontramos para sustentar esta afirmación es el período de acción social del pueblo de Venezuela entre 2017 y 2019 que, para restaurar la plena vigencia de la constitución, transitó los más diversos caminos, desde protestas cívicas y paros, hasta marchas y enfrentamientos violentos signados por una represión brutal que dejó centenares de víctimas en su mayoría jóvenes.

¹⁴ Luis Salamanca y Eloísa Avellanada, *Desobediencia civil en Venezuela. Dos ensayos*, Editorial Concilium, Caracas, 2002, p. 121.

¹⁵ Bruno Lutz, “La acción social en la teoría sociológica: Una aproximación”, en: *Revista Argumentos*, Vol. 23, N° 64, México, 2010, pp. 199-218. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952010000300009#notas. Consultada en fecha 18 de noviembre 2020.

1. Límites Materiales

Hemos llegado así a un punto de especial relevancia. El deber de contribuir a restituir el orden constitucional ¿justifica cualquier acción o tiene límites? En nuestro criterio, la preservación de la supremacía constitucional debe signar estos actos, pero siempre y cuando el texto de la propia constitución derogada o desconocida no implique en sí una limitación para su propia restitución. Es decir, la procura del restablecimiento de la vigencia plena de la constitución no debe implicar en principio un desconocimiento adicional de la misma, salvo que se trate de actos o hechos indispensable para su plena restitución, y aun así, los mismos también deben observar límites derivados de los valores y principios superiores de la propia constitución, de los acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos y de nuestra propia historia republicana.

Estos límites que podemos denominar superiores son sin dudas, más fácil de observar en manifestaciones pacíficas y no violentas propias de la desobediencia civil e incluso de las acciones que se ubican en el campo de la resistencia activa como marchas, paros o protestas. En el campo donde observar estos límites es más complejo es en el de la rebelión partiendo del supuesto, como ya dijimos, que esta implica violencia y uso de armas.

Sería muy complejo ubicar acciones específicas para explicar por medio de ejemplos el cumplimiento de tales límites superiores aplicables a los actos contributivos a la restitución constitucional. Sin embargo, y partiendo precisamente del Bloque de la Constitucionalidad que agrupa las fuentes del derecho constitucional, podemos citar los siguientes referidos a los derechos humanos:

A. Derecho a la vida

La vida es el primer derecho humano. Está consagrado en todas nuestras constituciones republicanas y en todos los tratados internacionales que protegen los derechos humanos. Pensar que para restituir el orden constitucional se justifica acabar con la vida de otros hoy en día es sencillamente inaceptable, aunque todas las guerras independentistas y las luchas contra las Monarquías tiránicas, han implicado la pérdida de vidas humanas, lo que hoy sigue ocurriendo en situaciones de represión extrema o actitudes conspirativas terroristas. Lo complejo de este punto es que la pérdida de la vigencia plena de la constitución puede implicar la pérdida de los derechos humanos, incluyendo la vida misma, de muchos ciudadanos quienes, como individuos, al sentirse amenazados pueden recurrir al uso de la fuerza como mecanismo de protección; y ello no implica el peligro de la vida misma en forma directa, sino la depauperación integral de su calidad. Es ese en este tipo de situaciones que el sociólogo político Émile Durkheim observa que a medida que la conciencia y acción colectiva se debilitan, el individuo actor depende cada vez de sí mismo actúa sobre sus propios intereses¹⁶. Aun así, nos luce muy claro que en la situación que describe Durkheim, la acción del individuo no es contributiva sino propia y plena, pero además, no busca reestablecer el orden constitucional sino se mueve por sus propios intereses y en situaciones extremos por sus propios instintos. Con base en ello, mantenemos la visión

¹⁶ Émilie Durkheim, *Le suicide. Étude de sociologie*, 3ª ed., Editorial F. Alcan, Paris, p. 223. “Pero la sociedad no puede desintegrarse sin que, en la misma medida, el individuo se libere de la vida social, sin que sus fines propios predominen sobre los fines comunes, sin que su personalidad, en una palabra, no tienda a situarse por encima de la personalidad colectiva. Cuanto más debilitados están los grupos a los cuales pertenece, menos depende de ellos y más, por consiguiente, depende de sí mismo para no reconocer otras reglas de conducta que aquellas que se fundan en sus intereses privados”.

principista del respeto a la vida como principio y límite superior de las acciones a que se refiere el mandato contributivo previsto en el artículo 333 de la constitución.

B. Derecho a la salud y a la alimentación

Estos derechos también son consustanciales con la vida y por lo tanto con los más altos derechos del hombre. De nuevo observamos que la restitución de la vigencia de la constitución no justifica atentar contra ellos en ninguna circunstancia y menos aún si se trata de acciones colectivas que pueden derivar en la pérdida del acceso a los servicios de salud pública o privada o el acceso a los alimentos y bienes esenciales. Esta consideración podría ser usada para repudiar algunos programas de sanciones impuestos, por ejemplo, por el Gobierno Norteamericano con entidades de gobiernos y sujetos especialmente designados en Venezuela y otros países. Sin embargo, es pertinente aclarar que estos mecanismos de presión para forzar el retorno a la democracia constitucional, en primer lugar, como luego veremos, se ubican en el plano internacional y gubernamental y no en el ámbito de las acciones internas, sino que además, precisamente para respetar el derecho a la salud y la alimentación, establecen excepciones expresas a la importación de medicamentos e insumos médicos, así como alimentos y materias primas destinadas a la industria agroalimentaria¹⁷.

C. Derecho a no ser sometido a torturas y tratos infamantes ni a desaparición forzosa

Este derecho también recogido en el artículo 46 ordinal 1° de la constitución que incluso cuenta con regulación específica en el Derecho Internacional Humanitario¹⁸, indiscutiblemente representa un claro a los actos materiales ejecutables con base en el mandato de colaboración restitutiva de la constitución. Sería impensable e inaceptable sostener que atentar con el orden y la supremacía constitucional puede justificar la consumación de actos que impliquen torturas o tratos crueles o degradantes a los responsables de esta actitud. Nótese que precisamente este tipo de tratos han sido repudiados por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos quien ha denunciado este tipo de prácticas aberrantes por parte del Régimen Venezolano, por órgano de las Fuerzas de Acciones Especiales (FAES) y otras Cuerpos de Seguridad del Estado, que incluso han sido calificados como crímenes de lesa humanidad, en el Informe de la Comisión de Independiente de Verificación de Hechos designada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹⁹. Nótese que las

¹⁷ USA. Department of Treasury. Office of Foreign Assets Control. Licencia General 4 C. agosto 5 de 2019. mediante la cual se autoriza la exportación y reexportación de productos agrícolas, medicinas, equipos médicos y partes y componentes de equipos médicos y el financiamiento y negociación de nueva deuda relacionada con estos productos. En relación con esta Licencia General es importante destacar que se entenderá por “productos agrícolas” aquellos así definidos por la Ley de Comercio Agrícola de 1978 y por “medicinas y equipos médicos” a aquellos definidos como “drogas” y “equipos” en la Ley Federal de Alimentos, Drogas y Cosméticos. Disponible: https://home.treasury.gov/system/files/126/venezuela_gl4c.pdf. Consultada en fecha 20 de noviembre 2020.

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas. Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”. En vigor desde 26 de junio de 1987. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Consultada en fecha 20 de noviembre 2020.

¹⁹ Organización de Naciones Unidas. Consejo de los Derechos Humanos. Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. Creada según Resolución 45/25 del 27 de septiembre de 2019. Informe definitivo del 16 de septiembre de 2020. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26247&LangID=S>. Consultada en fecha 20 de noviembre 2020.

torturas y tratos denigrantes, pueden derivar o concurrir con el terrible supuesto de “desapariciones forzadas” a que se refiere el artículo 45 de la constitución y en el ámbito del derecho internacional humanitario, atribuible a fuerzas de seguridad de los Estados o con la anuencia del Estado, negando las desapariciones e investigaciones pertinentes²⁰. Pensamos que, si en nombre de la restitución de la constitución si se procediera de esta manera, es decir a consumir actos de tortura o desapariciones forzadas, los responsables serían juzgados nacional e internacionalmente y dependiendo de la magnitud de los hechos y de si quién los ejecuta es un nuevo Gobierno o Grupo que asuma el poder, podría darse uno de los supuestos de la llamada Responsabilidad de Proteger previa aprobación del Consejo de Seguridad de la ONU²¹; concretamente el supuesto de comisión de crímenes de lesa humanidad.

D. Derecho al respeto de los derechos humanos por parte de los detenidos

Los individuos privados de libertad, sea que se encuentren en detenidos por cuerpos de seguridad del Estado o sean prisioneros de guerra, no pueden ser sometidos a tratos inhumanos por imperio del artículo 46 ordinal 2º de la constitución y según las previsiones del Derecho Internacional Humanitario, de hecho, la referida Responsabilidad de Proteger también se aplica en este supuesto, el cual suele concurrir con la consumación de torturas o tratos degradantes. Nótese que incluso las situaciones o actos esporádicos de violencia interna, incluyendo disturbios interiores, son equiparables a las situaciones de guerra en cuanto a los presos capturados con ocasión de tales actos que no implican una guerra propiamente dicha, por ello resulta también un claro límite al deber de colaborar con la restitución de la constitución, el respeto a los detenidos en el marco de las confrontaciones y luchas internas desplegadas con ocasión de la restitución constitucional²².

E. Derecho a la comunicación con familiares y defensores

Se trata otro derecho vinculado a la inviolabilidad de la libertad y a las condiciones de detención, así como a la defensa misma, previsto en el artículo 44 ordinal 2º de la constitución. Este artículo incluso tutela el derecho de los familiares y no solamente del detenido a conocer el paradero de este. El núcleo duro de este derecho también pretende inhibir la ya mencionada práctica de desapariciones forzadas prohi-

²⁰ Organización de las Naciones Unidas. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Resolución 47/133, del 18 de diciembre de 1992. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. París 2006: “Artículo 2: se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>. Consultada en fecha 21 de noviembre 2020.

²¹ Organización de las Naciones Unidas. Documento Final de la Cumbre de 2005. Doc A/RES/60/1 del 24 de octubre de 2005, párrs. 138–140. Conformación según Resolución 1674 del Consejo de Seguridad del 28 de abril de 2006, doc. S/RES/1674 (2006). Disponible en <http://www.un.org/spanish/summit2005/>. Consultada en fecha 21 de noviembre 2020.

²² Comité Internacional de la Cruz Roja. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos Armados sin Carácter Internacional, del 8 de agosto de 1977: Artículo 1, ordinal. “2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm#2>. Consultada en fecha 21 de noviembre 2020.

bida por el artículo 45 de la Constitución y la referida Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de 2006. No obstante, estimamos que en una situación en la cual la detención se da en el marco de la restitución constitucional, la obligación de comunicación a los familiares y defensores debe ser matizada en su aspecto temporal pues la inmediatez si obstaculiza la restitución, podría sustituirse por un plazo razonable y únicamente hasta que la comunicación comprometa la restitución de la constitución. En ningún caso podría asumirse que esta postergación razonable pudiera extenderse por un período de tiempo extenso y menos aún indeterminado. Nótese que incluso en ciertas legislaciones y solo en situaciones extremas, como por ejemplo investigaciones sobre actos terroristas, es permitida de manera puntual y previa orden judicial, la restricción e incluso la intervención de comunicaciones del detenido con sus abogados²³. Pareciera entonces no ser descabellado que la restitución de la supremacía y vigencia de la constitución bien podría representar un supuesto excepcionalísimo que permita puntualmente y bajo un criterio de temporalidad racional y ponderada, digerir la comunicación a la que nos referimos, por un tiempo breve, es decir pocos días, so pena de rayar en las fronteras de la desaparición temporal y sus consecuencias si se extiende manera irracional o pero aún ilimitada.

F. Derecho al debido proceso en todos sus postulados

Se trata de otro derecho de rango superior consagrado en el artículo ... de la constitución. El mismo está asociado a la presunción de inocencia y en especial a la posibilidad de ser juzgado debidamente pudiendo el afectado ejercer el derecho a defenderse. En este sentido, la Sala Constitucional ha señalado que: “Este derecho implica notificación adecuada de los hechos imputados, disponibilidad de medios que permitan ejercer la defensa adecuadamente, acceso a los órganos de administración de justicia, acceso a pruebas, previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa, pre establecimiento de medios que permitan recurrir contra los fallos condenatorios (de conformidad con las previsiones legales), derecho a ser presumido inocente mientras no se demuestre lo contrario, derecho de ser oído, derecho de ser juzgado por el juez natural, derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, derecho a no ser obligado a declararse culpable ni a declarar contra sí mismo, su cónyuge, ni sus parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, entre otros”²⁴. Pareciera claro que ninguno de estos contenidos constitutivos del derecho al debido proceso, pudieran ser soslayados bajo la excusa o justificación de la restitución del orden constitucional. Ni en circunstancias en que se cometen crímenes atroces contra los derechos humanos, es admisible la condena de uno o varios individuos sin haberseles sometido a un proceso debido, recordemos que esta incluso fue la justificación de los famosos juicios de Nuremberg después de la Alemania Nazi concluida la segunda guerra mundial. En este sentido resulta fundamental considerar que

²³ Tribunal Constitucional Español. Sentencia STC 183 de 20 de junio de 1994 relativa al artículo 51.2 de la Ley Orgánica General de Penitenciaria: “La imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo que en el mismo se contienen”, añadiendo más adelante que “dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas”. Citada por, Mercedes Olmedo. Disponible en <https://elderecho.com/limites-al-derecho-de-defensa-intervencion-de-las-comunicaciones-entre-abogado-y-cliente>. Consultada en fecha 25 de noviembre de 2020.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 444 del 4 de abril de 2001. Caso Cilio A. Morales. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/444-040401-00-2596.HTM>. Consultada en fecha 25 de noviembre de 2020.

tanto el proceso como los delitos imputados deben ceñirse al principio de legalidad. Al respecto, la misma Sala Constitucional ha determinado que: “Esta Sala considera, entonces, que el debido proceso es aquel que se encuentra contenido en normativas aplicables para el caso específico, por lo que, en caso de no existir normativa legal que especifique el proceso a seguir para afectar derechos subjetivos, cualquier actuación libre que afecte tales derechos debe considerarse como arbitraria y abusiva. Es por ello que el primer paso, antes de afectar derechos subjetivos, es el plasmar en un texto normativo el proceso o procedimiento claro que permita a aquel, a quien sus derechos se pretenden afectar, conocer las razones por las cuales su derecho se está afectando, y así permitir su defensa en términos transparentes y justos”²⁵. Lo anterior nos lleva a concluir que otro límite superior claro de los actos ejecutados con base al mandato restitutivo de la constitución, es la estipulación normativa del debido proceso, con respeto a las garantías que el mismo implica, empezando por el derecho a la defensa y el juzgamiento por jueces naturales todo lo cual debe ser observado en los mecanismos de justicia transicional que pueden ocurrir luego de la restitución de la vigencia plena de la constitución.

G. Derecho a la libertad de expresión e información

Estos derechos humanos interconectados, están consagrados en los artículos 57 y 58 de la Constitución, respectivamente, así como en la mayoría de los Acuerdos, Tratados y Convenciones internacionales que obligan a la República en materia de derechos civiles y políticos, integrados al Bloque la Constitucionalidad por imperio del artículo 23 de la propia constitución. La pregunta obligada que nos hacemos es, hasta dónde el deber de colaborar con la restitución de la vigencia de la constitución justifica limitar estos derechos. De nuevo, pensamos que cualquier limitación a los mismos debe ser ponderada, racional e indispensable para alcanzar el objetivo final que no es otros sino la restitución de la vigencia de la constitución. Precisamente partiendo de esta premisa, debe observarse que en situaciones específicas el derecho, sobre todo a la información, puede ser afectado para fines también superiores del Estado. Nótese que es esta precisamente la justificación del artículo 325 de la constitución según el cual, el Ejecutivo Nacional “se reserva la clasificación y divulgación de aquellos asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación, en los términos que la ley establezca”. Lo anterior implica que de manera temporal y específica, con fundamento en esta misma norma, serían permisible reservar aquella información que, en el marco de la restitución de la constitución, pudieran afectar este propósito; por ejemplo, en el marco de acciones identificadas con el ejercicio del derecho a la resistencia e incluso a la rebelión, es natural la confidencialidad estratégica. Pero además, estimamos justificable también, la confidencialidad razonable en el período limitado y breve de estabilización de la restauración dado que en ocasiones, la misma implica o puede implicar momentos de confusión y riesgos de retrocesos.

H. Integridad e independencia de la República

La experiencia venezolana de años recientes nos ha colocado frente a un papel preponderante de la Comunidad de Países Organizados en su conjunto, a través de posiciones individuales o grupales de carácter multilateral regional. Así hemos ob-

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 097 del 15 de marzo de 2000. Caso Agropecuaria Tres Rebeldes C.A. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/97-150300-00-0118.HTM>. Consultada en fecha 2 de diciembre de 2020.

servado la participación activa del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica; La Organización de Estados Americanos, la Unión Europea; el Grupo de Lima; el llamado Grupo de Países Amigos, e incluso la ha estado presente en la crisis venezolana especialmente por órgano de su Consejo de Derechos Humanos. Lo anterior incluso ha llevado a líderes políticos de manera discursiva reiterada y a través de giras internacionales, a requerir la ayuda de otros países. Aunque casi sobra decirlo, observamos que, si bien ese esfuerzo es loable y pudiera llegar a ser necesario o hasta indispensable, salvo en el caso de la ya referida Responsabilidad Proteger en el marco de la ONU, el requerimiento de ayuda internacional puede comprometer la integridad y soberanía territorial de la República pues ello violentaría el primer artículo de la constitución y sería la negación misma de nuestra razón de ser como Nación.

2. Límites temporales

Pero además de los límites relativos al contenido material de las acciones contributivas a la restitución constitucional, es necesario preguntarse si las mismas están limitadas en el tiempo o pueden perdurar indefinidamente. Obviamente no existe en el artículo 333 de la constitución ninguna referencia temporal, debido a ello es necesario concluir que el deber de colaborar con la restitución de la vigencia de la constitución, se extiende hasta que ese objetivo sea alcanzado.

Sin perjuicio de lo anterior, la zona gris o compleja de este punto es cuándo o quién determina que se restituido la vigencia plena de la constitución. En nuestro criterio, la respuesta a esta interrogante está asociada a dos aspectos fundamentales, el funcionamiento institucional y constitucional de los poderes públicos y el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Ciertamente es difícil pensar que ambos aspectos puedan concretarse de manera síncrona e instantánea pues los procesos de desobediencia, resistencia, rebelión y en general las crisis políticas de gran calado, suelen representar procesos y no sucesos.

Considerando lo anterior, luce necesario concluir que el deber de colaborar con la restitución constitucional irá cesando progresivamente a medida que el Estado recupere su funcionamiento con apego a la constitución y los Derechos de los ciudadanos puedan ser ejercidos de manera ostensible, aunque no plena. De esta forma, algunas acciones o vehículos, incluso institucionales, como sería el establecimiento de gobiernos o Juntas de transición o interinos, deben tener un claro límite temporal asociado a la convocatoria de elecciones auténticas, en tiempos razonables, con respeto de límite previsto en 298 de la constitución según el cual la ley que regule los procesos electorales no puede ser modificada con menos de seis meses de antelación a la fecha del evento electoral. Esta previsión constitucional tutela y garantiza la estabilidad en de los procesos electorales y pretende la igualdad de condiciones sin sorpresas para los candidatos y las fuerzas políticas que los postulen.

V. EL ESTATUTO QUE RIGE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA, COMO REFERENCIA

La restitución del orden constitucional puede tomar caminos y forma imprevisibles, como todos hechos social y político. Precisamente por ello nos referimos en esta contribución al contenido material y los límites del mandato de colaboración que obliga a todos los ciudadanos revestidos o no de autoridad a contribuir con esa restitución. Cundo se trata de un proceso violento, de una ruptura, los hechos que conforman la transición se suceden con especial premura y pueden terminar incluso con la promulgación de una nueva constitución, este fue el caso, por ejemplo, de la

caída del régimen de Marcos Pérez Jiménez que dio origen a la constitución democrática de 1961.

En la crisis constitucional e institucional que encara Venezuela hoy, la situación ha sido muy distinta. Aún y cuando no se ha logrado el objetivo fundamental que es el cese la usurpación de la Presidencia de la República y la asunciones plena de las competencias de la Asamblea Nacional, esta ha pretendido la restitución del orden constitucional bajo el imperio de un instrumento normativo que desde la propia supremacía de la constitución y el respeto a sus valores y principio superiores, organice y regule las funciones de un Presidente Encargado, en este caso el Presidente del Poder Legislativo Nacional, con fundamento precisamente en los artículo 333 y 233 de la constitución²⁶. Lo anterior nos obliga a exaltar este instrumento como un precedente normativo formal, de rango superior y dictado en ejecución directa de los artículos 7 y 333 de la constitución, que marca un hito y una referencia en la consecución del restablecimiento de la vigencia de la constitución²⁷.

En efecto, en sesión del 5 de febrero de 2019, y ante la inexistencia de elecciones auténticas que legitimaran el ejercicio de la Presidencia de la República durante el sexenio 2019-2024, la Asamblea Nacional aprobó por unanimidad el Estatuto que rige la Transición a la Democrática para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁸. Sobre este instrumento debemos comenzar por señalar que categóricamente se apega al principio de supremacía previsto en el artículo 7 de la constitución según el cual: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” por lo que “Todas las personas y los órganos

²⁶ Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Pronunciamento del 15 de febrero de 2019: “El precitado Estatuto tiene el propósito de establecer el marco jurídico de retorno al orden constitucional, ‘desde la propia Constitución para ofrecer un cauce ordenado y racional al inédito e inminente proceso de cambio político que ha comenzado en el país’, en atención además, a los valores superiores por ella positivizados, ‘la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la supremacía constitucional y, en general, la preeminencia de los Derechos Humanos, la ética y el pluralismo político’ (artículo 2 de la Constitución). Acceso disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/pronunciamento-sobre-estatuto-de-transicion-def.pdf>. Consultada en fecha 2 de diciembre de 2020.

²⁷ Rafael Badell Madrid, “Consideraciones sobre el Estatuto que rige la Transición a la Democracia”, Conferencia Dictada en el Miami Dade College. Estados Unidos. 7 de febrero de 2019. “El Estatuto es un acto normativo, excepcional y transitorio, superior a las leyes formales, dictado por la AN en ejecución directa e inmediata de la CN, con fundamento en los artículos 7 y 333 del texto fundamental. Comprende una manifestación del deber de colaborar para el restablecimiento de la efectiva vigencia de la CN ante los actos que pretenden desconocerla y derogarla. El Estatuto tiene carácter normativo, extraordinario y provisional, con fuerza y valor de norma superior que se coloca por encima del ordenamiento interno (a las leyes formales). Es extraordinario desde que difiere de los mecanismos previstos por la CN dentro de la normalidad institucional de protección del orden constitucional (control de la constitucionalidad y aplicación del estado de excepción); y provisional en tanto que una vez que sea restaurada la vigencia efectiva de la CN, sus efectos cesan, es decir, que su efecto o poder modificatorio de la legislación vigente regirá únicamente durante el periodo o lapso que dure la transición democrática para el restablecimiento de la vigencia de la CN”. Disponible en: <https://www.badellgrau.com/?pag=37&ct=2515>, Consultada en fecha 2 de diciembre de 2020.

²⁸ República Bolivariana de Venezuela. Estatuto que rige la Transición a la Democrática para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Legislativa N° 1 Extraordinario del 6 de febrero de 2019. Ante la imposibilidad de su publicación Gaceta Oficial, acceso disponible en el sitio web oficial de la Asamblea Nacional: http://comisiones.an.gob.ve:8080/admin/views/archivos/Gaceta%20Legislativa%20N%C2%BA1%20Extraordinario_digital.pdf. También disponible en: <https://politikaucab.files.wordpress.com/2019/02/version-final.-estatuto-transicion.pdf>, Consultada en fecha 2 de diciembre de 2020.

que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución”. Así se desprende del artículo 5 del Estatuto según el cual: “Los valores superiores que rigen el presente Estatuto son la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la supremacía constitucional y, en general, la 7 preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Pero aún más, desde su propia Exposición de Motivos el Estatuto se empeña en dejar claro el respeto a los valores superiores de la constitución al señalar que: “Su propósito es volver a la constitución desde la propia constitución para ofrecer un cauce ordenado y racional al inédito e inminente proceso de cambio político que ha comenzado en el país. Se trata de una iniciativa normativa de la Asamblea Nacional que aspira a preservar la constitución de 1999 como pacto de convivencia para la vida cívica de los venezolanos y como fundamento de la transición democrática”.

La ruta de la transición que contiene el Estatuto está integrada por tres etapas muy bien diferenciadas: (i) El cese de la usurpación; (ii) La instalación de un Gobierno de Unidad Nacional; y (iii) el restablecimiento de la democracia constitucional propiamente dicha mediante elecciones libre, competitivas y transparentes²⁹. Nótese que precisamente la última etapa la señalábamos anteriormente como un hito de limitación temporal del mandato de colaboración restitutiva de la constitución que el Estatuto considerando la situación del Registro Electoral y del Consejo Nacional Electoral estableció en 12 meses.

Además de establecer el Estatuto sus objetivos, a los que en general nos hemos referido, no podemos dejar de destacar a los fines del tema que abordamos, que el Estatuto no solo desconoce la eficacia de los actos derivados de la autoridad usurpada (artículo 10) con base en el artículo 138 de la constitución, sino que va más allá, pues claramente ubica el mandato de restitución constitucional en el ámbito de la desobediencia civil al disponer en su artículo 11: “Ningún ciudadano, investido o no de autoridad, obedecerá los mandatos de la autoridad usurpada. Los funcionarios públicos que contribuyan con la usurpación comprometerán su responsabilidad, tal como 9 lo establecen los artículos 25 y 139 de la constitución. Todo funcionario público tiene el deber de observar los artículos 7 y 333 de la constitución para obedecer los mandatos de los Poderes Públicos legítimos en Venezuela, especialmente en lo referido a los actos en ejecución del presente Estatuto”.

Entendemos que lo anterior es una manifestación declarativa que pretendía la desarticulación del régimen usurpador desde sus propias entrañas, sin embargo, este llamado a la desobediencia, como señalábamos al referirnos al contenido material de la colaboración restitutiva de la constitución, no es limitativo, por el contrario, debe concurrir con acciones y movilizaciones políticas.

Lamentablemente el Estatuto ha visto truncada su eficacia al no cumplirse la primera etapa u objetivo que era precisamente el cese de la usurpación del cargo de

²⁹ Juan Manuel Raffalli. “Qué Dice el Estatuto de Transición Aprobado por la Asamblea Nacional”, en: *Prodavinci*, 17 de febrero de 2019. “Estas etapas suponen la asunción de competencia específicas por parte de la AN: el ejercicio pleno de los poderes de la Presidencia de la República por parte del presidente encargado, la designación de un gobierno de transición y unidad nacional que se mantendrá en funciones hasta la celebración de elecciones auténticas (máximo en 12 meses), y la designación interina de los demás Poderes Públicos distintos a la AN y al Poder Ejecutivo –Poder Ciudadano, Poder Electoral y Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). Los designados ostentarán sus cargos hasta junio de 2021, fecha en la cual esos cargos serán provistos definitivamente por la AN que tome posesión el 5 de enero de 2021.” Disponible en <https://prodavinci.com/que-dice-el-estatuto-de-transicion-aprobado-por-la-asamblea-nacional/>. Consultado en fecha 2 de noviembre de 2020.

Presidente de la República lo cual deja muy claro que las acciones que pretendan restituir el orden y la vigencia de la constitución pueden ser simplemente declaraciones normativas, deben tener efectividad material y allí es donde se justifican actos que incluso no serían admisibles dentro de una situación de estabilidad y normalidad constitucional, pero siempre que sean respetuosos de esos límites materiales y temporales a los que nos hemos referido, todos alineados con los valores y principios de la constitución y de los Acuerdos, Tratados y Convenciones que integran también el Bloque la Constitucionalidad.

Al momento de finalizar la redacción de esta contribución, el Estatuto y los esfuerzos por la restitución de la constitución, entran en una delicada fase pues se acerca el 5 de enero de 2021, fecha fijada por los artículos 192 y 219 de la constitución para que asuma la nueva Asamblea Nacional a quien corresponde ejercer sus funciones hasta la misma fecha del año 2026. Ese mismo límite temporal ha sido asumido naturalmente asumido por el Estatuto en su artículo 13 desde la perspectiva de respeto a la constitución; sin embargo ese artículo señala, en armonía con la constitución que la nueva legislatura debe ser electa mediante “elecciones parlamentarias durante el último trimestre del año 2020, según lo establecido en las normas constitucionales y en las leyes electorales”. Al respecto, mediante Acuerdo de fecha 2 de agosto de 2020, 27 organizaciones políticas y partidos de oposición que representan la mayoría de los Diputados a la Asamblea Nacional aún en funciones, ha declarado que las elecciones parlamentarias convocadas por el Consejo Nacional Electoral y que se encuentran reguladas por su Resolución 200630-0015 del 30 de junio de 2020 que contiene las Normas Especiales para las Elecciones a la Asamblea Nacional Período 2021-2026, son fraudulentas y por ello no participaron en ese proceso que no puede ser calificado como una verdadera elección³⁰.

En este sentido nótese que nuevamente el Directorio del Consejo Nacional Electoral ha sido designado por el Tribunal Supremo de Justicia vía Omisión Legislativa Constitucional, en una clara distorsión y falsa apelación de esta figura que deriva en una grosera usurpación de la función privativa del Poder Legislativo Nacional prevista en el artículo 296 de la constitución, y en este caso peor aún que los anteriores, pues ya la Asamblea Nacional el 12 de octubre de 2019, con participación de todas las fuerzas políticas incluso del partido de gobierno, aprobó el Acuerdo sobre los Mecanismos de Cumplimiento de las Garantías Electorales y los Procedimientos Constitucionales de Selección del Poder Electoral³¹. Pero lo que es aún peor, la propia Sala Constitucional, también desconoció la competencia exclusiva de la Asamblea

³⁰ CNN en Español: “El bloque de la oposición venezolana, conformado por 27 partidos, anunció en un comunicado este domingo su decisión ‘por unanimidad’ de no participar en las elecciones parlamentarias previstas para el 6 de diciembre y advirtió que las considera fraudulentas”. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2020/08/03/27-partidos-de-oposicion-de-venezuela-descartan-competir-en-elecciones-parlamentaria-y-denuncian-fraude-electoral/>. Consultada en fecha 9 de noviembre de 2020.

³¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 070 del 12 de junio de 2020. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/309872-0070-12620-2020-20-0215.HTML>. Consultada en fecha 10 de noviembre de 2020: “...el desacato de la Asamblea Nacional aún se mantiene de forma ininterrumpida, razón por la que todos los actos dictados por dicho órgano y todas las actuaciones emanadas de cualquier otra persona jurídica o natural, relacionados con el proceso de designación de los funcionarios o funcionarias para ocupar los cargos de rectores y rectoras, principales y suplentes, del Consejo Nacional Electoral, carecen de validez, eficacia y existencia jurídica, incluyendo al denominado ‘Acuerdo sobre los Mecanismos de Cumplimiento de las Garantías Electorales y los Procedimientos Constitucionales de Selección del Poder Electoral’, dictado por la Asamblea Nacional en desacato el 22 de octubre de 2019”.

Nacional para legislar en materia electoral prevista en el artículo 187.1 de la constitución y habilitó a los Rectores para que, violando la garantía de la Reserva Legal, modificara la Ley Orgánica de Procesos Electorales por vía reglamentaria. De esta forma las pretendidas elecciones parlamentarias que fueron convocadas y realizadas el 6 de diciembre de 2020 se encuentran integralmente viciadas de nulidad, entre otras razones por que se mediante estas “Normas Especiales” aplicables únicamente a esta supuesta elección, se incrementó el número diputados a 277 pese al enorme éxodo que asciende a varios millones de personas, y además, en sus artículos 4, 5, 6 y 9, contradiciendo el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y el artículo 186 de la constitución, contempló la elección de 48 diputados mediante una “Lista de Adjudicación Nacional”, lo cual ni siquiera figura dentro de las sugerencias expresas que formula la propia sentencia 068 de la Sala Constitucional pero sobre todo desconoce el carácter federal y descentralizado de la República consagrado en el artículo 4 de la constitución.

Se ha consumado entonces otro evento de apariencia electoral que esta vez, no será capaz de legitimar pacíficamente el ejercicio del Poder Legislativo Nacional y de hecho nos coloca en suerte de reedición de la usurpación, pero ahora a nivel de la Asamblea Nacional. Incluso desde ya organismos internacionales de la importancia y peso internacional de la Unión Europea, se negaron a observar este proceso, manifestado que en Venezuela no hay condiciones mínimas para realizar elecciones parlamentarias auténticas y verificables³². Debido a ello la Asamblea Nacional electa en 2015, ha optado por asumir la riesgosa continuidad de sus funciones después del 5 de enero de 2021, invocando el principio de continuidad de los Poderes Públicos, también llamado Principio de Continuidad Institucional³³, el cual ha sido incluso reconocido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en dos ocasiones, la primera con motivo de la extensión del mandato del gobernador del estado Amazonas en 2005³⁴

³² RCN Noticias: “De acuerdo con esa fuente diplomática, ‘la política de la UE sobre Venezuela no ha cambiado: las condiciones no están dadas para que ocurra un proceso electoral libre, justo y democrático, y sin esas condiciones ‘la UE no puede considerar el envío de una misión de observación electoral’. El jefe de la diplomacia europea, Josep Borrell, llegó a enviar a Caracas a dos diplomáticos para sondear la posibilidad de que todas las partes acuerden un aplazamiento de cinco a seis meses en las elecciones legislativas de diciembre, como condición para que la UE envíe una misión’”. Disponible en <https://www.noticiasrcn.com/internacional/union-europea-no-enviara-mision-electoral-venezuela-363999>. Consultado en fecha 11 de noviembre 20.

³³ Claudia Nikken, “Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional”, en: *Revista SIC*, Fondo Centro Gumilla, 2 de septiembre de 2020. “La continuidad institucional es un mecanismo de adaptación organizativa que resulta del principio de acuerdo con el cual el Estado no se paraliza por ninguna causa y, de su consecuencia, que es la necesidad de mantener o preservar el funcionamiento efectivo de las instituciones. El principio en referencia no tiene fundamento en ninguna norma expresa de la Constitución, salvo a considerar una frase contenida en el artículo 339 de la Constitución venezolana, referido al estado de excepción, según la cual ni siquiera en caso de que existan las graves circunstancias que lo justifican puede paralizarse el funcionamiento de los poderes públicos”. Disponible en <https://revistasic.gumilla.org/2020/reflexiones-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/>. Consultado en fecha 15 de noviembre de 2020.

³⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 1300/2005, de fecha 17 de junio 2005. Caso Gobernador de Amazonas. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1300-170605-05-0377.HTM>. Consultado en fecha 4 de diciembre de 2020: “no habiéndose previsto un régimen de transición para el caso (...), debe resolverse que la extensión del mandato debe ser subsumida por el funcionario electo que se encuentre en ejercicio de sus funciones, en aras de salvaguardar la continuidad de la prestación del servicio público y los derechos a la participación política del ciudadano, el cual goza de una presunción de legitimidad en la representación del cargo público, hasta tanto el nuevo Gobernador electo asuma tal cargo”.

y luego en 2013 cuando interpretó el artículo 231 de la constitución a causa de la imposibilidad de juramentación del Presidente de la República³⁵.

La decisión de Asamblea Nacional actual de seguir en ejercicio de sus funciones a partir del 5 de enero de 2021 y hasta que se den elecciones parlamentarias auténticas, se ha concretado en la reforma del Estatuto ya referido, aprobada en la polémica sesión del 26 de diciembre de 2020, la cual, como era de esperarse fue anulada de manera absoluta por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tan solo cuatro días después³⁶. Lo cierto es que, ante la pretendida continuidad, seguramente los Diputados de la AN que la asuman, serán sujetos de una persecución política aún peor. Precisamente por ello, en la misma reforma del Estatuto antes señalada, se ha optado por la conformación de la Comisión Delegada prevista en el artículo 195 de la constitución para cuando opera el receso parlamentario, razón por la cual, en nuestro parecer no se trata de esa Comisión Delegada contemplada para una situación de normalidad constitucional, sino de una Comisión Legislativa *ad hoc*, conformada según el Estatuto con base en el mandato restitutivo de la vigencia de constitución previsto en su artículo 333 lo cual sin dudas será difícil de entender y asumir de manera general y amplia por la comunidad de países organizados en su conjunto.

Estimamos que al final no se trata de determinar si el Parlamento válido fue el electo en el evento de apariencia electoral del 6 de diciembre de 2020, o si la mencionada Comisión Legislativa *ad hoc* encuentra asidero en el artículo 333 de la constitución. La raíz de la crisis institucional está precisamente en la erosión del sufragio como expresión soberana expresada en comicios justos, competitivos y verificables, como única fuente legitimadora del ejercicio del poder legislativo y ejecutivo, conforme a los artículos 186 y 228 de la constitución, respectivamente. Y ese rescate del voto como única vía pacífica para solventar la grave crisis institucional que nos afecta, solo es posible mediante un acuerdo integral que recomponga el compromiso de la sociedad con el respeto de sus principios republicanos y democráticos; a este esfuerzo dedicó sus últimos años nuestro querido y recordado profesor Pedro Nikken. Tenemos la esperanza de que desde donde esté pueda ver con satisfacción la concreción de ese acuerdo algún día.

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 9 de enero de 2013. Caso: Interpretación Artículo 231 de la Constitución. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/02-9113-2013-12-1358.HTML>. Consultada en fecha 4 de diciembre de 2020: “En atención al principio de continuidad de los Poderes Públicos y al de preservación de la voluntad popular, no es admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté) que el gobierno queda ipso facto inexistente. En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa”.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 0234, de fecha 30 de diciembre de 2020. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 5 de enero de 2020.

¿QUERÉIS LIBERTAD?, ¡SEPARAD EL PODER!

Julio César Fernández Toro*

SUMARIO

I. La libertad y su preservación. 1. ¿Cuál libertad? 2. La libertad como valor teleológico de la limitación del ejercicio del poder. II. El origen de la separación de poderes. 1. La formulación de Montesquieu. 2. El aporte de las revoluciones atlánticas. III. La institucionalización de la separación de poderes. 1. La separación de poderes en el constitucionalismo democrático. 2. La separación de poderes en la institucionalización del orden democrático.

Dedicatoria:

Este trabajo constituye un tributo al jurista y profesor Pedro Nikken, quien dedicó gran parte de su vida a crear condiciones para alcanzar y preservar la libertad, en su más amplia acepción, como el reconocimiento, respeto y goce efectivo de los derechos, garantías y dignidad inmanentes de las personas, y con ello su convivencia pacífica, próspera, justa y solidaria.

I. LA LIBERTAD Y SU PRESERVACIÓN

1. ¿Cuál libertad?

Invocar el tema de la libertad obliga revisar el discurso de Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830), pronunciado en 1819 en el Ateneo de París: *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. En su disertación afirma que para los ingleses, estadounidenses y franceses de su época la libertad significaba “el derecho de no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de

* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Doctorando en Ciencias Políticas. Profesor a tiempo completo en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos y posgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Consultor en Reforma del Estado y Mejora de la Gestión Pública. Fue Coordinador de la Comisión de Redacción Jurídica de la Constitución de 1999 y Secretario General del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD.

muchos individuos”¹. Sobre ello, Constant precisa que esa libertad también comprendía los derechos de opinión, de reunión, de libertad económica, de propiedad, de libre tránsito, y de incidir sobre el gobierno, ya sea con el nombramiento de sus funcionarios, mediante representaciones, o presentando peticiones y demandas que debían ser tomadas en cuenta por las autoridades gubernamentales. Mientras que para los antiguos la libertad consistía en participar directamente y en colectivo en el ejercicio de la soberanía, como lo era deliberar sobre la guerra y la paz, decidir la celebración de alianzas con naciones extranjeras, votar las leyes, sentenciar para dar justicia, así como el controlar la gestión de los magistrados, obligándolos a comparecer ante el pueblo y, de ser el caso, acusarlos, absolverlos o condenarlos². Constant resalta que este ejercicio de la soberanía por los antiguos, como una libertad colectiva, se encontraba indisolublemente vinculado a la completa sujeción del individuo a la autoridad del colectivo.

De esa manera, la exposición de Constant distingue la libertad de los antiguos de la libertad de los modernos, muestra un contraste entre una concepción colectivista y publicista de los antiguos, frente a una visión más individualista y privatista de los modernos. El hombre antiguo era soberano en lo público y esclavo en lo privado, mientras el hombre moderno es soberano en lo privado, pero en lo público es solo “soberano en apariencia”³. Sin entrar a considerar las causas que el autor en comento esboza para esta diferenciación entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos: la guerra como una condicionante de la vida en la antigüedad, y el comercio como el elemento dinamizador de la modernidad, lo que requeriría un análisis profundo y extenso, que excedería el objeto de este trabajo, lo cierto es que Constant llega a la conclusión de que para los modernos ya no es posible disfrutar de una libertad como la de los antiguos⁴. Dado que, si bien la finalidad de la libertad de los antiguos era “dividir [compartir] el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria”⁵, esto es, con la participación de cada quien en lo público, como un deber que forma parte de lo que se ha llegado a entender bajo la noción republicana de virtud cívica⁶, en cambio la finalidad de los modernos es “la seguridad de sus goces privados”, por lo que ellos llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos goces⁷. Bajo tal razonamiento, Constant contradecía los postulados de Rousseau y de Mably que pretendían regresar a la antigua ciudadanía republicana en la que el deber de cada individuo era la ciudadanía activa, sometiéndose a la dominación de la autoridad del colectivo y, con ello, renunciando a su independencia en lo privado⁸.

¹ Benjamin Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en: *Del Espiritu de Conquista*, Tecnos, Madrid, 1819/1989, p. 67.

² *Ibid.*, p. 68.

³ *Ibid.*, pp. 68-69.

⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁶ La virtud cívica es en el pensamiento republicano clásico una práctica moral en la vida activa, esto es el deber de los ciudadanos de participar en la vida civil o política de la república. Es el hecho político que pasa a ser causa y consecuencia de la república en tanto comunidad de ciudadanos y de valores. Así, la república o *polity* –república equilibrada– resultaba ser una estructura de virtud, en la que cada ciudadano antepone el bien común al propio, como condición previa de la que se deriva todo lo demás en la propuesta republicana, y por la que la virtud de cada ciudadano salva a todos los otros hombres de los riesgos de la corrupción o de la fortuna –del azar. J.G.A. Pocock, *El momento Maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, tecnos, 2002, Madrid, pp.268-269.

⁷ Benjamin Constant, ob, cit., p. 76.

⁸ *Ibid.*, pp. 78-79

Empero, Constant rechaza la idea de que la libertad antigua y la libertad moderna sean totalmente contrarias, o mutuamente excluyentes, sosteniendo que

La libertad individual, repito, he aquí la verdadera libertad moderna: la libertad política es la garantía y, por consiguiente, es indispensable. Pero pretender de los pueblos en nuestros tiempos que sacrifiquen, como los antiguos, la totalidad de su libertad individual a la política, es el medio más seguro de apartarlos de una para quitarles bien pronto la otra. [...] no necesitamos debilitar la garantía, sino extender los goces; no se necesita renunciar a la libertad política, sino que debe establecerse la civil con otras formas en la política⁹.

De hecho, Constant¹⁰ advierte que el peligro de la libertad moderna precisamente consiste en que, ensimismados en el gozo de nuestra independencia privada, los hombres modernos son fácilmente susceptibles de abandonar su derecho de participación en el poder político, por lo que podrían ser ilegítimamente sometidos por el poder. Y hoy, como hace dos siglos lo comprendió Constant, a la libertad se la tiene que considerar de manera integral, articulando coherentemente la libertad de los antiguos a la libertad de los modernos, lo que significa un proceso histórico de profundización, ampliación y expansión de la libertad del hombre. En palabras del autor en comento: “Lejos nosotros, pues, el renunciar a ninguna de las dos especies de libertad de que he hablado. Es necesario, como he demostrado, aprender a combinar la una con la otra.”¹¹ En concordancia con este aserto, se requiere garantizar que los gobernantes respeten la integridad y amplitud de la libertad: “supliquémosles que se contengan en sus límites, y que estos sean los de ser justos”¹².

Ahora bien, el esfuerzo por preservar la libertad limitando el gobierno tiene una larga tradición desde la Antigua Grecia. Ha sido un afán continuo, y siempre inconcluso, de preservar la libertad del ciudadano, tratando de bloquear el inercial flujo del poder absoluto e ilimitado que conduce a la tiranía del gobierno. En efecto, si el gobierno –acción de gobernar– no se encuentra limitado se corre el riesgo de que sea absolutamente discrecional, y al ser el gobierno totalmente discrecional podría ser arbitrario, y si el gobierno es arbitrario podría violentar la libertad ciudadana, y si el gobierno violenta la libertad de los ciudadanos se estaría en presencia de un gobierno despótico, tiránico. De allí que, para evitar que el gobierno deviniera en una dominación tiránica se persiguió, por distintas vías, que el monarca o magistrado no pudiera gobernar ilimitadamente. Como lo enfatizó Constant, la libertad como cualidad inmanente del ser humano ha ido mutando, profundizándose su significado y ampliándose su alcance, en una evolutiva conquista histórica, que para su protección en todo momento requiere de la limitación del poder del gobernante: “Resígnese, pues, el poder: lo que nosotros necesitamos es la libertad, la cual conseguiremos indefectiblemente; pero como la que precisamos es diferente a la de los antiguos, es necesario que se dé a aquélla una organización diferente”¹³.

Como se apreciará más adelante, en la actualidad esa nueva organización, como garantía de una libertad integral, se encuentra precisamente orientada, entre otras ideas, por la de separación de poderes, que se conjuga con las nociones de democracia –como soberanía popular–, de gobierno representativo –como un poder constituido o derivado del poder constituyente–, y de Estado de derecho –el gobierno representativo limitado por la ley.

⁹ *Ibid.*, p. 86.

¹⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹¹ *Ibid.*, p. 92.

¹² *Ibid.*, p. 90.

¹³ *Ibid.*, p. 89.

2. La libertad como valor teleológico de la limitación del ejercicio del poder

El poder, como fenómeno político, puede ser apreciado desde dos enfoques, uno, desde la *Realpolitik*, como una dimensión factual de la realidad social, lo que implica el estudio de su origen, de los centros y relaciones de poder, de las variables y recursos que condicionan el ejercicio del poder, y del comportamiento concreto de los actores políticos implicados. Otro, desde el compromiso normativo, esto es, a partir de la apreciación del poder conforme a valores y principios de carácter social, moral, político y jurídico que determinan, por ejemplo, la legitimidad del poder, de su ejercicio y de sus resultados, o más específicamente por su origen, finalidad y desempeño, permitiendo diferenciar el buen gobierno del que no lo es, distinguiendo el gobierno justo del despótico.

El adoptar en extremo una de las anteriores perspectivas sobre el poder, excluyendo a la otra, como si fuera una fatalidad dicotómica, y no como abordajes complementarios de un fenómeno humano, podría arribar a conclusiones parciales sobre la realidad, lo que sería un obstáculo insalvable para incidir en su transformación en beneficio de la sociedad. En efecto, algunos autores han sostenido la tesis radical de que la política no significa algo más sino una lucha o conflicto entre fuerzas esencialmente irracionales y sin sentido o, en todo caso, que únicamente responde a los intereses concretos, y que el ejercicio del poder tiene un contenido no precisable¹⁴. Sea que el fundamento, justificación y modo operacional del poder posea o no alguna racionalidad inmanente, o tenga o no sentido, lo cierto es que el ejercicio del poder sí puede estar dotado de racionalidad e institucionalizarse con propósitos bien definidos bajo un determinado compromiso normativo. Por tal motivo, desde los planteamientos de los antiguos filósofos, pasando por las propuestas los clásicos, como Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau, hasta las propuestas de teóricos contemporáneos, se ha considerado conveniente racionalizar el ejercicio del poder. Tanto por compromiso normativo como por razón de Estado, el ejercicio del poder tiene que ser racionalizado para que su limitación o condicionamiento, mediante valores, permita su institucionalización transformándolo en política. En el primer supuesto, para perseguir el logro de valores universales como lo son la libertad y la justicia, en el segundo, para garantizar que la preservación de los valores contribuya con la estabilidad y viabilidad de un sistema político, y con la integración de ambos componentes para procurar el buen gobierno.

Desde la antigüedad se ha partido de la premisa según la cual el ejercicio del poder, como dominación o gobierno, de manera ilimitada, omnipotente, sin control, podía llegar a ser un ejercicio tan discrecional y arbitrario, que posiblemente sería abusivo, despótico, y de ser así, sin duda, violentaría la libertad de los ciudadanos, lo que sería injusto. En efecto, desde Platón y Aristóteles, en sus reflexiones sobre la *polis*, se muestra la preocupación de que gobernantes todopoderosos y desmedidos ejercieran el poder político sin prudencia, medida o ponderación, imponiendo la satisfacción de sus intereses particulares sobre el bien común, sin tomar en cuenta el interés de todos, constriñendo tanto la libertad colectiva como individual de los ciudadanos. De suyo, tal premisa conllevaba a la imperiosa necesidad de limitar y controlar el ejercicio del poder. De allí que, con tal propósito, se llegaron a formular tres tipos de medios destinados a evitar el ejercicio despótico del poder¹⁵, a saber:

¹⁴ Como, por ejemplo, lo sostienen Pareto Sorel y Oswald Spengler, citados por Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 264.

¹⁵ Para no caer en el error del anacronismo, se advierte que esta distinción o clasificación se hace desde la lejanía temporal del presente, y de ninguna manera se puede aseverar que los tres tipos o clases que

- i. Limitaciones del ejercicio del poder de carácter objetivo. Consiste en una formulación que podría definirse como racional, valorativa y normativa, ya que el ejercicio del poder político sería controlado por parámetros preestablecidos. Esto es, el ejercicio del poder estaría orientado y limitado por reglas valorativas sobre lo justo y lo injusto, sobre lo conveniente e inconveniente, sobre lo oportuno y lo inoportuno. De tal manera se predispone cómo debe ejercerse el poder político, se preestablece en general cómo deben proceder y qué deben decidir los gobernantes. Frente al daño que produciría el ejercicio ilimitado del poder por los gobernantes, en la Antigua Grecia se pensó que una de las fórmulas para controlarlo era el sometimiento de los gobernantes a la ley. El gobierno debía ser el de la ley y no el de los gobernantes. Así, en la *polis*, tanto los gobernados como los gobernantes debían respetar la ley. En ese sentido, se erigió a la ley como la primera barrera de contención del ejercicio desmedido, desbocado, del poder.
- ii. Limitaciones del ejercicio del poder de carácter subjetivo. Es la que se refiere a una variable que toma en cuenta las fuerzas sociales, las clases, los sectores y todo centro de intereses, ya que el ejercicio del poder político se limitaría y controlaría a través de la incidencia de esas comunidades o colectivos en la formación de la política. Vale decir, la limitación o control sobre el ejercicio del poder se produce mediante la diversidad de quienes participarían en las distintas funciones o instancias del gobierno. Estos distintos sujetos, individuales o colectivos, defenderían sus intereses, por lo que habría una conjugación de intereses, ya sea esta confluencia de intereses armónica o contradictoria, integradora de los mismos o unos imponiéndose sobre los otros. Es la propuesta inicialmente formulada por Aristóteles¹⁶ que conocemos como constitución mixta, gobierno moderado o gobierno atemperado, según la cual el ejercicio del poder se debe producir por mixturas entre varias de las formas de gobierno que Aristóteles consideraba bajo las denominaciones de monarquía –por uno–, oligarquía –por pocos– y democracia –por muchos–, y cuyas mezclas más satisfactorias para el estagirita constituían la república y la aristocracia. Esto es, el poder se ejercía de manera separada o conjunta a través de la participación del uno, de los pocos y de los muchos. Esas formas de ejercicio del poder suponía que en la *polis* había decisiones y funciones –en sentido general, la triada descrita por Aristóteles integrada por el elemento deliberativo, las magistraturas¹⁷ y la administración de justicia¹⁸ que eran funciones realizadas separadamente por uno, por varios o por todos los ciudadanos, o efectuadas concurrentemente por varias de dichas mixturas de participación de las clases sociales en la *polis*, fuera de manera simultánea o sucesiva, creando actos complejos por la confluencia de distintos sujetos –individuales o colectivos–, núcleos o instancias que ejercían el poder. En definitiva, los intereses de distintos sectores de la *polis* debían confluir en el ejercicio de las tres funciones indicadas. Aunque Aristóte-

se exponen fueran caracterizados durante la Antigüedad. Para la elaboración de este trabajo, no se ha tenido conocimiento que en dicha época se tuviera alguna conciencia sobre una tipología construida bajo la significación de los tres medios de limitación del ejercicio del poder político que aquí se caracterizan.

¹⁶ Aristóteles, *Política*, Gredos, Madrid, s.f./1998, pp. IV 9, 294a1 ss.

¹⁷ Aristóteles consideró como magistraturas, en términos generales a “aquellas a las que se les encomienda deliberar sobre ciertos asuntos, decidir y ordenar, y sobre todo esto último, pues el dar órdenes es más característico de un gobernante”. *Ibid.*, pp. IV 15, 1299a4.

¹⁸ *Ibid.*, pp. IV 14, 1298a2.

les privilegiaba la participación de las clases medias, ya que consideraba que la mejor comunidad era la constituida mayoritariamente por estas, haciendo posible un mejor gobierno de las ciudades¹⁹, esto es, un gobierno moderado, con elementos democráticos y oligárquicos, cuya síntesis constituía la república²⁰.

Este segundo tipo de limitaciones atendía a la idea de que la acumulación del poder en una mano o en pocas manos, en un único actor o factor político, podía vulnerar la libertad de los súbditos o ciudadanos, mientras que la disgregación del mismo en varios centros de poder la protegería.

iii. Limitaciones al ejercicio del poder de carácter fundacional. Es la limitación del ejercicio del poder por su origen. Conforme a lo cual el ejercicio del poder político se encuentra limitado por la legitimidad o no de su fuente. Esto es, hace referencia a la noción de soberanía, en particular de la soberanía en el Estado²¹. Y, como limitación del ejercicio del poder, hay que señalar que la evolución histórica de esta formulación al final se ha consolidado en la idea de que únicamente se considera legitimado, y por tanto limitado, aquél que se deriva de la voluntad popular, esto es, por las decisiones políticas alcanzadas democráticamente²². Esta última teoría sobre la soberanía es la dominante en nuestros días.

Un tratamiento profundo sobre los métodos de limitación del poder y su evolución, requeriría de un extenso estudio histórico-analítico sobre su evolución en el pensamiento jurídicopolítico y, en particular, en el constitucionalismo, que es imposible abordar a través del presente trabajo. Por consiguiente, lo importante a los efectos de este texto es la referencia a que el constitucionalismo, entre otros contenidos sustantivos, se encuentra estrechamente vinculado al tratamiento del poder, de su origen y de su ejercicio con base en diversos valores y principios constitutivos de la premisa del buen gobierno, el que garantiza la libertad²³.

¹⁹ *Ibid.*, pp. IV 11, 1295b10.

²⁰ *Ibid.*, pp. IV 9, 294a1 y ss.

²¹ En la actualidad se comprende que la locución soberanía puede entenderse en dos acepciones: la soberanía del Estado y la soberanía en el Estado. En el presente trabajo se adopta la expresión: soberanía en el Estado, que define dentro del Estado nación cuál es el centro jurídicopolítico titular del poder constituyente: el soberano, origen de todo poder, y que en una estructura de gobierno institucionalizada el soberano puede ejercer su poder directamente, o por intermedio de representaciones políticas, esto es, a través de un poder constituido o derivado del poder constituyente. Mientras que la soberanía del Estado hace referencia a esta entidad como soberana en el ámbito internacional, esto es, independientemente frente a otros Estados nación y otras entidades internacionales. Al respecto, véase: Maurice Duverger, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 53-55.

²² Esta tesis de la soberanía popular, por la que el pueblo es el titular del poder constituyente, fuente única del poder político, de la que se deriva el poder constituido o derivado que es el Estado, el poder público, va a depender de qué se considera bajo el concepto de pueblo. En efecto, el contenido de ese sujeto político colectivo, de esa comunidad política, denominada pueblo, va a depender de su integración por aquellas personas con derecho a la participación política de conformidad a criterios o parámetros de inclusión/exclusión, tales como: la nacionalidad, la edad, el sexo, la condición socioeconómica, la raza o la religión. Si bien, históricamente el concepto de pueblo se ha venido ampliando en cuanto a quienes lo integran, y el derecho de participación se ha venido profundizando en cuanto al poder de su incidencia en el ejercicio del poder político, así como extendiendo con el aumento de ámbitos de lo público en los que puede participar y de los medios por los que puede participar.

²³ En cuanto a la historia del constitucionalismo, McIlwain periodiza el constitucionalismo en: i) Constitucionalismo antiguo, que implicaba la limitación del gobierno por el derecho, como contrario al gobierno despótico. Este podía ser por la exigencia griega de un gobierno justo y moderado, bajo las ideas de Cicerón en Roma por el sometimiento al derecho natural, o en la edad media por los privilegios y libertades garantizados y respetados por el monarca. ii) Constitucionalismo moderno, en el que los gobernantes se sometían a las leyes aprobadas por el parlamento, en un dilatado proceso que se

II. EL ORIGEN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

1. La formulación de Montesquieu

A pesar que algunos autores sostengan que la idea de separación de poderes tiene sus orígenes en la Grecia Antigua, con Platón y Aristóteles, lo cierto es que el concepto de separación de poderes como lo comprendemos en la modernidad no puede encontrarse antes de su elaboración por Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, en su obra *De l'esprit des loix*²⁴, posteriormente adaptado por el constitucionalismo estadounidense en los diseños plasmados en las constituciones de los Estados surgidos de la independencia de las colonias anglosajonas de América.

Los pensadores que antecedieron al Barón de Montesquieu no pretendieron bosquejar un concepto como el suyo y, como se verá luego, no podían haberlo formulado, porque no contaban en sus respectivas épocas con las ideas, desarrollos teóricos y diseños institucionales que eran necesarios para arribar a su elaboración, y con los que si contó el Señor de La Brède.

En cuanto a los mecanismos de regulación y limitación del poder de los gobernantes, para Montesquieu el sometimiento a la ley y la participación de los estamentos sociales de su época, mediante algunos medios e instancias de representación, eran mecanismos imprescindibles, pero no suficientes, así que consideró que la protección de la libertad del súbdito o del ciudadano, restringiendo el poder del gobernante, requería de otro componente adicional, que implicaba otra manera de regular y limitar el ejercicio del gobierno. Por ello, a diferencia de las propuestas de sus supuestos antecesores, el Señor de La Brède persigue impedir que el poder se concentre en un único centro, ya fuera que estuviere constituido por uno o varios individuos, que actuaran a título personal o institucional, y que este último fuera un órgano unipersonal o colegiado representativo de una ficción jurídicopolítica, de un estamento social o de toda la comunidad política. Empero, Montesquieu no solo plantea la necesidad de evitar la concentración del poder y proponer su disgregación, sino que establece principios y mecanismos para ello, en una teoría de equilibrios y controles entre poderes que ningún otro autor formuló antes que él.

Para explicar cómo se origina el despotismo, Montesquieu denuncia que: "... aquellos príncipes que han querido hacerse déspotas, siempre han empezado por acumular en su persona todas las magistraturas, y algunos reyes de Europa todos los grandes cargos de su Estado"²⁵. En cuanto al origen primigenio del despotismo, de la tiranía, expone que se debe a que todo ser humano dotado de poder abusará de él "hasta dónde encuentre límites". De allí que la existencia de límites al ejercicio del poder

consolidó en Inglaterra entre 1688 y 1689 con la Revolución Gloriosa, dando origen a las monarquías constitucionales. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15, 37, 108-111, 115-179.

²⁴ Montesquieu (1689-1755), como es comúnmente conocido, fue uno de los intelectuales más resaltantes de la ilustración, y su obra en referencia fue publicada por primera vez en 1748. Vivió durante año y medio en Inglaterra (1729-1731), lo que le permitió conocer de cerca como operaba la monarquía constitucional del Reino de Gran Bretaña, adoptada a partir de la Revolución Gloriosa (1688-1689). Estando a favor del régimen monárquico y del mantenimiento de los estamentos sociales, se opuso tanto al absolutismo de Bodin como a la adopción de la forma de gobierno democrática o popular. Para sus análisis sociales y políticos asumió el método experimental, analítico, hipotético y sintético de las ciencias físicas, iniciado por Galileo, promovido en las ciencias sociales por Francis Bacon, y que luego Newton se esforzó por darle rigurosidad científica. La Iglesia Católica prohibió su obra: *El Espíritu de las Leyes* (1748), incluyéndolo en 1751 en el *Index Librorum Prohibitorum*.

²⁵ Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, Origen, 1748/2003, p. 119.

es la clave para que no se dé el abuso de poder. En palabras del autor: “Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder refrene al poder”²⁶. Con esta última afirmación el Señor de Brède crea el fundamento lógico de su propuesta de distribución o división de poderes.

Bajo esta nueva perspectiva para limitar el poder del gobernante, evidentemente, Montesquieu se oponía a la propuesta de Jean Bodin (1530-1596), quien en su obra *Los Seis Libros de la República* (1576) formuló una teoría acabada de la soberanía en el Estado, de naturaleza absolutista, concibiéndola como la cualidad por la que el poder político se encontraba concentrado en un único titular, y con base a dicho concepto Bodin defendió con fuerza la adopción del poder concentrado en el rey, esto es, la defensa de la monarquía absoluta. Mientras que Montesquieu, siendo también partidario de la monarquía, sin embargo, se opuso a la monarquía absoluta, y por ello, igualmente sostuvo que la libertad no era posible en formas extremas de gobierno²⁷ como la democracia o la aristocracia, y solo era posible en los gobiernos de constitución mixta, o moderados²⁸, esto es, aquél que, de alguna manera, en clave aristotélica comprende algún tipo de participación simultánea en el gobierno del uno, de los pocos y de los muchos, a lo que Montesquieu le da operatividad mediante un arreglo orgánico-funcional para división o distribución de funciones o de poderes.

Con base en tales consideraciones, el Señor de La Brède tomó como ejemplo para su propuesta de limitación del poder al sistema de gobierno existente en la Inglaterra de su época, a la que calificó como una nación “cuya constitución tiene por objeto directo la libertad política”²⁹. Vinculando con esta expresión el destino de la libertad de los ciudadanos a una estructura orgánico-funcional de gobierno. Lo que en la actualidad, bajo la perspectiva metodológica de Dieter Nohlen, sería establecer una relación entre la variable institucional y un determinado resultado político³⁰.

Ahora bien, para fundamentar teóricamente su propuesta de separación de poderes, Montesquieu aprovechó las leyes de la física de Newton, que en particular le permitió elaborar la idea de que “Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder refrene al poder”³¹. Esta formulación teórica, por la que *le pouvoir arrête le pouvoir* –un poder detiene a otro poder–, es lo que le permitió al Señor de La Brède desarrollar su *système d'équilibre et contrôles* o *cheks and balance system* –sistema de equilibrio y de controles mutuos. De manera que, bajo un criterio orgánico-funcional, se produce una repartición de las potestades del Estado entre sus distintos órganos superiores o autoridades máximas, para que ejerzan sus competencias respectivas con dos condicionalidades: i) Con la ejecución autónoma de competencias, bajo controles exclusivamente por motivos de ilicitud –supuestos de hecho previstos expresamente por el ordenamiento jurídico como inaceptables. Esto es, que el órgano o autoridad ejerce pacíficamente su competencia mientras no cometa un ilícito, pero en el caso de que produzca una posible usurpa-

²⁶ *Ibid.*, p. 118.

²⁷ Forma de gobierno es el término que el propio Montesquieu utiliza para identificar a los gobiernos de uno, la monarquía, de muchos, la república/democracia, o de varios, la aristocracia. *Ibid.*, p. 117.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibid.*, p. 118. En este caso, y antes de la revolución angloamericana, la locución “constitución” se refería a la forma o manera como se estructuraba el gobierno, y no como la conocemos hoy referida a un texto normativo fundacional y fundamental de los Estados-nación.

³⁰ Dieter Nohlen, “Sistemas de Gobierno. Perspectivas conceptuales y comparativas”, en: *Presidencialismo versus Parlamentarismo*, Nueva Sociedad, Caracas, 1991, p. 51.

³¹ Montesquieu, ob. cit., p. 118.

ción de funciones, desviación de poder, abuso de poder, o cualquier otra especie de ilícito, otro órgano o autoridad de control subsanará el vicio o el ejercicio irregular de la competencia. ii) Con la ejecución autónoma de competencias, bajo controles de oportunidad y conveniencia. Si bien el órgano o autoridad al ejercer su competencia no comete ningún ilícito, sin embargo, para que el acto o acción resultante sea válido requiere que otro órgano o autoridad de control evalúe su conveniencia u oportunidad. En el caso de que la evaluación sea negativa, el acto o acción es impedido, anulado, diferido o modificado.

La idea de una separación de poderes autónomos y en equilibrio, que se controlan mutuamente, se aplica a lo que en el Derecho Constitucional se ha denominado bajo la categoría de sistema de gobierno, esto es, al complejo orgánico-funcional que ejerce el gobierno. Es el arreglo institucional que regula el conjunto de funciones del Estado que se identifican como fundamentales, de los órganos o autoridades que las ejercen, de los vínculos que asocien a las funciones identificadas como tales, y de las relaciones que se establezcan entre los órganos o autoridades que intervengan en la realización de dichas funciones. Bajo este criterio orgánico-funcional es que se establece una estructura de gobierno, en lo que hoy puede entenderse como un eje horizontal de funciones y órganos o autoridades estatales desconcentrados y, a la vez, coordinados.

A la expresión sistema de gobierno suele dársele en la actualidad dos acepciones posibles, según sea el alcance de las funciones y de las autoridades u órganos implicados. Una primera definición es *lato sensu*, por lo que considera a todas funciones estatales fundamentales y a todos los órganos o autoridades que intervengan en las mismas. En tal sentido amplio, por lo general, se suele tomar en cuenta la antigua triada griega de funciones que hoy comprende el legislativo, el ejecutivo y el judicial, así como también, en casos como el de la Constitución venezolana de 1999 por la que se reconocen dos nuevas funciones fundamentales, estableciendo un diseño pentapartito constituido por las tres funciones o poderes mencionados a los que se le agregan el poder ciudadano y poder el electoral. Una segunda acepción es *stricto sensu*, que únicamente abarca bajo un criterio funcional a los poderes legislativo y ejecutivo, a los que se llega a considerar como los únicos procesos o ámbitos estatales de racionalidad exclusivamente política, y por ello descarta la función o poder judicial, al que se le atribuye una racionalidad más bien técnica —o esencialmente jurídica. Bajo este significado restringido, bipartito, es que se suelen proponer clasificaciones de sistemas de gobierno que incluyen algunos tipos como lo pueden ser los presidenciales, parlamentarios y mixtos o híbridos o de fases alternas.

Ahora bien, al estudiar la constitución inglesa el Señor de La Brède sostiene que todo Estado posee “tres géneros de poder: el poder legislativo, el poder ejecutivo de lo que depende el derecho de gentes [en la actualidad el derecho internacional] y el poder ejecutivo de lo que depende el derecho civil [el derecho interno]”³². A los que concibe de la manera siguiente: i) El poder legislativo, es por el que el príncipe o magistrado hace leyes y corrige o deroga las ya existentes. ii) El poder ejecutivo del que depende el derecho de gentes, es por el que el príncipe o magistrado hace la paz y la guerra, envía y recibe embajadas, dispone la seguridad, previene invasiones. A este poder lo denomina poder ejecutivo del Estado. iii) El poder ejecutivo del que depende el derecho civil, por el que el príncipe o magistrado castiga los delitos o juzga las querellas de los particulares, al que llama poder de juzgar, o poder judicial. De esta manera, Montesquieu desprende del estudio del Estado inglés una clasifica-

³² *Ibid.*, p. 118.

ción tripartita del poder público o del Estado similar en número de factores, aunque no igual, a las que fueron expuestas por pensadores como Platón y Aristóteles —en referencia a la *polis* griega—, o posteriormente por Marsilio de Padua o John Locke. Se puede apreciar que el autor identifica cada poder bajo un criterio funcional, esto es, identifica las funciones fundamentales del Estado y cada una de estas funciones al atribuírsela a autoridades y órganos constituye un poder singularizado, los que deben corresponder a monarcas, magistrados, cuerpos o personas distintas. En definitiva, el Señor de La Brède mediante una manera de estructuración del sistema de gobierno —variable institucional— se propuso proteger la libertad política —resultado político.

Sin embargo, en verdad Montesquieu no trabajó con la triada institucional de poderes antes descrita, como se desprende de la lectura de *El Espíritu de las Leyes*, en particular de su “Libro XI. Sobre las Leyes que Forman la Libertad Política en su Relación con la Constitución”, observándose la existencia de una cierta inconsistencia en la identificación de cada función, su denominación y su atribución a un príncipe, magistrado o cuerpo de magistrados, como base para diseñar su sistema de separación de poderes. En efecto, como se ha visto, primero afirma³³ que en cada Estado existen tres poderes: un legislativo, un ejecutivo del que depende el derecho de gentes, y otro ejecutivo del que depende el derecho civil, como tres géneros de poder, pero después pasa a redefinir estos tres poderes en legislativo, ejecutivo y de juzgar. Con lo que pareciera, en un primer momento, que contempla una estructura de sistema de gobierno enteramente tripartita, con la configuración que hoy se le confiere, esto es, con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Empero, como se expone más abajo, el autor luego sostiene que el poder judicial es neutro o nulo, por lo crea la duda de si ciertamente está formulando su propuesta de separación de poderes en una triada, así como la incógnita de cuál es la composición de esa posible triada.

Ciertamente, el Señor de La Brède³⁴ luego sostiene que “De los tres poderes que hemos hablado [legislativo, ejecutivo y de juzgar], el de juzgar es, en cierto sentido, nulo. No quedan, entonces, más que dos”: el poder legislativo y el poder ejecutivo. Por lo que el autor solo considera esos dos poderes —o funciones— de importancia política para su formulación del concepto de separación de poderes y, en consecuencia, de su utilidad a los fines de crear con ellos un sistema de equilibrios y de controles mutuos. Y agrega, “como se hace imprescindible un poder regulador para moderarlos, la parte del poder legislativo compuesta por los nobles es muy adecuada para hacerlo”. Así, Montesquieu establece que la representación de los nobles —la Cámara de los Lores— constituye un poder que controla o modera el ejercicio del poder legislativo y del poder ejecutivo. Más adelante el Señor de La Brède³⁵, al hablar de “la constitución fundamental del gobierno”, se refiere a las dos partes que conforman el cuerpo legislativo, los representantes de los nobles y los representantes de los comunes, reunidos por separado, y al poder ejecutivo, a los que seguidamente los menciona como “Estos tres poderes”, con lo que alude a la cámara nobiliaria del legislativo, a la cámara popular del legislativo y a la corona como poder ejecutivo, sin considerar al poder de juzgar de los tribunales populares. Nuevamente, en clave contemporánea, solo se refiere a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo. Con dicho aserto, es obvio que para Montesquieu la solución será la necesidad de dividir o distribuir el poder público o el poder del Estado en los tres nuevos poderes ahora identificados por él —con exclusión del poder de juzgar del pueblo—, y que, adicionalmente, están atribui-

³³ *Ídem*.

³⁴ *Ibid.*, p. 121.

³⁵ *Ibid.*, p. 124.

dos a autoridades o cuerpos distintos: el monarca es titular del poder ejecutivo, los representantes de los nobles con una de las dos partes u órganos del poder legislativo y con algunas funciones judiciales excepcionales, y los representantes del pueblo con la otra parte u órgano del poder legislativo.

Montesquieu³⁶ resume parte del sistema de controles mutuos de la manera siguiente: “Compuesto el cuerpo legislativo de dos partes, la una refrenará a la otra por el recíproco derecho de veto. Ambas se hallarán a su vez refrenadas por el poder ejecutivo que, a la suya, lo estará por el legislativo”. Al mismo tiempo, el autor establece el principio de colaboración entre poderes, al indicar que “Estos tres poderes [...] por el necesario movimiento de los acontecimientos, se hallan obligados a actuar, tendrán que hacerlo concertadamente”.

Regresando sobre la formulación de la separación de poderes del Señor de La Brède, recuérdese que la idea de limitar el poder de los gobernantes se soportaba en tres elementos: i) la existencia de leyes que los sometiera; ii) una participación de todos los estamentos sociales en el gobierno; y, iii) un sistema de equilibrio de poderes y de controles mutuos entre los órganos o autoridades –siguiendo la idea de que el poder es lo único que frena al poder. Esta formulación institucional de Montesquieu es distinta a las anteriores y, además, cualitativamente superior, por su análisis de la realidad, concepción y diseño si bien es aún elemental a como se comprende en la actualidad. Montesquieu³⁷ lo resume así: “Compuesto el cuerpo legislativo de dos partes, la una refrenará a la otra por el recíproco derecho de veto. Ambas se hallarán a su vez refrenadas por el poder ejecutivo que, a la suya, lo estará por el legislativo”.

La separación de poderes que formuló el Señor de La Brède pretendió ser una solución universal para impedir el despotismo de la monarquía absoluta, pero sin abandonar el régimen monárquico. La participación de los estamentos en el gobierno prevista por Montesquieu no se produce de manera integrada, esto es, que la participación de los estamentos no se realiza en el mismo espacio político-institucional, los estamentos no se juntan en el mismo órgano de representación que ejerce la función legislativa, ni participan simultáneamente en el mismo órgano. Así es como Montesquieu mantiene la dualidad de la función judicial, de manera que los nobles son juzgados por sus pares, cuyo órgano superior es la Cámara de los Lores, y los comunes son juzgados por sus iguales, mediante un sistema de justicia administrado por el poder ejecutivo. Pero sin que la función judicial sea parte de su *système d'équilibre et contrôles*.

2. El aporte de las revoluciones atlánticas³⁸

Con sus principales características, el concepto de separación de poderes de Montesquieu configuró uno de los pilares del Estado moderno de Occidente, un concepto

³⁶ *Ídem*.

³⁷ *Ibid.*, p. 124.

³⁸ La denominación de revoluciones atlánticas es utilizada en la historia del pensamiento político para describir los procesos revolucionarios que se desarrollaron entre 1750 y 1850 alrededor del Océano Atlántico, una época considerada bisagra, por ser el período de transición entre la premodernidad y la modernidad. En ese período se produjo un fecundo y fluido intercambio intelectual, por el que emergieron y circularon las ideas políticas que detonaron revoluciones en las colonias angloamericanas, Francia, Haití, y las colonias hispano y lusoamericanas, afectando también a Inglaterra, España y Portugal. Con las revoluciones atlánticas se instituyeron nuevas estructuras de poder nacional en Europa y América, y se modificaron las relaciones entre todos los Estados implicados. Sobre el origen y desarrollo del concepto, véase: Bernard Bailyn, *Atlantic History. Concept and Contours*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.

apodíctico³⁹, al lado de: la separación entre el poder del Estado y el poder de la religión —en especial de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana—; de la noción de Estado de derecho; del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del hombre —la incorporación de una carta de derechos—; de la idea de soberanía popular —el régimen democrático—; y del gobierno representativo —que como poder constituido se diferencia del poder constituyente. Ahora bien, el concepto inicial de separación de poderes del Señor de La Brède sufrió una variación significativa, pero regida por el mismo principio esencial postulado por Montesquieu que sustenta su concepto de separación de poderes: “Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder refrene al poder”⁴⁰. En efecto, esta variación se refiere a la incorporación del poder judicial como componente integrante del sistema de equilibrio y controles mutuos entre los poderes-órganos que integran el sistema de poderes del Estado.

La incorporación del poder judicial al concepto de separación de poderes de Montesquieu emergió formalmente, primero: i) En la Revolución Angloamericana, a partir de algunas de las constituciones de las excolonias británicas de América del Norte, inicialmente establecido expresamente en la Declaración de Derechos y la Constitución de Virginia (1776), así como luego aplicado en la Constitución de los Estados Unidos de América (1789). Posteriormente, en: ii) La Revolución Francesa, mencionado expresamente el concepto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y aplicado por la Constitución francesa de 1791. iii) La Revolución Hispanoamericana de Tierra Firme —Virreinato de Nueva Granada y Capitanía General de Venezuela—, por primera vez aplicado en la Constitución de Cundinamarca (30/3/1811), más explícitamente en la Constitución de Tunja (23/12/1811), y expresamente en la Constitución Federal para los Estados de Venezuela (23/12/1811).

Empero, la variación que sufrió la propuesta orgánico-funcional de Montesquieu no incluyó solamente que el poder judicial se expresara en órganos y jueces que no formaran parte de los poderes legislativo y ejecutivo, ni subordinados a ellos, ni que además tuviera como poder una total autonomía funcional en el ejercicio de la judicatura frente a dichos poderes. Lo más importante en la incorporación del poder judicial al sistema de equilibrios y controles del gobierno —en sentido amplio—, aparece a consecuencia de la adopción de las constituciones escritas y de su distinción jerárquica frente a las leyes ordinarias, lo que dio lugar a la aparición del principio de supremacía constitucional, y con este principio la necesidad de un mecanismo que lo hiciera efectivo. Nace de esta manera el imprescindible control de constitucionalidad, primero, sobre los actos legislativos y, luego, sobre los actos ejecutivos. Lo que, en definitiva, implicó integrar, bajo un criterio orgánico-funcional, el poder judicial al sistema de equilibrios entre poderes y controles mutuos.

Esta incorporación del poder judicial como componente activo al engranaje del sistema de equilibrios y controles ideado por el Señor de La Brède, fue expuesto y explicado teóricamente en *El Federalista*⁴¹ en cuanto a la estructura del sistema de

³⁹ La locución apodíctica/apodíctico es un adjetivo que significa que lo calificado es “Incondicionalmente cierto, necesariamente válido”. RAE, DLE.

⁴⁰ Montesquieu, ob. cit., p. 118.

⁴¹ *El Federalista* —*The Federalist Papers*— es un compendio que reunió un conjunto de ochenta y cinco artículos escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, publicados en los periódicos de New York: *The Independent Journal*, *New York Packet* y *The Daily Advertiser* entre octubre de 1787 y agosto de 1788. Los tres autores, siempre con el título *The Federalist* y bajo el seudónimo de Publius, elaboraron una elocuente apología a la nueva Constitución que creó Los Estados Unidos de América, para favorecer su ratificación por los estados que no la habían aprobado.

gobierno establecido en la Constitución de los EE. UU. La exposición general del sistema de poderes tripartito se encuentra en los artículos Nos 47 y 48 (atribuidos a Madison), y en los artículos Nos 49 a 51 (atribuidos a Hamilton o Madison). Mientras que la incorporación del poder judicial en particular aparece expuesta en los artículos Nos 78 al 83 (atribuidos a Hamilton)

En el artículo N° 47 de El Federalista, Madison da cuenta de la crítica según la cual en la Constitución de los EEUU se había violado

[...] la máxima política según la cual los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial deben ser distintos y diferentes. Dicen que en la estructura del gobierno federal no se ha tenido en cuenta esta precaución esencial a favor de la libertad. Los varios departamentos del poder se hallan distribuidos y mezclados de tal manera que se destruye toda simetría y belleza en el arreglo, exponiendo a ciertas partes esenciales del edificio al peligro de verse aplastadas por el peso desproporcionado de otras⁴².

A lo que Madison, citando a Montesquieu, contesta:

No, puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, o si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo, no quería decir que estos departamentos no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos⁴³.

Exponiendo a continuación varios casos en los que, en el sistema de gobierno inglés, como lo había expuesto el Señor de La Brède, efectivamente procedía la intervención parcial de un poder sobre los actos de otro. Agregando que, si bien la manera enfática de los términos “con que se ha establecido este axioma” pueden interpretarse como absolutos, empero, “no hay un solo caso en que los departamentos del poder se hayan conservado completamente aislados y distintos.” En consecuencia, e interpretando correctamente la formulación del concepto por Montesquieu, la separación de poderes no es una mera división entre funciones y órganos que actúan independientemente en todo, sino más bien, bajo la máxima de que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”, implica la existencia de controles mutuos, en los que unos poderes actúan sobre las decisiones o actos de otros poderes, con el propósito de impedir que el ejercicio totalmente discrecional y arbitrario del poder pueda violar la libertad de los ciudadanos.

En el siguiente artículo, el N° 48, Madison argumenta que a no ser que los poderes legislativo, ejecutivo o judicial “se hallen tan íntimamente relacionados y articulados que cada uno tenga injerencia constitucional en los otros, el grado de separación que la máxima exige como esencial en un gobierno libre no puede nunca mantenerse debidamente en la práctica”⁴⁴. La argumentación continúa en los artículos Nos. 49, 50 y 51 que pudieron haber sido escritos tanto por Hamilton o por Madison.

Ahora bien, en cuanto a la particular integración del poder judicial como componente de la estructura del sistema de gobierno y su participación en los controles interpoderees, Hamilton en el artículo N° 78 de El Federalista afirma que

La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras

⁴² James Madison, Artículo N° 47, en: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, epub, México, 2012, p. 306.

⁴³ *Ibid.*, p. 308.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 314.

semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta⁴⁵.

Bajo esta argumentación, Hamilton deja en claro que para el constitucionalismo estadounidense es fundamental el principio de supremacía constitucional, y que el control de constitucionalidad por parte de los tribunales de justicia resulta esencial. Estableciendo a continuación que la consecuencia del principio de supremacía constitucional es que “todo acto de una autoridad delegada [por el pueblo], contrario a los términos del mandato [constitucional] con arreglo al cual se ejerce, es nulo”. Esto es, en cuanto al control de constitucionalidad sobre los actos legislativos, que

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios⁴⁶.

Sobre lo que Hamilton advierte que ello no puede ser entendido como que el poder judicial es superior al poder legislativo, sino que, bajo el principio de soberanía popular, el pueblo es superior tanto al legislativo como al judicial. De allí que los tribunales, entre un acto de una autoridad superior y poder originario, y un acto de una autoridad inferior y poder derivado, debe validar al primero y declarar la nulidad del segundo⁴⁷. Por ello Hamilton, en el artículo N° 80 de *El Federalista*, sostiene que es obvia la necesidad de que siempre exista un medio constitucional para dotar de eficacia a las disposiciones constitucionales, lo que implicaba que la autoridad judicial de la Unión debía incluir, entre otras competencias, a los casos en “que surjan con motivo de las leyes de los Estados Unidos, promulgadas por estos en ejercicio de sus facultades justas y constitucionales de legislación”⁴⁸, y los que “tengan relación con el cumplimiento de las disposiciones expresas de los artículos de la Unión [Constitución]”⁴⁹.

Bajo tales consideraciones, el pensamiento juridicopolítico desarrollado durante la revolución angloamericana introdujo innovaciones que constituyeron un salto cualitativo del que surgió el constitucionalismo moderno. Si bien, las ideas sobre la necesidad del reconocimiento y formalización de las libertades y los derechos inalienables del ciudadano, y de su protección a través de la limitación del poder del gobernante, eran previas, sin embargo, la perspectiva teórica con que se abordaron y las fórmulas desarrolladas para el logro de tales fines fueron novedosas. Entre los medios considerados y adoptados podemos resaltar: el gobierno representativo, con la elección de los legisladores y de la autoridad ejecutiva con un mandato temporal limitado, con base en la idea de la soberanía popular; la idea de la separación de poderes formulada por Montesquieu, empero, con una estructura modificada del sistema de gobierno, que incluyó al poder judicial como componente esencial del sistema de controles interpoderes; el federalismo, con una estructura de gobierno a dos niveles; y todo ello,

⁴⁵ Alexander Hamilton, Artículo No 78, en: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, epub, México, 2012, p. 498.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 499.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 500.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 509.

⁴⁹ *Ídem*.

finés y medios, regulado por normas escritas articuladas en un texto jurídico único: la constitución escrita, con la cualidad de ley fundamental como expresión genuina de la voluntad popular y, por consiguiente, con supremacía sobre toda otra norma o acto del gobierno representativo.

De allí la necesidad de garantizar la efectividad del mandato popular plasmado en la constitución, mediante la tutela judicial de la constitucionalidad de las normas y actos realizados por los órganos de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno representativo. Esta protección de la supremacía constitucional tiene su origen en la revisión judicial de las leyes aprobadas por el parlamento —*judicial review of legislation*—, que surgió en la *common law* inglesa, por la que los tribunales podían llegar a declarar la nulidad de una ley que fuera contraria al derecho común o a la razón, o inaplicable. Pero a partir del constitucionalismo angloamericano se consideró imprescindible que el poder judicial tuviera atribuida una expresa competencia para ejercer el control de constitucionalidad, dando nacimiento a la llamada jurisdicción constitucional.

Ahora bien, a pesar del muy bien desarrollado pensamiento juridicopolítico expuesto en *El Federalista* sobre la incorporación del poder judicial al sistema de equilibrios y controles mutuos entre los órganos del gobierno representativo, como una “constitución limitada”⁵⁰ o, más bien, como un gobierno limitado constitucionalmente, lo cierto es que su formalización en el articulado de la Constitución de los EEUU no lo reflejó claramente y dejó dudas sobre su concepción y alcance. Es por ello que la consolidación del principio de supremacía de la constitución, garantizado por el control judicial de constitucionalidad, que varió notablemente la formulación orgánico-funcional del concepto de separación de poderes de Montesquieu, perfeccionándolo bajo su propia lógica al ideario de la soberanía popular y la forma de gobierno democrática, se consolidó un par de décadas más adelante. Es así como en 1803, con la conocida sentencia del juez Jhon Marshall en el caso *Marbury Vs Madison*⁵¹, que declaró inaplicable toda norma inferior que fuera contraria a la Constitución de los Estados Unidos de América, se impuso definitivamente en los EE. UU. el control judicial de constitucionalidad sobre la actividad de los órganos del gobierno represen-

⁵⁰ Aquí la locución constitución se refiere a su primera significación histórica: al gobierno como estructura de poder y dominación, y no a la significación que le fue atribuida con posterioridad: a un texto normativo considerado como una ley fundamental superior a las leyes ordinarias. *Ibid.*, pp. 498, 501 y 518.

⁵¹ El 27 de febrero de 1801, a escasos días para la toma de posesión de Thomas Jefferson —demócrata/republicano— como Presidente de los EEUU, el saliente Presidente John Adams —federalista— aprobó el nombramiento de cuarenta y dos jueces de paz para servir por un período de cinco años en el Distrito Judicial de Columbia y de Alexandria. Este nombramiento fue ratificado el 3 de marzo por el Senado, un día antes de la toma de posesión de Jefferson. Ahora bien, el secretario de Estado bajo el mando de Adams, que debía certificar y sellar los nombramientos era John Marshall, quien no tuvo tiempo para sellar todos los nombramientos y remitirlos a sus titulares antes de la asunción del nuevo presidente. Al asumir la presidencia Thomas Jefferson nombró a James Madison en sustitución de John Marshall, y Madison se negó a sellar y entregar los nombramientos que faltaban. William Marbury —federalista—, uno de los jueces nombrados por Jefferson y ratificados por el Senado que no recibió dicho nombramiento, demandó a Madison en su carácter de secretario de Estado por no enviárselo, y le solicitó a la Suprema Corte de los EE. UU. una orden de *mandamus* —mandamiento— para que el gobierno fuera obligado a entregarle el nombramiento. El 24 de febrero de 1803 la Suprema Corte de los EE. UU. decidió, con ponencia de su presidente John Marshall, que el nombramiento de Marbury como juez de paz se había ejecutado de conformidad con el poder constitucional otorgado al Ejecutivo al ser firmado por el Presidente de los EE. UU., por lo que al no entregarle a Marbury su nombramiento se le violaba un derecho adquirido por este. Disponible en: <http://federacionuniversitaria30.blogspot.com/search/label/MADBURY%20v.%20MADISON>, consultado el 20 de septiembre de 2020.

tativo. En efecto, el 24 de febrero de 1803 la Suprema Corte de los EE. UU. afirmó, con ponencia de su presidente, que “La quintaesencia de la libertad civil de seguro consiste en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes siempre que recibe una injuria”⁵², por lo que *Marbury* estaba en el derecho de solicitarle a la Suprema Corte una orden de *mandamus* –mandamiento– de conformidad con la ley que establece esa competencia a los tribunales judiciales de los Estados Unidos. Empero, y es en esto la importancia de la sentencia, había la duda de si dicha ley estaba o no basada en la Constitución, y surgía la pregunta de si una jurisdicción conferida a la Suprema Corte en tal forma podía ser ejercida. Frente a esta interrogante, la sentencia sostuvo que para resolver dicha duda “solo era necesario tomar en cuenta ciertos principios ya por largo tiempo establecidos para decidirla”⁵³, que indudablemente hacía referencia a la concepción de separación de poderes expuesta y defendida en *El Federalista*. Y, en consecuencia, el fallo de la Suprema Corte estableció que

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. [...]

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. [...] Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren. [...]

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE. UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento⁵⁴.

Bajo tales principios, el fallo estableció que cualquier juez estadounidense que determine la inconstitucionalidad de la aplicación de una ley en un caso debe considerarla y declararla inaplicable. Con ello, a partir de dicha sentencia se estableció definitivamente en EE. UU. el control judicial difuso de constitucionalidad. Y, por tanto, consolidaba la innovadora formulación del concepto de separación de poderes defendido en *El Federalista*, que incorporaba al poder judicial en el sistema de gobierno en equilibrio con el legislativo y el ejecutivo, y lo hacía parte del sistema de controles interpodere.

De otra parte, llegado a este punto de la exposición sobre la separación de poderes en la revolución angloamericana y el consiguiente desarrollo del constitucionalismo estadounidense, hay que advertir sobre la consideración en *El Federalista* de una segunda aplicabilidad del concepto de separación de poderes para limitar el gobierno representativo. Tal aplicación se produciría a través de la adopción de una estructura del Estado en niveles de gobierno que, si bien se encuentran articulados, sin embargo, son autónomos entre sí. Esta nueva aplicabilidad la encontramos en el artículo N° 51

⁵² *Ídem*.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ *Ídem*.

de *El Federalista* (atribuido a Hamilton o a Madison), por el que se vincula el concepto de separación de poderes al federalismo:

En una república unitaria, todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno; y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo⁵⁵.

Con ello, el federalismo, como una de las formas de Estado, también puede ser considerado como una posterior aplicación del principio de separación de poderes, aunque no propiamente bajo un criterio orgánico-funcional de separación de poderes, sino bajo un orgánico-territorial. Es una estructura de gobierno a dos niveles que, lamentablemente, requiere una amplia exposición que no es posible en el presente trabajo debido a la limitación prevista para la extensión de su texto.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

1. La separación de poderes en el constitucionalismo democrático

Como antes se expuso, el poder puede abordarse desde dos enfoques extremos, el de la *Realpolitik* y el del compromiso normativo, empero, integrando ambas visiones el ejercicio del poder puede consciente e intencionalmente ser racionalizado e institucionalizado con propósitos bien definidos, como lo es el preservar la libertad. Es el constitucionalismo democrático el que ha logrado una institucionalización que preserva con mayor efectividad la libertad, al conjugarla con las ideas de democracia, Estado de derecho, gobierno representativo y separación de poderes⁵⁶ como valores o principios morales, políticos y jurídicos apodícticos. Estas ideas se condicionan mutuamente. Se considera que sin libertad no hay democracia, y sin democracia es imposible una libertad íntegra y plena. Y estas dos ideas también poseen una relación simbiótica con los conceptos de Estado de derecho, gobierno representativo y de separación de poderes, en la que la falta de consolidación de una de las cinco implica el debilitamiento de las otras cuatro.

En el actual constitucionalismo democrático, se puede encontrar el significado más profundo y amplio de la democracia, al considerar diez premisas, valores o principios que la caracterizan, y que orientan la racionalización constitucional del origen

⁵⁵ Alexander Hamilton o James Madison, Artículo N° 51, ob. cit., p. 332.

⁵⁶ La noción de poder es polisémica, muy controvertida, y según se la considere y explique, puede llegar a ser inabisaible o confusa. La locución poder proviene etimológicamente de una sucesión de vocablos, que se origina en la raíz indoeuropea *poti* (amo, dueño, esposo), con la que se construye el vocablo griego *posis*, en escritura griega *πόσις* (esposo), en sánscrito *pátih* (esposo, dueño). Luego el vocablo griego derivó en la más antigua palabra latina *posse* que posteriormente se regulariza. En Roma se realizaba una distinción entre las palabras *potentia* y *potestas*. *Potentia* se entendía como “fuerza física de un agente (*sufijo nt*) [...] la fuerza que tiene un agente para producir efectos sobre otros”, mientras que *potestas* era “la fuerza de la ley que tiene efectos jurídicos, como en la justicia”. *Potestas, potestatis* también significaba poder, dominio, poder legal Y, a su vez, la palabra *potestas* se diferenciaba del vocablo *imperium*. Manuel Alejandro Hernández Maimone, “Poder. Definiciones”, disponible en <https://politomanos.wordpress.com/2014/03/16/poder-definiciones/>, consultado el 22 de septiembre de 2020. Para un conocimiento mayor de los distintos enfoques sobre el concepto de poder, sus condiciones, condicionamientos y modos, véase: Julio César Fernández Toro, *Fundamentos de Organización del Estado Democrático en Iberoamérica*, CENLAE - CIDEP, Caracas, 2018, 16-26.

y ejercicio del poder en un régimen democrático, esto es, de la constitución de un buen gobierno, a saber:

- i) El principio de libertad política, comprendido este en tanto la más amplia participación en el ámbito público –libertad de los antiguos–, que implicaría: la libre opinión y asociación política de los ciudadanos, un sistema de partidos plural y elecciones de carácter competitivo con todas las garantías de protección del sufragio. Como en el efectivo disfrute de una amplia gama de derechos individuales y colectivos –libertad de los modernos–, que requiere su formalización constitucional en una carta de derechos y garantías, y la existencia de mecanismos útiles y accesibles para su protección.
- ii) El principio de soberanía popular, que establece que el poder constituyente reside en el pueblo. Ello supone que la voluntad popular constituyente se expresa por medios democráticos con base en el principio de la mayoría.
- iii) El principio mayoritario, por el que la decisión de la mayoría del pueblo se impone sobre la decisión de la minoría.
- iv) El principio de representación política o gobierno representativo, por el que las autoridades políticas que ejercen el poder público son electas –por elección popular–, o designadas bajo una legitimidad democrática, con probabilidad de alternancia.
- v) El principio de sometimiento del gobierno representativo al poder constituyente popular y democrático, y que su ejercicio está sometido en última instancia a la voluntad del pueblo.
- vi) El principio de supremacía constitucional, por el que las potestades del Estado y su ejercicio se encuentren reguladas mediante una Constitución establecida por un poder constituyente popular y democrático.
- vii) El principio de la limitación temporal del mandato de las autoridades políticas del Estado –tanto para las autoridades políticas electas popularmente, como para las designadas por aquellas–, lo que no supone impedimento para que las autoridades sean reelectas o nuevamente a designadas.
- viii) El principio de responsabilización democrática, por la existencia de un sistema de controles institucionales –controles estatales, interpoderes e intrapoderes– y sociales –controles populares– sobre el ejercicio del poder público, que implica una rendición de cuentas y una posible responsabilidad de las autoridades públicas.
- ix) El principio de legalidad o noción de Estado de derecho, por el que las autoridades que ejercen el poder público únicamente pueden hacer aquello que el derecho positivo expresa y previamente les autoriza a realizar y de la manera que les establece que lo tienen que hacer.
- x) Y, por último, el principio de separación de poderes bajo criterios orgánico-funcionales, u orgánico-territoriales, que establece funciones, niveles y órganos de gobierno, equilibrados y que se controlan mutuamente.

Este conjunto de valores o principios morales y políticos, formalizados jurídicamente con rango constitucional, instrumentalizados en la organización y funcionamiento de la estructura gubernamental, suponen límites al ejercicio del poder en la democracia⁵⁷. En efecto, bajo la premisa de la soberanía popular como origen de todo poder político, cuyo sentido axiológico y teleológico se encuentra en la idea de

⁵⁷ Touraine muy bien resalta que “Ningún principio tiene una importancia más central en la idea democrática que el de la limitación del Estado, que debe respetar los derechos humanos fundamentales.” Alain Touraine, *¿Qué es la Democracia?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 57.

libertad, tanto en el sentido de los antiguos como de los modernos, los conceptos de democracia, Estado de derecho, gobierno representativo, y separación de poderes constituyen quinteto de ideas, principios o valores que, como condicionantes para el ejercicio idóneo del poder, determina el buen gobierno. Es en ese contexto que el principio de separación de poderes haya pasado a ser también un concepto apodíctico para el constitucionalismo democrático y, como principio o valor que condiciona el ejercicio del poder, se ha integrado al conjunto de medios destinados a proteger la libertad.

2. La separación de poderes en la institucionalización del orden democrático

Sin embargo, el aporte a la racionalidad institucional del ejercicio del poder público que confiere el principio de separación de poderes en un determinado arreglo constitucional, mediante el diseño orgánico-funcional del correspondiente sistema de gobierno, presupone que sea consecuentemente acatado por los gobernantes y por los gobernados. En otras palabras, el apego a la separación de poderes no puede ser meramente un reconocimiento formal en un texto constitucional, sino que también tiene que producirse por un comportamiento ciudadano que en la práctica respete los límites que el principio le impone al ejercicio del poder. Este aserto implica, evidentemente, que la separación de poderes, más que un mandato constitucional de obligatorio cumplimiento en la esfera del deber ser, es un compromiso político-moral que tiene que encontrarse internalizado en la conciencia de los ciudadanos, condicionando su comportamiento político, y determinando la efectiva operatividad del régimen democrático. Y, como compromiso normativo, el respeto a la separación de poderes recae con mayor peso en las élites políticas. Indudablemente, es sobre los liderazgos políticos gobernantes, o con vocación de gobernar a futuro, que el principio de separación de poderes se soporta, tanto porque son los que ejercen algún poder real en la sociedad, como porque son los que moldean el comportamiento a seguir por toda la población.

¿Si para salvaguardar la libertad es indispensable y posible racionalizar el ejercicio del poder con base en valores democráticos, como el de separación de poderes, por qué se toma el camino que conduce al gobierno tiránico? Esta interrogante no se suele hacer muy a menudo, porque pareciera obvia la respuesta, pero al no hacerse pueden subestimarse sus causas y, con ello, no prever las condicionalidades que afectan a la democracia, fortaleciéndola o debilitándola, y por derivación a la libertad, ocasionando su plenitud o pérdida.

No obstante, la racionalización democrática del ejercicio del poder no siempre es posible. ¿Por qué quienes detentan el poder permitirán que unos valores racionalizadores limiten su ejercicio, restrinjan su dominación, la compartan, o la cedan? La defensa de intereses concretos, elitistas, sectoriales o individuales, en una sociedad es adictiva. Aceptar la limitación del poder puede ser percibido por quienes ejercen la dominación como un sacrificio injusto que conculca privilegios que consideran son su derecho, inmanente o adquirido.

Si bien es imprescindible formalizar jurídicamente los mecanismos de racionalización democrática del ejercicio del poder, sin embargo, determinados intereses concretos, ya sean de larga data o inmediatos y circunstanciales, pueden conspirar contra su institucionalización, pueden desestimar la separación de poderes. Ya sea por la resistencia a su formalización o, una vez formalizados, por el incumplimiento de los mecanismos orgánico-funcionales que lo hacen operar. En tales casos, se mantiene la concentración del poder, o se reconcentran los poderes separados, en la élite o persona gobernante, con el resultado previsto de la discrecionalidad en la acción

de gobierno, la arbitrariedad, la pérdida de la libertad, en definitiva, se produce la seguidilla de causas y efectos consecuentes que conduce al despotismo, a la tiranía.

Sean cualesquiera los motivos para la concentración del poder en un único núcleo gobernante, de conformación individual o colectiva, ya sea que se soporte en la mera fuerza, en una ideologización totalitaria, o se sustente en ambos, la concentración del poder puede ser considerada como irracional, ya que atenta contra la viabilidad y la sostenibilidad de la propia dominación en el tiempo.

En efecto, la institucionalización de la separación de poderes también pretende garantizar la conservación del poder, esto es, el mantenimiento del *status quo* –por *Realpolitik* o razón de Estado–, además del afianzamiento de la anhelada libertad –por compromiso normativo. O, a la inversa, como lo asienta García-Pelayo en cuanto a la necesidad de institucionalización del poder en general: “no solo por exigencias éticas [compromiso normativo], sino también por necesidades dialécticas [*Realpolitik*], el poder está condicionado a autosometerse a un orden”⁵⁸, y continúa sosteniendo que

el poder, por su propia exigencia dialéctica, necesita transformarse en un orden expresado en reglas o en normas. El poder consiste ciertamente en ordenar las cosas con arreglo a la voluntad, pero tal ordenación solo es posible si el mismo se somete al orden establecido, pues tal es, paradójicamente, la condición de su eficacia.

[...] el poder solo tendrá naturaleza política cuando se configure objetiva y transpersonalmente de modo que trascienda la limitación temporal de las personas que *hie et nunc* son sus portadores concretos, o, dicho de otro modo, el mero poder adquirirá naturaleza política en la medida que se institucionalice⁵⁹.

Sosteniendo el autor en comentario que

Lo que da sentido político al poder, lo que lo muda de un mero hecho psicofísico en poder político es, pues, la referencia a los valores y, por consiguiente, estos no son algo adjetivo a la política, sino algo constitutivo de ella⁶⁰.

Por interpretación en contrario, desestimar la separación de poderes como un mecanismo institucionalizador de un orden democrático al que se somete el poder, no solo trasgrede la libertad, sino que es un contrasentido para la perpetuación de un régimen político en que siempre todos los factores tendrán la posibilidad del gobernar.

En otro orden de ideas, y no por ello menos importante, la vinculación entre la politología y el derecho es esencial en el proceso de institucionalización de la separación de poderes. Su articulación y coordinación axiológica y teleológica se requiere para la instauración de un orden político democrático, entre cuyos elementos constitutivos se encuentra la separación de poderes. Así, mientras del pensamiento político democrático emerge el fundamento, sentido y propósito de un poder constituido limitado por su separación en varios núcleos de poder, en salvaguarda de la integridad y plenitud de la libertad, por su parte el derecho logra la formalización e institucionalización de las estructuras del Estado de conformidad con dicho ideario político, agregando sus propios valores o principios jurídicos.

En cuanto al pensamiento político en relación con el poder, Steven Lukes sostiene al referirse a sus tres dimensiones del poder –unidimensional, bidimensional y tridimensional– que un:

⁵⁸ Manuel García Pelayo, *Idea de la Política*, Cuadernos de la Fundación N° 1, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 1998, p. 12.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 10.

Rasgo común en estos tres enfoques del poder es su carácter evaluativo: todos ellos surgen de una perspectiva moral y política particular y operan dentro de ella. Yo diría, ciertamente, que el poder es uno de esos conceptos que dependen inevitablemente de los valores⁶¹.

Bajo tal enfoque, en la medida en que el poder se ejerza sometido a valores políticos democráticos, como el de la separación de poderes, habrá un mayor reconocimiento pacífico del gobernante y reducirá la necesidad de este a utilizar medios coactivos, con lo que se producirá una economía en el ejercicio del poder y, simultáneamente, un contexto político y social que permite la integridad y plenitud de la libertad.

Por su parte, Norberto Bobbio indica que es recurrente en la teoría política la idea “[...] según la cual el poder supremo, que es el poder político, deba tener una justificación ética (o lo que es lo mismo, un fundamento jurídico) [...]”⁶², agregando que dicha idea ha impulsado la formulación de variados principios de legitimidad, en sus palabras: “[...] de las diversas maneras bajo las cuales se ha buscado dar una razón, en referencia a quien detenta el poder, de mandar, y a quien lo sufre, de obedecer [...]”⁶³; esto es, a la legitimación de una relación de poder.

En tal sentido, los valores o principios, entre los que en el Estado democrático se encuentra la separación de poderes, son “razones categóricas frente a cualesquiera intereses”⁶⁴. Son valores que a su vez justifican una regulación jurídica de las relaciones de poder y de la afectación de los intereses de las partes que se encuentran en dicha relación. Los valores cumplen el propósito de fundamentar o fortalecer el ejercicio del poder, los juicios de valor legitiman y validan el ejercicio del poder, las relaciones de poder en el orden democrático. Los valores democráticos, como el de separación de poderes, constituyen un juicio de valor que, como criterio de análisis y de decisión, justifica o no una conducta o un estado de cosas determinado. Así, los juicios de valor tienen la función de otorgarle al objeto que valoran un valor positivo, negativo o neutro⁶⁵.

Es de esta manera que un poder de hecho se trasmuta en un poder legítimo. Guglielmo Ferrero sostiene que los principios de legitimidad –valores– tienen la función de transformar una relación de fuerza en una relación de derecho⁶⁶. García-Pelayo, siguiendo el viejo afán de la Antigua Grecia, sostiene que la sumisión del hombre a otros hombres –relación natural de poder–, es incompatible con la dignidad y la libertad humanas –ideas y valores políticos–, por lo que el hombre únicamente debe someterse a las leyes, dado que solo el imperio de las normas abstractas e impersonales garantiza un orden digno y seguro de convivencia –las relaciones de poder regu-

⁶¹ Steven Lukes, *El Poder. Un enfoque Radical*, Siglo XXI, Madrid, 2007, pp. 22-23.

⁶² Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno, Sociedad (Contribuciones a una Teoría General de la Política)*, Plaza Janes, Madrid, 2000, pp. 129-120.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Madrid, 2007, p. 145.

⁶⁵ Atribuirle un valor positivo o negativo a un estado de cosas o a una acción implica determinar si se justifica o no que se realice esa acción o que se persiga lograr ese estado de cosas. Si a la acción o al estado de cosas no se le otorga un valor positivo ni uno negativo –esto es, se le adjudica un valor neutro– entonces el que se realice la acción o no, o el que se logre o no el estado de cosas, ni se justifica ni es injustificado y la decisión de qué hacer dependerá de otros motivos. *Ibid.*, p. 161.

⁶⁶ Guglielmo Ferrero, *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 182-202. Para ver más profundamente las nociones de poder de hecho –*Macht*– y poder de Derecho –*Herrschaft*–, véase Max Weber, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, España, 2002.

ladas jurídicamente de conformidad con valores políticos—⁶⁷. En palabras de García-Pelayo: “[...] en el antagonismo entre el *kratos* y el *nomos*, entre el poder y la norma, el primero ha de someterse a la segunda”⁶⁸. En palabras de Heller “En la dinámica de las relaciones de dominación histórico-sociales una situación de poder se convierte en un *status* político únicamente gracias al derecho”⁶⁹.

Bajo las anteriores consideraciones, al principio democrático le es consustancial, esencial y fundamental el principio de separación de poderes y, además, este último se configura como un condicionante que somete el ejercicio del poder a determinadas reglas operativas que expresan la validez de un proceder político sustentado en el paradigma del buen gobierno para la preservación de la libertad.

La violación de la separación de poderes, que se ha formalizado en textos constitucionales, como uno de los valores institucionalizadores del régimen democrático, puede dar paso a cursos irregulares de acción, no previsibles, azarosos, arbitrarios, potencialmente conflictivos, desestabilizadores y sin solución efectiva, a una involución por la que la de la fuerza sustituye a la política y erosiona la integridad de la libertad, en tanto conjugación de las libertades de los antiguos y de los modernos, y a la pérdida de su plenitud, como goce efectivo de los ciudadanos.

Por el contrario, la separación de poderes en la democracia permite la existencia de instancias-espacios públicos con autonomía para la formulación de la política general, como de las políticas sectoriales, en la sociedad. Al tiempo que las relaciones de control mutuo entre los poderes estatales separados permiten la mediación para la solución o atemperación de conflictos entre distintos sectores, clases, élites, grupos, partidos, iglesias, etnias, razas, por medios pacíficos, democráticos e institucionales, garantizando el ejercicio íntegro y pleno de las libertades-derechos, individuales y colectivos.

De allí que, ¡si se quiere libertad, se tiene que separar el poder!

⁶⁷ Manuel García-Pelayo, “El Estado legal y el Estado constitucional de Derecho”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 82, 1991, pp. 33-34

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ Hermann Heller, ob. cit., p. 249.

LA DOCTRINA BETANCOURT: CONSISTENCIA PRINCIPISTA EN FUNCIÓN DE LA DEMOCRACIA

Leonardo Palacios Márquez*

SUMARIO

I. Reconocimiento a un gran jurista. II. La razón de este trabajo. III. La “Doctrina Betancourt” un planteamiento sistémico raigal de su promotor. IV. La génesis de una doctrina. V. ¿Doctrina o posición Betancourt? VI. Reflexiones finales

*En Cuba hemos hecho una revolución.
En Venezuela ustedes han hecho otra.*

Fidel Castro Ruz.
Congreso de la República de Venezuela
25 de enero de 1959¹.

*¿Qué será este mundo del Caribe, que por peculiaridad
Geográfica y su cercanía de Estados Unidos y Europa parece
uno de los epicentros de la tensión latinoamericana?*

*¿Continuará siendo un mundo de dictaduras a los
Rafael Trujillo, o de caótica subversión comunista
—el mundo de las revoluciones que no se afeitan—
o será la democracia que ha anunciado Betancourt?
“Rómulo el Grande y Rómulo el de aquí”*

José Catalá²

I. RECONOCIMIENTO A UN GRAN JURISTA

La sola referencia al Doctor Pedro Nikken es sumergirse en un conocimiento apasionante de plural actuación y desenvolvimiento en varios ámbitos en que se explayó la vida de un hombre al cual se le adiciona la condición de académico, jurista desta-

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en 1984. Estudios de postgrado en Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela (UCV) en 1990. Actualmente cursa el Doctorado en Historia en la UCAB.

¹ Américo Martín, *Memorias I (1945-1960)*, Libros Marcados, Caracas, 2013.

² José Agustín Catalá, *Rómulo Betancourt 1908-22 de febrero-1998*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 1998.

cado y comprometido. Primero, resalta el ser humano y luego la actividad en la cual descolló, que definió su ser y forma de proceder; un desempeño que se proyecta en diversas esferas de su tránsito vital, siempre bajo el denominador común del reconocimiento y caracterización de lo positivo, creativo y de una bonhomía que perfilaron la esencia del hombre, que hoy es objeto de este colectivo homenaje póstumo.

Centrarse en la obra de nuestro malogrado homenajeado, es una labor que invita, primeramente, al análisis de lo que constituyó su aporte, en la apreciación desde la abstracción de su densidad del conocimiento y los afluentes para irrigar el proceso de formación académica de nuestras estudiantes en las universidades, de ejemplo para las nuevas generaciones, que a pesar de haber crecido y vivido, sus primeros años de formación preuniversitaria bajo un régimen negador de las bondades del Estado de derecho, objeto del denuedo y tesón de Pedro Nikken, apuestan a la democracia y a la funcionalidad de sus instituciones, resultado de ese ADN inoculado en el proceso venezolano, etapa expuesta a “fatal interludio”, que el profesor y defensor itinerante de los derechos humanos, se afanó en soldar la cadena de continuidad del sistema que garantiza su observancia plena.

Más allá de su eminente desempeño académico y profesional, la ausencia física de Nikken, impone escudriñar su rol en tiempos de conflictividad política, su actuación mesurada y su conversión, en elemento catalizador de voluntades para la búsqueda de opciones que condujeron a fraguar bases de entendimiento y enrutamiento para la paz social.

No fue un hombre que ciñó su desempeño profesional en el aislado cerco de la dogmática pura en materia de los derechos humanos en la perspectiva presente, “cuando la amarga experiencia del genocidio, de la crueldad organizada y sofisticada ha conducido a las ciencias jurídicas a establecer distintos sistemas para intentar controlar el respeto a la dignidad fundamental del ser humano³. Fue, además, un hombre de acción, contemporizador y proclive al diálogo, única forma de abrir los caminos del entendimiento y luego la concreción de un orden político anclado en un sistema de creencias comunes sobre bases consensuales, en inspiración estrecha con los corolarios del Estado de derecho.

Quienes tuvieron el beneficio de su cercanía, por razones naturales propias a la amistad, las relaciones profesionales o las relaciones vinculaciones del ejercicio académico en todas sus aristas, lo recuerdan con un hombre amplio y de propensión a la tolerancia militante; “un hombre de bien, un hombre de los derechos humanos y un hombre de paz”, como lo definió el académico Carlos Ayala Corao⁴.

El Dr. Nikken creía inmoviblemente en “la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza; y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política”⁵.

En préstamo de formal circunstancia y adecuada descripción, tomamos las palabras de Stefan Zweig en relación a Erasmo de Rotterdam para atribuírselas a Nikken, quien por su obras, referencias y expresiones, deplorando su inoportuno deceso, seguro estamos que combatió

³ Pedro Nikken, *En defensa de la persona humana. Estudios sobre derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

⁴ Carlos Ayala, “Palabras con ocasión del fallecimiento del académico Pedro Nikken”. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

⁵ Pedro Nikken, *Discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1997, p. 59.

toda clase de fanatismo, ya fuera religioso, nacional o ideológico, porque lo consideraba el destructor cerril y confeso de cualquier forma de entendimiento. Odiaba [aceptemos esta acción como sinónimo de rechazo en el caso de nuestro homenajeado por su característica afabilidad] a todos los tozudos y dogmáticos, ya llevaran sotanas del sacerdote o el talar del profesor, a los que pensaban con anteojeras y a los zelotes de cualquier raza o clase que por todas partes exigían obediencia ciega a sus opiniones y llamaban despreciativamente herejía o infamia a los puntos divergentes. Del mismo modo que no quería obligar a nadie a aceptar su visión de las cosas, se oponía de la manera más decidida a que cualquier confesión religiosa o política se impusiera a los demás⁶.

En estos momentos aciagos como los que vivimos, se agiganta el espacio dejado por su partida, su talante de oportuna tolerancia, su orientación natural constructiva de espacios para la concertación, bomba de achique para vaciar las diferencias, que lucen al momento como insalvables, y evitar el hundimiento en las turbulentas aguas de enconadas y eventuales confrontaciones fratricidas, que impone tener presente sus actuaciones, conformación intelectual y su impronta por evitar la complicada caminata por los agrestes caminos superados de la violencia en cualquiera de sus especies.

El epicentro de la obra del doctor Nikken, los derechos humanos, se desparrama en cualquier disciplina de las ciencias jurídicas y políticas.

La violación de los derechos en Venezuela ha recedido en virtud de la tendencia abrasiva de un régimen que desprecia cualquier manifestación básica y elemental de la estructuración de un sistema democrático.

En su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales pronunciado en 1997, afirmó con respecto a la situación difícil atravesada por los pueblos de El Salvador y Guatemala, en los procesos escenificados en la década de los 90 generadores de un enorme deterioro de los derechos humanos “que estuvieron en la antesala de la guerra y llegaron al corazón de la paz”, elementos descriptivos similares, en algunos casos, aplicable a la Venezuela actual:

Durante la mayor parte de este siglo, con escasos intervalos, las dictaduras militares, los fraudes electorales, los golpes de estado, la represión y las más diversas formas de violencia política asolaron la región. Se ejerció una injusta dominación económica y social sobre la mayoría del pueblo salvadoreño y del pueblo guatemalteco, con particular gravedad, especialmente, por este último, por lo que respecta a la mayoritaria población indígena⁷.

La situación descrita, reflejan un mismo hecho condenable: la violencia, que adopta formas distintas y se toman cuerpo con diversas tesituras. Los golpes de estado no son la factura tradicional de sangrienta violencia “cuartelaria”, esgrimida en razones de pólvora sino en las nuevas expresiones continuadas de desconocimiento a las instituciones democráticas: la Asamblea Nacional, órgano del Poder Público derivativo directo y reflejo de identidad con la soberanía popular, que moldea aspectos esenciales del Estado de derecho como las conformación de los otros órganos de ese poder; la procedencia del análisis y aprobación de la estructura del gasto público en un proceso que debe ser reflejo del más amplio debate, como el constitutivo de la Ley de Presupuesto, que conlleva un control parlamentario político y financiero del Ejecutivo Nacional; el ejercicio de la representación popular y la manifestación de la auto imposición delegada por vía electoral en la aprobación de los tributos; el activismo judicial de la Sala Constitucional que se convierte en sucedáneo del órgano que ejerce de manera preeminente el Poder Público normativo; la interdicción anómica

⁶ Stefan Zweig, *Erasmus de Rotterdam: Triunfo y tragedia de un humanista*, Paidós, Barcelona, 2011.

⁷ Pedro Nikken, *Discurso de incorporación*, ob. cit., p. 67.

del Poder Judicial que impide el control efectivo de los actos del Poder Público y la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano.

Por tanto, luce no solo justo y merecido el homenaje al Profesor Pedro Nikken sino que constituye muestra de consecuencia con la posición asumida por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, docta Corporación, que contó con su presencia, denunciando el estrangulamiento de la institucionalidad democrática durante todos estos lustros. Resulta encomiable, no cesar en la denuncia contra la sistemática violación del Estado de derecho, y regar, con el ejemplo de su actuación y enseñanzas de obra legada, el territorio fértil en cada una de las disciplinas de los aportantes a este homenaje póstumo, en torno a la precaria situación de los derechos ciudadanos, y a las formas de violencia empleadas para enrielar la concepción del Estado y su actuación que persigue el dominio social.

II. LA RAZÓN DE ESTE TRABAJO

Este trabajo tiene como objetivo analizar uno de los más importantes aportes a la democracia latinoamericana de Rómulo Ernesto Betancourt Bello (1908-1982), como fue su terca y obsesiva idea de aislar mediante un “cordón profiláctico”, medida correctiva y preventiva contra aquellos regímenes, que no tuvieran como prístina y real fuente la soberanía popular.

Esta es la esencia de la denominada “Doctrina Betancourt”, cuya importancia y trascendencia no puede ser preterida. Hoy cobra vigencia bajo la óptica del predominio de los derechos humanos, que extiende sin límites la actuación de los órganos encargados de veeduría y exigibilidad de su garantía y pleno ejercicio así como de la profundización de la globalización en ámbitos impensables para la época de su formulación.

No puede desconocerse su valor solo por no haber sido un lineamiento de mayoritaria y pacífica aceptación por la comunidad internacional; su “imposibilidad de vigencia”; no haya tenido frutos, según algunos, en su pretensión de ejecución y convencimiento sobre la conveniencia por la comunidad internacional o determinante en la democratización inmediata del continente⁸.

Al contrario de lo que muchos piensan, no ha sido tan prolijo y centrado en el alcance e implicaciones en relación a la “Doctrina Betancourt”, en proporción a la amplitud de la producción bibliográfica y ensayística en torno a la trayectoria vital y política del ex presidente⁹. Ello no conlleva a la pretensión de que con este trabajo

⁸ Así por ejemplo, el embajador Julio Cesar Pineda (1942) asevera que “ante la realidad latinoamericana y la imposibilidad de la vigencia de la “Doctrina Betancourt” del no reconocimiento de los gobiernos surgidos por golpe de estado, al ex presidente Caldera “aplicó el principio del pluralismo en la relaciones internacionales con la necesaria distensión con los países gobernados por el socialismo real”. En este sentido, el expresidente Rafael Caldera Rodríguez (1906-2016), citado por el embajador, al asumir su primer período presidencial, expresó lo siguiente:

Sin desconocer las razones que inspiraron una posición anterior, nos correspondió recoger un verdadero nivel nacional: el abrir el campo de las relaciones internacionales, restableciendo los progresivamente con aquellos países de América latina de los que nos hallábamos infructuosamente distintos distanciados y estableciendo los reanudando las con otros países del mundo, a los cuales no podemos ignorar; sin subordinar las a la adopción de posiciones ideológicas sino las condiciones que garanticen nuestra seguridad e interés nacional. Rafael Arráiz, *Rafael Caldera: estadista y pacificador centenario de su nacimiento 1916-2016*, Fundación Konrad Adenauer y Universidad Metropolitana, Caracas, 2016.

⁹ Véase por ejemplo, las obras siguientes que recogen la amplia bibliografía del ex Presidente Rómulo Betancourt: Instituto Autónomo Biblioteca Nacional y Servicios de Bibliotecas, Horacio Jorge Bello

se incrementa la bibliografía especializada sobre el tema o se reduce la diferencia acusada, mucho menos enervar los criterios en ella sostenidos.

No desconocemos la existencia de ensayos y trabajos centrados en los principios “betancouristas”, que construyeron un cuerpo dogmático de guía de las relaciones internacionales de Venezuela, durante el periodo constitucional que ejerció la presidencia, incluso, algunos años después de haberla culminando, específicamente, durante el gobierno del Raúl Leoni (1905-1972), correligionario y uno de sus “hermanitos”, ámbito grupal de solera y afectos cercanos, algunos cuyos integrantes surgieron de la Federación de Estudiantes de Venezuela, que sirvió de escuela primaria del liderazgo, que luego se proyectó internacionalmente, con reconocimiento de tirios y troyanos, quizás con valoraciones antiperistáticas pero siempre destacando su papel predominante y solidez, en mucho sentidos.

La “Doctrina Betancourt” no fue una expresión de una postura cuya génesis coincide con el periodo constitucional del mandato de su proponente ni una expresión de revanchismo político contra sus enemigos cosechados en años de liderazgo político, oportunismo o expresión de alineamiento voluntarioso con los Estados Unidos, en procura de tutelaje o la enajenación del gobierno hacia su conversión en satélite del imperialismo, como preconizó la izquierda tradicional y la efervescencia de la nueva e insurgente, integrada por aguerridos militantes de la lucha clandestina, que enfrentaron con denuedo la dictadura “perezjimenista”, que luego de conquistada la democracia, se volvieron contra ella, erosionando desde sus entrañas, las bases de sustentación de la gran obra y plataforma de activismo político de Betancourt: Acción Democrática, la cual los acobijo, formó en la brega política, sirviendo de instrumento de su lucha por la libertad.

Por el contrario, queremos destacar que la “Doctrina Betancourt” fue la expresión continuada de una acentuada y firme concepción, que fue conformándose en ideario, desde los primeros pasos de un liderazgo en formación, transformado en histórico con el transcurrir del tiempo y plenitud realizaciones.

Además, fue la instrumentación de los compromisos del “Pacto consociacional de Puntofijo”¹⁰ –otro de los grandes aportes del ex presidente– marco del acuerdo expresado por los tres partidos de mayor arraigo en la ciudadanía: Acción Democrática (AD), Comité Político Electoral Independiente (COPEI) y Unión Republicana Democrática (URD), que “fue acordado para un periodo de gobierno, es decir, para el quinquenio 1959-1964” y que “complementado al cierre del proceso electoral, con una Declaración de Principios y un Programa Mínimo de Gobierno, suscritos por los candidatos presidenciales de aquellos tres partidos: Rómulo Betancourt (AD), Rafael Caldera (COPEI) y Wolfgang Larrazábal (URD y PCV)”¹¹.

Finalmente, sin demeritar lo expresado, fue una hábil herramienta de negociación en el campo diplomático para proteger la recién instaurada democracia frente a los enemigos históricos de Betancourt y del sistema democrático; tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda, para aquel entonces transformados en enemigos de Venezuela.

(dir.), *Contribución a la bibliografía de Rómulo Betancourt*, Ediciones Centauro, Caracas, 1986; Luis Eduardo Vera (comp.), *Hemerografía de Rómulo Betancourt*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Departamento de Investigaciones, Caracas, 1986.

¹⁰ El “consociacionalismo”, como lo asienta Plazas Vega, son alianzas partidistas o entre las elites dominantes de un país “para cogobernar y permitir periodos de transición en pos del retorno a los cauces normales de la democracia”. Mauricio Plazas, *El Frente Nacional*, Temis, Bogotá, 2013.

¹¹ Rafael Caldera, *De Carabobo a Puntofijo los causahabientes*, Cyngular, Caracas, 1999.

III. LA “DOCTRINA BETANCOURT” UN PLANTEAMIENTO SISTÉMICO RAIGAL DE SU PROMOTOR

La “Doctrina Betancourt” hay que analizarla desde un aristado conceptual, que va desde la idea de lo que representa el vocablo doctrina, la circunstancia en que se plantea la dogmática que la conforma, el encuadramiento de los hechos en que se desarrolla, la esencia del autor y difusor, así como el ámbito intrincado, sumatoria de las interrelaciones, que impulsa, motiva una conducta o un pensamiento capaz de trascender a quien desde una íntima convicción de principios y valores traza los derroteros que transita en su actuación pública, más cuando estamos en presencia de ser un político, que marcó pauta y fue objeto de admiración depurada después de verificados acontecimientos de extrema pugnacidad en que se ven involucrados los actores, en ese difícil teatro que es la política.

Vale decir, que estamos en presencia de (i) un planteamiento sistémico raigal de la concepción de la lucha política de Betancourt, asida en la democracia y la libertad, propugnada desde su juventud para la cual reclamaba su proyección en la necesidad de un internacionalismo, para hacer frente a los acontecimientos y doctrinas políticas, que de una u otra manera incidieron en él, consolidadas o reformuladas, posteriores a la conflagraciones mundiales, especialmente, de la “Gran Guerra”, quedando evidenciado, que su posición no fue el resultado de un oportunismo o estrategia sobrevenida, (aspecto subjetivo); (ii) un entreverado de principios: (a) el aislamiento de los gobiernos cuya legitimidad no es la expresión de la soberanía popular de origen -sufragio, la alternancia que la caracteriza o el desconocimiento por órganos del mismo Estado, que atentan y desconocen sus bases constitutivas consensuales, es decir, la asunción del Poder Público mediante “golpe de Estado” o formas fraudulentas a la soberanía popular; (b) la visión de la política exterior, como la tipifica Consalvi, “como instrumento para la creación de un orden internacional que trascienda los intereses individuales de los Estados, y establezca las bases para su convivencia pacífica y armónica”¹², que para Betancourt era la defensa y promoción de la democracia, de la cual resulta el entreverado principista establecido en el Preámbulo de la Constitución de 1961¹³.

La “Doctrina Betancourt” es pues un hecho complejo, que expresó la continuidad del pensamiento evolucionado de su autor, conformado por distintos aspectos que encierran ensimismo un desencadenante de una política de Estado, con implicaciones allende sus fronteras, cuya génesis se remonta en una etapa del liderazgo capaz de impulsar una idea de manera sistemática hasta convertirla en una totalidad de actuación y expresión no negociable, que le acompañó hasta el final de sus días.

¹² Simón Alberto Consalvi, *Los Papeles del Canciller*, Ex Libris, Caracas, 1989.

¹³ El Preámbulo de la Constitución de 1961, establecía el marco ético y jurídico de la actuación internacional de Venezuela, que rigió la política exterior del gobierno de Betancourt:

Cooperar con las demás naciones y, de modo, especial con las Repúblicas hermanas del Continente, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y el predominio económico como instrumentos de política internacional;

Sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos, y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la tierra... Constitución República de Venezuela (1961). Gaceta Oficial, N° 662 Extraordinario, 23 de enero de 1961.

La amplia bibliografía sobre Betancourt acerca de su trayectoria política, aportes y obra transcurren entre antípodas. Una conformada por quienes le atribuyen la condición de ser un auténtico demócrata, estadista visionario, político de recio talante y de indiscutible honestidad, el “Padre de la democracia”, que discuten algunos; y otra, por quienes transitando en una misma calle y, en igual dirección, lo siguen haciendo, por automática y no vívida experiencia, endilgándole los epítetos de ser un comunista disfrazado, hombre de poco fiar, proclive a la prodición y de inconsistencias en su devenir por la áridos terrenos de la política; otros transeúntes de esa calle, acentúan su caracterización, siendo deudos de periodos militaristas y, por tanto, con un ADN “antibetancourista”, alegando su conformación antidemocrática, sectaria y trapisondista; y otros, antiguos compañeros, que compartieron las trincheras recorridas por esta “figura histórica”, el “Rómulo Histórico”¹⁴, admirado por muchos, odiado y temido por otros, objeto de improperios y mezquindades, que radicalizaron su posición, resintiendo la evolución del líder socialdemócrata, producto de una severa autocritica y profunda reflexión de la forma de ejercer el poder y la necesidad de establecer bases consensuales, haciéndole reo de traición, forzando el alumbramiento de un acto de apostasía, no solo con respecto a su juvenil, lejana y transitoria militancia en el Partido Comunista costarricense sino por el aparente abandono de varios de su predicamentos y valores de lucha.

IV. LA GÉNESIS DE UNA DOCTRINA

De ahí la importancia de buscar el origen de esa formación ideológica embrionaria, que conduce a la conformación de una verdadera doctrina con la autenticidad de su autoría y formulación, que amerita analizarse e incardinarse en el periodo correspondiente al ejercicio de la presidencia de Betancourt y el proceso de consolidación de la democracia en el marco de “Puntofijo”.

En consecuencia, se impone buscar en los documentos (artículos, cartas y discursos) elaborados por el ex presidente Betancourt, que evidencian expresiones de una marcada tendencia de oposición y rechazo a los gobiernos dictatoriales o de impronta tiránica.

Así, en carta a Carlos de León fechada el 1 de diciembre de 1928 en Curazao, Betancourt escribe:

¿Es que las reivindicaciones proletarias, la tiranía de las masas, extrema el fatalismo de su acción hasta tener en poca o ninguna cuenta que toda una generación joven perezca en una galera de forzados por el hecho de que sus estudiantes son de filiación burguesa? Esto en cuanto a las acusaciones colectivas. En cuanto a las individuales, la cosa cambia de aspecto. Esos estudiantes de Caracas que hemos salido hacerle corte a los caudillos en estos últimos tiempos-frases del editorial –somos muy pocos, seis apenas–; de modo tal, que la acusación se reparte solo entre el grupo de Bogotá y el grupo nuestro. Y la acusación es falsa, absolutamente falsa. No tenemos compromisos con caudillos, ni militares, ni civiles; no acatamos órdenes ninguno de los sargentos de París o de Nueva York; en nuestro archivo no hay una sola correspondencia de ellos. Hemos escrito a otros hombres, como le digo en mi carta a De la Plaza...¹⁵.

En esta comunicación, un Betancourt de 20 Años, expresa ya su firme rechazo a la tiranía de civiles y militares, aún sea bajo el atractivo ropaje del caudillaje.

¹⁴ Germán Carrera Damas, *Rómulo Histórico*, Alfa, Caracas, 2013.

¹⁵ Rómulo Betancourt, *Antología Política*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 1990.

Teniendo presente que la Constitución (“soberanía constitucional”) tiene un carácter preminente por ser la que establece la organización del Estado, y por cuanto, es el máximo instrumento que rige su funcionamiento, lo cual supone establecer que la Constitución es la expresión del derecho político pues la política como actividad centrada en los asuntos del Estado debe girarse por ella.

Así pues, teniendo en cuenta, la soberanía popular, como base de sustentación del Estado de derecho, ya un joven Betancourt en artículo publicado en el diario “La Tribuna” de Costa Rica el 1 de febrero de 1930, y posteriormente, en “La Nación” de Barranquilla el 21 de febrero de ese mismo año, afirma en relación al tercer mandato del general Horacio Vázquez (1860-1936) en la República Dominicana lo siguiente:

La constitución fue en manos de esos hombres (se refiere a la camarilla del general mencionado), ensordecidos por la soberbia del mando a la voz y al reclamo de los principios, instrumento de chanchullos, y no superior norma de gobierno.

(...)

Con una constitución reformada de esa manera arbitraria e ilegal, con los mismos desacreditados hombres que le han acompañado durante toda su desacertada actuación de gobierno, pretendió Vázquez echarse en el cómodo remanso de un tercer periodo presidencial. Y contando con el apoyo de la milicia y de la casta burocrática, acordado perfectamente con Mr. Stimson sin consultar para nada la opinión pública, sin duda por saberla manifiestamente adversa, el presidente se hizo proclamar por su partido “candidato único” para el periodo que se iniciaba en abril de 1930¹⁶.

Resulta interesante conocer la posición de esa fuente de internacionalismo que reclama Betancourt para la causa latinoamericana¹⁷, en un carta escrita, en su época de estudiante de 21 años perseguido y exiliado en República Dominicana, en la cual solicitó ser recibido por el Senado de ese país a los fines de exponer sobre la situación que vivía nuestro país bajo el régimen de Juan Vicente Gómez, solicitud que se hizo bajo la forma de artículo publicado en “La Opinión”, interrogándose lo siguiente:

¿Por qué mandatarios decentes de pueblos libres se canjean mensajes de cortesía y amistad con el forajido criminal que detenta arbitrariamente en mi país el poder público? ¿Por qué no se acuerdan los gobiernos que aún tienen concepto de la democracia internacional para declarar un boicoteo colectivo a Juan Vicente Gómez hasta lograr situarlo al margen del derecho de gentes?¹⁸.

El tema de la ruptura con gobiernos totalitarios fue una constante en el discurso de Betancourt, incluso, aquellos temas que tenían que ver con la conflagración mundial que se experimentaba para aquellos años.

En artículo publicado en “Acción Democrática” en fecha 17 de enero de 1942, fijaba su posición en torno a los temas de la agenda de la Conferencia interamericana de Río (III Reunión de Consulta entre los Ministerios de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas), celebrada en la entonces capital brasileña, y la política que tenía que asumir América latina, en el cual expresó:

Dos temas centrales están debatiendo se Rio de Janeiro, al momento de redactar estas cuartillas: el de la actitud continental frente al Eje agresor y el de la coordinación económica continental.

¹⁶ Rómulo Betancourt, *Antología Política*, ob. cit.

¹⁷ El maestro Carrera Damas en su obra “Rómulo histórico”, discierne acerca de las etapas de su internacionalismo latinoamericanista, punto de partida necesario para “la comprensión de la formación del líder emergente” y proyección. Germán Carrera Damas, ob. cit.

¹⁸ Rómulo Betancourt, *América Latina: Democracia e Integración*, Seix Barral, Barcelona, 1978.

Con respecto al primer tema de la conferencia, parece haber en Río tres corrientes: la del grupo de naciones centroamericanas y del Caribe, liderizadas por la delegación del dictador dominicano Trujillo y partidaria de un inmediato pronunciamiento bélico contra el Eje; la del triángulo Venezuela-México-Colombia, asistida del respaldo de la mayoría de las delegaciones, sustentadora del criterio de que la ruptura conjunta de relaciones diplomáticas y comerciales con los estados totalitarios es lo que debe acordarse de la conferencia; y, por último, la señera y aislacionista actitud de la Argentina, cuyo canciller, Ruiz Guiñazú, continúa enarbolando la desteñida e imposible bandera de la neutralidad¹⁹.

En la conferencia de Bogotá en abril de 1948, Rómulo Betancourt, a título de advertencia, indica lo siguiente:

Más de un régimen actuante pretende conciliar sus compromisos internacionales de índole democrática con la negación a sus gobernados de las libertades políticas y sociales, tan necesarias al hombre civilizado como el oxígeno reclamado por sus pulmones. Ese totalitarismo de estirpe tropical y atuendo criollo no se basa sobre el sistema de libre sufragio o lo escarnece y deforma. Y no satisfecho con sembrar desconfianza en los pueblos sometidos a su imperiosa férula, así como en los otros de América, sobre las virtudes y vigencia de la democracia continental, ha llegado en ocasiones hasta estimular y apoyar empresas revanchistas de las fuerzas políticas regresivas en países que ya disfrutaban del pleno goce de sus libertades. La evidencia del peligro extracontinental no podría conducirnos al error de olvidar estas lacerantes realidades americanas. Mientras no haya sinceridad democrática y efectividad del régimen democrático de gobierno en todos los países del continente, El sistema interamericano carecerá de la total atención colectiva²⁰.

En su celeberrima obra: “Venezuela: política y petróleo”, en el capítulo 15 “Antecedentes y estallido de la subversión militar del 24 de noviembre de 1948”, inserto en la Sexta Parte de la obra “El neofascismo castrense en función de gobierno” asevera:

El gobierno de A.D. tuvo una conducta exterior consecuente con principios de moral política internacional y acorde con el programa del partido. Aplicamos del Gobierno las mismas tesis doctrinarias que en materia de relaciones entre Estados habíamos sustentado en la oposición. Rompimos relaciones con el régimen totalitario español, meses antes de que las Naciones Unidas acordaran el retiro colectivo de las misiones diplomáticas en Madrid. Retiramos nuestras Representaciones diplomáticas en Santo Domingo Nicaragua y fueron distantes, fríamente reticentes y aún pugnases en ocasiones, las relaciones que se mantuvieron con el Gobierno de Perón. En forma expresa y pública, en declaraciones oficiales y de prensa hecha en el curso de una gira oficial a Cuba, México, Centroamérica y Colombia, en 1946, exterioricé esa actitud de franco repudio a nuestro Gobierno a las satrapías tropicales, que escarneaban el sistema representativo de Gobierno y n menospreciaban los derechos humanos. “Varios son los pequeños pueblos americanos-dije en Panamá-Venezuela entre ellos, y en sitio de avanzada, que están empeñados en hacer triunfar la tesis de qué entorno de los gobiernos antidemocráticos del continente se establezca un cordón profiláctico. Mientras haya en América un solo Gobierno que no garantice el libre juego de todos los partidos políticos; que no garantizan la libertad de prensa, la expresión oral y escrita de todas las corrientes ideológicas; mientras haya un solo Gobierno que no garantiza las cuatro libertades rooseveltianas, estará amenazada la libertad en todo el continente”²¹.

Su alocución de toma de posesión ante el Congreso de la República el 13 de febrero de 1959, constituye el acta de nacimiento de la “Doctrina Betancourt”; membretada en la papelería que recoge la historia de la diplomacia latinoamericana.

¹⁹ Rómulo Betancourt, *Antología Política Volumen III*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 1999.

²⁰ Rómulo Betancourt, *América Latina: Democracia e Integración*, ob. cit.

²¹ Rómulo Betancourt, *Venezuela: Política y petróleo*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1956.

En ese discurso, en lenguaje contundente y comprometido manifestó:

En política internacional la línea de conducta del gobierno será consecuente con los módulos democráticos de su política interna.

Apoyaremos a las Naciones Unidas y a la Organización de los Estados Americanos y respetaremos y cumpliremos los pactos internacionales suscritos por las naciones que las integran. Solicitaremos cooperación de otros gobiernos democráticos de América para pedir, unidos, que la Organización de Estados Americanos excluya de su seno a los gobiernos dictatoriales porque no solo afrontan la dignidad de América sino también porque el artículo 10 de la Carta de Bogotá, acta de constitución de la OEA, establece que solo pueden formar parte de ese organismo los gobiernos de origen respetable, nacidos de la expresión de la voluntad popular, a través de la única fuente legítima de poder, que son las elecciones libremente realizadas.

Regímenes que no respeten los derechos humanos, que conculquen las libertades de sus ciudadanos y los tiranicen con respaldo de policías políticas totalitaristas, deben ser sometidos a riguroso cordón sanitario y erradicados mediante acción pacífica colectiva de la comunidad jurídica interamericana. Tesis coincidentes con estas aquí esbozadas son sostenidas hoy por partidos y personalidades muy influyentes, tanto de la América Latina como de Estados Unidos²².

Por tanto, resulta obvio que la “Doctrina Betancourt”, en los términos que hasta el momento hemos visto, es resultado de un añejamiento de varios lustros en la barrica del pensamiento político, enervando su constructor todo planteamiento que sugiere improvisación o expresión usufructuaria de un oportunismo sagaz, suerte de burladero para esquivar las embestidas bravías de sus enemigos, que ha venido enfrentando en el proceso de consolidación de su liderazgo continental y la destilación de ideas y posiciones, mediante una ebullición selectiva de aciertos y errores.

V. ¿DOCTRINA O POSICIÓN BETANCOURT?

En entrevista concedida el 19 de mayo de 1978 a los intelectuales Sofía Ímber y Carlos Rangel, el ex Presidente Betancourt fue abordado, a partir de su para aquel entonces reciente libro –selección de sus obras sobre América Latina: Democracia e integración, ya citado en este artículo– de la forma que sigue:

en este libro hay una defensa de lo que usted está diciendo, de la llamada Doctrina Betancourt, como algo vigente y de necesaria proyección futura. Pero en una entrevista que recientemente le hicimos al ex presidente Caldera dijo él que aunque desde el punto de vista de los principios la Doctrina Betancourt estaba justificada, en la práctica había sido más bien perjudicial para Venezuela y que él cuenta entre sus aciertos haber suspendido su aplicación²³.

Al respecto, fue Betancourt humilde en relación a la naturaleza doctrinal atribuida a lo que fue la orientación básica de su política exterior, su respuesta considerada y respetuosa con respecto a la afirmación del ex Presidente Caldera Rodríguez sobre la misma:

Bueno, yo soy un gran estimador y admirador y amigo del Presidente Caldera, pero estoy en absoluto desacuerdo con esa tesis de Caldera... La Doctrina... yo no soy profesor, yo soy un político... yo diría la posición Betancourt y no Doctrina Betancourt, fue la de no establecer relaciones con gobiernos que fueran producto del derrocamiento de regímenes legítimos porque habían surgido del voto. Entonces Venezuela no mantuvo relaciones con los go-

²² Rómulo Betancourt, *Discurso de toma de posesión*, Congreso Nacional, Caracas, 1956.

²³ Rómulo Betancourt, Entrevista con Sofía Ímber y Carlos Rangel, 19 de mayo de 1978.

biernos de facto. Ahora, esa posición, como dice el Dr. Caldera está perfectamente ajustada a la Constitución de la OEA, que dice en su artículo 5to que es una reunión de gobiernos producto de elecciones universales, gobiernos representativos elegidos por el sistema del sufragio directo, universal y secreto. Esa actitud, dijo también mi amigo el Dr. Caldera era seguida solo por Venezuela... No, la siguieron otros y Venezuela estaba acompañada por los gobiernos de Costa Rica, de Honduras y de Santo Domingo y estuvo a punto de ser acompañada por el gobierno de los Estados Unidos. Antes de los balazos de Dallas, Kennedy en persona redactó un comunicado de su gobierno retirando las representaciones diplomáticas en Honduras y en Santo Domingo cuando fueron derrocados los respectivos presidentes electos, Villeda Morales y Juan Bosch. Ahora, Venezuela, mi gobierno al adoptar esa actitud no le causaba ningún perjuicio al país, si se registran las estadísticas... porque no se rompían las relaciones económicas, se les seguía vendiendo la misma cantidad de petróleo que se les vendía antes. Nos enemistábamos con los gobiernos, pero teníamos la amistad de los pueblos, los gobiernos son transitorios, y más los gobiernos de fuerza, esos son más transitorios que ningún otro porque están pendientes de ser derrocados y ahí está la historia de América para demostrarlo²⁴.

De la intervención televisiva, parcialmente transcrita, queda evidenciado que, más allá de la valoración ideológica o doctrinal con respecto a la “posición” de Betancourt, esta constituye un elemento esencial y fundamental para el análisis y estudio de la historia diplomática venezolana, las etapas y alcances de la política internacional y la diplomacia para el periodo comprendido entre 1959 y 1969, dos pedidos constitucionales en que se privilegió la exigencia y reclamo de respeto a la institucionalidad democrática y los pilares, que sustentan el Estado democrático de derecho, los cuales venía siendo consagrados en los instrumentos normativos latinoamericanos, que constituyen todo un cuerpo normativo: el derecho internacional interamericano.

Más allá de la humildad del ex presidente Betancourt en torno a la calificación de posición en lugar de doctrina de esta forma de instrumentación de su política exterior en los distintos escenarios propicios para la diplomacia, no cabe duda que existe una serie de elementos fundamentales que pueden darle la categoría específica de doctrina, insistimos, más allá de que haya sido seguida o no por la mayoría de los países latinoamericanos.

En sentido, podemos afirmar, que estamos frente a una doctrina que contiene una serie de principios generales interrelacionados entre sí, que permiten definir la forma en que la soberanía de un Estado inspira la definición y razón de sus relaciones con otros sujetos de Derecho Internacional Público y que poco a poco ha venido reconociéndose como tal.

El politólogo María Teresa Romero define la “Doctrina Betancourt” como una “fórmula dura particularmente de defensa y promoción de la democracia”, que “si bien no constituyó un instrumento militar sino diplomático, su formulación e instrumentación fueron concretas, tajantes y directas, así como explícitamente defensivas”²⁵.

En el caso de la “Doctrina Betancourt”, allende ser de solera asunción de conciencia y pensamiento de su autor, no es menos cierto, que está alineada a los principios básicos que se han mencionado y que engloba la política asumida en cierta medida en el “Pacto de Puntofijo”.

En efecto, la “cláusula consociacional” Tercera se establece en el literal a), que los partidos participantes y suscriptores del pacto “comprometen su acción y su respon-

²⁴ *Idem*.

²⁵ María Teresa Romero, *Venezuela en defensa de la democracia/1958-1998*, Cultura Urbana, Caracas, 2005.

sabilidad” en la “defensa de la constitucionalidad y el derecho a gobernar conforme al resultado electoral”, estableciéndose además, que

Las elecciones determinarán la responsabilidad en el ejercicio de los poderes públicos, durante el periodo constitucional 1959-1964. La intervención de la fuerza contra las autoridades surgidas de las votaciones es delito contra la patria. Todas las organizaciones políticas están obligadas a actuar en defensa de las autoridades constitucionales en caso de intentarse o producirse un golpe de Estado, aun cuando durante el transcurso de los cinco años las circunstancias de la autonomía que se reservan dichas organizaciones hayan podido colocar a cualquiera de ellas en la posición legal y democrática al gobierno. Se declara el cumplimiento de un deber patriótico, la resistencia permanente contra cualquier situación de fuerza que pudiese surgir un hecho subversivo y su colaboración con ella también como delito de lesa patria²⁶.

En el “Programa mínimo de gobierno”, anexo al cuerpo principal del “Pacto de Puntofijo” en lo que se refiere a la política internacional, los partidos políticos asumen la responsabilidad de

Reafirmación de los principios que informa maestra política tradicional de paz y cooperación con todas las naciones y en particular con las repúblicas de América Latina.

Repudio a toda medida atentatoria contra la autodeterminación de los pueblos.

Ratificación de la adhesión de Venezuela a las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos y su inquebrantable posición doctrinaria histórica en el sentido de que todos los problemas internacionales deben ser resueltos por vías pacíficas a través de la organización internacionales competentes.

Respeto a los compromisos internacionales adquiridos por la nación.

Preocupada y activa colaboración en la revisión de las relaciones interamericanas para que se realicen plenamente los postulados políticos democráticos de cooperación económica que constituyen la esencia del sistema interamericano.

Establecimiento de relaciones diplomáticas y comerciales con todos los países de acuerdo con las superiores exigencias de interés nacional.

Fomento de la política en intercambio comercial. Celebración de convenios bilaterales con otras naciones utilizando el petróleo y otros minerales y productos agropecuarios, cuando sea posible aconsejable como instrumento de trueque²⁷.

Así las cosas, es importante destacar que la Constitución de 1961 establece el marco ético y principista fundamental en el que debe imbuirse el diseño y ejecución de la política exterior venezolana, como expresión de política estatal.

La Constitución de 1961 es el resultado más importante del “Pacto de Puntofijo”, que refleja la unidad del “espíritu del 23 de enero”, y sobre todo la esencia y vocación de perseverar en la consolidación y defensa del sistema democrático, tal como se estableció en el referido acuerdo pluripartidista.

Por tanto, la esencia y configuración del concepto de doctrina, en términos de la “existencia de un cuerpo de reglas de derecho aplicables a las relaciones entre sociedades políticas y que lentamente se convierten...”²⁸, en tal, atribuyen con propiedad y sin forjamiento la calificación plena y absoluta a la “Doctrina Betancourt”, sin que se tenga dudas sobre la autoría y empuje que representa la identificación entre ella y el expresidente.

²⁶ Rafael Caldera, ob. cit.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Delia Picón, *Historia de la diplomacia venezolana*, UCAB, Caracas, 1999.

La doctrina que nos ocupa no fue más que una forma de instrumentar las disposiciones reflejadas en el “Pacto de Puntofijo”, que imponían a los participantes, cualquiera fuera el resultado el de establecer una política exterior colectiva en beneficio de lo que es la esencia de la democracia, es decir, el mantenimiento y preservación de la fuente de legitimidad de su institucionalidad como es la soberanía popular expresada en procesos electorales.

En igual sentido, decir que la “Doctrina Betancourt” reflejada como expresión de política de Estado y de compromiso de acción gubernamental, no es más que el respeto a los acuerdos, convenios y tendencias del derecho internacional en los cuales había participado Venezuela, mucho más cuando se le da carácter de supremacía a la observancia y exigencia de los derechos fundamentales.

Es un principio de *sindéresis* y consistencia, que todo aquello que se procure para preservar la institucionalidad democrática en el país, para el funcionamiento del Poder Público en procura de la defensa y preservación del Estado derecho, sea una condicionante de la definición de una política exterior, que como el propio Betancourt señala en varios de sus discursos y escritos, no es absolutamente discrecional y libérrima sino que responde a la Constitución, y sometida a una forma de control cruzado entre los órganos de ese poder, otro de los principios básicos y esenciales del Estado de derecho.

La expresión afanosa de la “Doctrina Betancourt”, en el marco de la institucionalidad latinoamericana, debe verse también dentro del contexto de la estabilidad política interna conforme lo que hemos expresado anteriormente, específicamente, cuando dentro del panorama de la Guerra Fría se venían dando bases importantes para mantener o conquistar espacios de significación de “la tercera guerra mundial (que) lleva ya un tercio del siglo librándose, y que comenzó en los últimos días de la Segunda Guerra Mundial. En Teherán, Yalta y Potsdam, mientras se establecía las bases de la Europa de la posguerra²⁹.”

Un enfrentamiento entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, la cual tenían jugadores de segundo nivel, que en cierta medida los representaban, como eran las fuerzas militaristas representativas de la extrema derecha y la izquierda radical o extremista, alentada esta por el impacto que representó el triunfo de la revolución cubana.

La posición del presidente Betancourt no era una posición de sumisión a los Estados Unidos, aun cuando el ex presidente entendió perfectamente la importancia que representaba para el devenir de Venezuela, su gobernabilidad y estabilidad institucional, así como de su desarrollo económico.

En definitiva, respondía a la necesidad de concretar los compromisos del llamado, por el recientemente desaparecido abogado y politólogo Juan Carlos Rey (1936-2020), el “sistema populista de conciliación”³⁰ (Rey, 1998), en que el “Pacto de Puntofijo” consistía, específicamente, el “establecimiento de relaciones diplomáticas y comerciales con todos los países de acuerdo con las superiores exigencias de interés nacional”.

Lo expresado encuentra aval en la disquisición efectuada por Carlos Guerón, para quien la doctrina analizada, fue una herramienta de política exterior que se traducía en una ruptura *ipso facto* de relaciones diplomáticas, “para el logro de un fin concreto

²⁹ Richard Nixon, *La verdadera guerra: la tercera guerra mundial ha comenzado*, Planeta, México, 1980.

³⁰ Juan Carlos Rey, *El futuro de la democracia en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.

y diáfano: defensa de los regímenes democráticos representativos en América Latina y del recién instaurado régimen democrático venezolano”³¹.

Traemos a colación una carta dirigida por el presidente Betancourt al presidente J.F. Kennedy de fecha 22 de julio de 1963 en la cual expresaba su preocupación, y una nada velada crítica al gobierno de los Estados Unidos con respecto a ciertos hechos acaecidos en América Latina y en los cuales se ponía en su criterio no solo

en juego la “Alianza para el Progreso”, que no puede funcionar en una América latina medioorientizada, donde los gobiernos están amenazados siempre por golpes de Estado. Lo que está en juego es algo más de fondo: es la proliferación o no en esta parte del continente de formas de gobierno, si no idénticas, muy parecidas en su mentalidad y reacciones a lo que existe en Cuba³².

En esa comunicación, el presidente Betancourt también pone de relieve un elemento esencial, que debilita la posición conforme a la cual se utilizó, como elemento de garantizar u otorgar privilegios en su entorno al reconocimiento de su liderazgo en el continente o como medida personal de retaliación, cuando expresa qué

Es importante señalar dos cuestiones:

La primera que no se ha guiado el gobierno que presido la conducta asumida ante los gobiernos de facto por simpatías o vínculos personales hacia gobernantes depuestos. (...)

Al realizarse elecciones en El Salvador, el gobierno Venezuela restableció relaciones diplomáticas con los gobernantes electos en ese país, y lo mismo ahora con los de Perú y Argentina. Me ha guiado la creencia de que en política internacional hay un mínimo de ética que respetar. Y el recuerdo obsesivo de que los golpes de Estados son cíclicos...³³.

De los efectos negativos verificables que conllevan esos desconocimientos a la voluntad popular, preocupaba a Betancourt la “ineptitud administrativa y persecuciones políticas a fuerzas democráticas en los países afectados por regímenes dictatoriales; una evidente expansión del ideario comunista en esos pueblos, y de manera especial en su grupo juveniles, que radicalizando se encuentra en una vía para su irritada frustración; y “un deterioro visible de las relaciones entre Estados Unidos y los pueblos de América Latina”³⁴.

Se pone en franca visión la consistencia del pensamiento de Betancourt no solo en cuanto a los postulados de su doctrina, sino de los principios del respeto que corresponde a la autodeterminación de los pueblos, a la forma pacífica de abordar las diferencias que puedan existir entre los integrantes del concierto de naciones y el respeto a los derechos fundamentales.

No se puede acusar de sectarismo u oportunismo a Betancourt, pues la “Doctrina de Betancourt” refleja la asunción como posición férrea y terca, casi obsesiva como él mismo ex presidente reconoce, de pretender aislar a los gobiernos que desconocieran, de una u otra forma, ya bien sea por el fraude o por golpe de Estado, la soberanía popular.

No significa en forma alguna, que Betancourt haya utilizado el poder para ejercer formas de vindicta contra quienes en el pasado –odio visceral del dictador dominicano Trujillo–, o haya tenido que enfrentar la intolerancia e intromisión de un gobierno

³¹ María Teresa Romero, *Rómulo Betancourt*, El Nacional, Banco del Caribe, Caracas, 2013.

³² Enrique Tejera París, *Cuando Venezuela tenía razón*, Libros Marcados, Caracas, 2013.

³³ *Ídem*.

³⁴ *Ídem*.

al cual los Estados Unidos, en forma errática, que sería tema para desarrollar en otras oportunidades y espacios, no prestó la debida atención –Cuba.

Por otra parte, sin desconocer el aporte y trascendencia histórica del ex presidente Caldera a la democracia venezolana y continental, creemos que esa expresión con que inicia su gobierno para abandonar la “Doctrina Betancourt” y anunciar una nueva etapa en la política exterior, se corresponde con la necesidad de articular un criterio diferencial con respecto lo que representó Betancourt en su definición de política exterior, y la significación de su impacto en América Latina, así como también dar paso a un elemento fundamental que caracterizó positivamente su gestión, visto retroactivamente, como fue la pacificación e incorporación en el juego democrático de la mayoría de los grupos e individualidades que se sumergieron en la insurrección armada de comienzos de década. Política de pacificación que solo fue posible gracias a la estabilidad de la institucionalidad democrática y al arrojo del ex presidente Betancourt, amparado en consistente liderazgo y ascendencia sobre los factores de poder.

Más, resulta conveniente destacar el vínculo indisoluble que establece Betancourt entre democracia y desarrollo, institucionalidad y estabilidad económica, cuando ya casi al final de su vida de manera tenaz, responde a los citados periodistas, Ímber y Rangel:

América Latina no podrá realizarse si no es una América Latina en la cual sus países vivan dentro de un régimen democrático y representativo de gobiernos producto de elecciones. Esto es cierto para América Latina y para el mundo, pero vamos a situarnos dentro de nuestro ámbito geográfico... Ya América Latina durante sus 150 años de existencia ha experimentado lo que son las dictaduras bajo distintos matices, dictaduras fascistoides como la de Pinochet, dictaduras comunistas como la de Cuba, dictaduras sin marbete definidor sino dictaduras macheteriles, podríamos decir, como la de Somoza, y en ninguno de esos países ha habido real desarrollo económico ni mucho menos felicidad social y desde el punto de vista económico seremos inaudibles, unos enanos, veinte enanos que no se nos escuchará en el mundo mientras seamos un archipiélago y no estemos federados e integrados. Ahora, la integración pasa por la democracia, no puede haber integración económica sino entre gobiernos democráticos, porque la integración económica y cultural implica aceptación por los pueblos de esos procesos³⁵.

VI. REFLEXIONES FINALES

Es difícil, y hasta mezquino, poner en duda el genio político de Rómulo Betancourt y la proyección de su liderazgo, reconocidos tanto por sus correligionarios como por sus adversarios.

La complejidad del hombre, del líder, sus luchas y desvelos no pueden valorarse de manera aislada sino que responde a la integridad de su ser, a la totalidad de sus facetas. En el caso de Betancourt, los resultados de su desempeño y contribución a la búsqueda de la reinstauración del sistema democrático y su institucionalidad, que fue ejemplo para el mundo en un periodo de 40 años, cuyos inicios estuvieron seriamente amenazados por los extremos de posiciones irreconciliables que tenía como centro de atracción y convergencia la figura del expresidente.

Los aportes de Betancourt, siempre bajo el denominador común de la política, tiene que verse como una hilvanada sucesión de actos hechos, acertados y erráticos, muchos de los cuales con ciertas vicisitudes han trascendido el tiempo, como por ejemplo, la creación del partido Acción Democrática; su esfuerzo denodado por con-

³⁵ Rómulo Betancourt, Entrevista, ob. cit.

tribuir a la formación de una conciencia democrática en América Latina en procura de ir solventando el retraso económico y el alejamiento del bienestar de sus pueblos en virtud de gobiernos totalitarios de índole diversa.

La “Doctrina Betancourt” hay que apreciarla y valorarla dentro del marco del momento en que se postuló, los antecedentes de lucha y el desempeño de autor como líder de un partido, que no supo disfrutar del reconocimiento y los parabienes por haber sido la fuerza motriz de la resistencia contra la dictadura militar (1948-1958) sino que sucumbió a las escisiones que lo debilitaron en momentos cruciales y coetáneos del gobierno que la propiciaba dicha doctrina.

La “Doctrina Betancourt” sirvió no solamente para alertar el avance de los totalitarismos de izquierda y derecha en América Latina en la década de los 60, hacer entender a los Estados Unidos que su política exterior necesitaba voltear la atención hacia aquella ante los avances ciertos y certeros que venía realizando la URSS en medio de la “Guerra Fría”.

Era sin duda una posición de ética democrática, de solvencia moral y de convencimiento pleno de quien con honesto afán, propugnaba por un aislamiento de aquellos regímenes que venían ser cercenando los derechos fundamentales de los ciudadanos, y sobre todo la posibilidad de un bienestar dentro de los parámetros de libertad.

El abandono de la “Doctrina Betancourt”, por la tesis de la justicia social internacional esgrimida por el ex presidente Caldera, después de 10 años de vigencia de aquella, solamente fue posible en virtud de que la consolidación del sistema democrático permitió la alternancia de unos de los pilares fundamentales del “Pacto de Puntofijo”. Cambio de rumbo que obedeció a la necesidad de apertura de nuevos derroteros para perfilar un liderazgo que reclamaba proyección y darle concreción a la tesis de la pacificación.

De esta manera, la “Doctrina Betancourt” puede verse como una parte de la evolución de la configuración de la política exterior de Venezuela dirigida bajo los criterios propios de la ética de su sustentación, delineada por la Constitución de 1961 y que permitió dar una visión de Venezuela como ejemplo de democracia.

¿EXISTEN ACTOS ADMINISTRATIVOS EXCLUIDOS DEL CONTROL DE LA LEGALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO?

Henrique Iribarren Monteverde*

SUMARIO

I. Introducción. II. Desarrollo. 1. El poder discrecional de la Administración Pública. 2. La teoría de las circunstancias excepcionales. A. Los actos de gobierno. B. Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales. C. Los actos administrativos de efectos jurídico privados. a. Los actos de registro público. b. Los actos inquilinarios. D. Los actos del en su época denominado Consejo de la Judicatura. E. Eje jurisprudencial actos de gestión-actos de autoridad. F. Los actos de destitución del Presidente de la República. III. Conclusiones.

Para nosotros, es un honor poder contribuir con estas notas para el libro homenaje al muy distinguido jurista, profesor y académico, Dr. Pedro Nikken, quien falleció recientemente dejando un vacío muy difícil de llenar. En su honor va dirigido este ensayo.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Según este artículo resulta claro a nuestros ojos, que es un derecho humano fundamental, que se desprende directamente de la norma antes citada, el que todos los actos administrativos estén sometidos al Derecho, y que ninguno esté excluido del control contencioso administrativo o constitucional.

En efecto, entendido como el “bloque de la legalidad”, en el pensamiento de Maurice Hauriou, el principio de la legalidad administrativa está previsto en los artículos

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), e individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

137 y 259 de la Constitución de 1999, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en todas las demás leyes y reglamentos que regulen las distintas actividades administrativas.

Esas normas constitucionales disponen:

Artículo 137. 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.

Artículo 259. La jurisdicción contenciosoadministrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contenciosoadministrativa 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.

Esa necesaria conformidad de los actos administrativos con el Derecho, en sentido amplio, ha sido recogida, incluso, en varias sentencias de nuestro alto Tribunal. Así, encontramos sentencias de la Corte Federal del alto Tribunal de fechas 09 de abril de 1959 y 16 de junio de 1953, donde se estableció lo siguiente: “El principio de la legalidad, en virtud de la jerarquía administrativa, comprende también, las órdenes y normas que den los funcionarios superiores a los inferiores”. Y sentencia de la Corte Federal del 7 de diciembre de 1937, en la cual se dispuso que: “Cuando el funcionario no encuentre un procedimiento tenido en la ley, el mismo debe atenerse a la costumbre o práctica administrativa. Y si no hay procedimiento legal, ni costumbre, el funcionario creará el procedimiento”.

En un texto canónico de nuestra doctrina en derecho público, el eminente profesor Antonio Moles Caubet, describe todo lo antes dicho, de la siguiente forma: “El principio de la legalidad administrativa ha de enunciarse diciendo que todos y cada uno de los actos administrativos han de estar condicionados por una regla legal que se convierte en medida de su licitud o de su ilicitud”.

Según esto, aparte de concebir al procedimiento administrativo como una garantía o derecho humano de todos los administrados, resulta claro, por lo dicho, que no deberían existir en el ordenamiento jurídico venezolano, exclusiones o excepciones al principio de la legalidad. Sin embargo, a lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico, se han ido presentando casos en los cuales, en un momento dado, ciertos actos administrativos han quedado excluidos del control jurisdiccional. Esto, que puede ser una aberración, ha ocurrido, pero al mismo tiempo el propio ordenamiento jurídico ha ido descartando o limitando tales pretendidas exclusiones. A ello nos vamos a referir de seguidas.

II. DESARROLLO

Este estudio lo expondremos conforme al siguiente esquema: 1) El poder discrecional de la Administración Pública; 2) La teoría de las circunstancias excepcionales; 3) Análisis de la opinión especializada del profesor Luis Henrique Farías Mata, que comprende, A) los actos de gobierno; B) Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales; y C) Los actos administrativos de efectos jurídico privados (categoría que a su vez incluye) a los actos de registro público y b) a los actos inquilinarios; D) Los actos del en su época denominado Consejo de la Judicatura; E) El eje jurisprudencial actos de gestión-actos de autoridad; y, por último, F) los actos de destitución del Presidente de la República.

1. El poder discrecional de la Administración Pública

Hubo un tiempo, en el derecho comparado, en que se consideró que los actos administrativos dictados sobre la base de la potestad discrecional de la Administración Pública, estaban excluidos del control jurisdiccional. En Francia se decía entonces, a finales del siglo XIX, que el acto administrativo discrecional estaba excluido del control contencioso administrativo.

Recordemos que el acto discrecional es aquel que deja a la libre apreciación del funcionario que lo dicte, los hechos y el derecho aplicables al caso concreto que se decida. Esto está recogido, hoy en día, en derecho venezolano, en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, que dispone:

Artículo 12. 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.

Pero volviendo al derecho comparado histórico, en derecho francés, esta ecuación entre acto discrecional igual a acto excluido, desapareció con el célebre fallo del Consejo de Estado recaído en el caso *Grazzietti* de 1902, en el cual se estableció que cuando el juez de lo contencioso administrativo, conociese de la impugnación de un acto discrecional, siempre podría recaer su juzgamiento sobre el vicio de incompetencia (elemento sujeto); el vicio de forma (elemento forma o procedimiento del acto); y el vicio de desviación de poder (elemento fin del acto dictado); con lo cual desde 1902, cuando la Administración dictaba un acto discrecional, solo quedaban excluidos de control, los elementos objeto y causa del acto recurrido. Sin embargo, sobre estos dos elementos excluidos de control jurisdiccional en los actos discrecionales, el Consejo de Estado fue creando en el tiempo, la llamada “teoría del control mínimo sobre los actos discrecionales”. Esta teoría se desarrolló de la siguiente forma, para ir limitando la discrecionalidad administrativa, en los elementos objeto y causa de los actos administrativos discrecionales: 1) Sentencia Camino del Consejo de Estado de 1916 en virtud de la cual en tales casos, siempre se comprobará la exactitud material de los hechos invocados en el fundamento del acto recurrido; 2) Sentencia Barel del Consejo de Estado de 1954, por la cual en tales casos siempre se controla el fundamento de derecho invocado en el acto recurrido; y, 3) Sentencia *Société Maison Genestal* de 1968, por virtud de la cual en los casos bajo análisis, siempre se controla el “error manifiesto de apreciación”. Esta última hipótesis, dio lugar a que el profesor André de Laubadere sostuviese que se pasó de un “control mínimo” sobre la potestad discrecional de la Administración a un “control jurisprudencialmente reglado o vinculado”.

Con esto podemos concluir parcialmente, que los actos discrecionales no son una excepción al principio de la legalidad en derecho comparado. En derecho venezolano, esto está recogido en el citado artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo.

2. La teoría de las circunstancias excepcionales

En el derecho francés, en épocas de crisis económica o política o de guerra con terceros países, el Consejo de Estado, creó la llamada “teoría de las circunstancias excepcionales”, según la cual, dados estos graves casos, no aplicaría a determinados actos administrativos su control por el principio de la legalidad, en vista precisamente de estas circunstancias excepcionales. Esto llevó a pensar, que en tales casos estábamos ante un supuesto de excepción al principio de la legalidad y por consiguiente de un conjunto de actos excluidos del control de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, el propio Consejo de Estado en la sentencia Hyeries de 1918, claramente estableció que en los casos de aplicación de la teoría de las circunstancias excepcionales, no es que se crease un hueco en el principio de la legalidad, sino que lo que existía era una legalidad de excepción, vigente mientras durasen las circunstancias excepcionales, y que si tales actos dictados en tan especiales circunstancias causasen un daño a los particulares, entonces lo que procedía era una indemnización por tales daños.

Esto pone en evidencia, que tampoco la teoría de las circunstancias excepcionales sea una excepción al principio de la legalidad, ni una exclusión del control jurisdiccional sobre los actos administrativos dictados en tales circunstancias.

3. Análisis de la opinión especializada del profesor Luis Henrique Farías Mata

El eminente maestro del derecho público venezolano, Luis Henrique Farías Mata analizó en 1971, en un artículo publicado en el Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración de la UCV, algunos de los actos administrativos que para ese entonces se presentaban como excluidos del control jurisdiccional de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre el particular, manifestaba el maestro que la doctrina de los actos excluidos permitía medir el grado de desarrollo de un sistema contencioso administrativo, porque mientras menos actos estuvieran excluidos de control, más elevado sería el grado de desarrollo del sistema contencioso administrativo. En su lista original, el Dr. Farías Mata incluyó como categorías de actos excluidos: A) Los actos de gobierno; B) Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales; y C) Los actos administrativos de efectos jurídico privados (categoría que comprende a) a los actos de registro público; y, b) a los actos inquilinarios). Y luego, del trabajo del Dr. Farías Mata, se fueron agregando otras categorías como veremos más adelante.

A. Los actos de gobierno

Hubo un tiempo en el derecho comparado en el cual se pensó que los actos de gobierno y los actos discrecionales eran lo mismo, por tener ambos como sustrato común su irrecurribilidad. Sin embargo, desde la sentencia del Consejo de Estado de 1902, recaída en el caso Grazzietti, hemos visto que se dejó a un lado la irrecurribilidad de los elementos sujeto, forma y fin del acto administrativo discrecional, con lo cual a partir de allí estaba claro que acto discrecional y acto de gobierno son dos cosas distintas.

Lo fundamental a retener en la formación histórica de esta parte de lo que estamos tratando, es que la teoría del acto de gobierno fue definitivamente consagrada en el ordenamiento jurídico francés con la sentencia Príncipe Napoleón de 1875, en la cual el Consejo de Estado determinó, para ese momento, que los actos de gobierno, y por tanto excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa, eran los actos dictados con un móvil político. Luego, ante la dificultad de determinar cuándo un acto administrativo era dictado por un móvil político, se llegó a la salomónica conclusión, de que tal cuestión sería dilucidada mediante el sistema de una lista casuística que determinaría el propio Consejo de Estado en sus fallos sin mencionar en ellos expresamente la expresión “actos de gobierno”; esto fue lo establecido en el célebre caso Rubin de Servens de 1962.

En derecho público venezolano, la teoría del acto de gobierno fue tratada en el conocido caso Tito Gutiérrez Alfaro, de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en

1965, que se originó sobre una demanda de nulidad del tratado de extradición entre los Estados Unidos y Venezuela de 1922, y de la Ley de Responsabilidad de Empleados del 07 de junio de 1912, todo a propósito del proceso de extradición del ex presidente Marcos Pérez Jiménez a Venezuela. En el fallo adoptado por la mayoría de la Corte, se afirma “es evidente que la Constitución (de 1961) acogió el principio de que los actos del Poder Público deben estar sometidos jurisdiccionalmente al control constitucional...”. Pero “es de observar que el control jurisdiccional de la Constitucionalidad intrínseca de los actos estatales no ha sido consagrado en forma absoluta”, porque del estudio de la Constitución, de la Ley de la Corte, y de la jurisprudencia “surgen y se justifican situaciones excepcionales en que los actos del Poder Público en sus tres ramas no están sometidos al control de la jurisdicción constitucional”. Pasando de seguidas a enumerar una lista de actos de gobierno sin mencionarlos expresamente, del Presidente de la República que quedan excluidos de control jurisdiccional, como, por ejemplo: fijar el contingente las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar al Congreso a reuniones extraordinarias; y, reunir en convención a algunos o a todos los gobernadores de las entidades federales. Debe destacarse como un dato relevante en este caso, que el control que se dice excluido es el de la Constitucionalidad intrínseca, es decir, el de los elementos objeto y causa del acto recurrido, quedando en todo caso sujetos a control, los elementos: sujeto, forma y fin.

Esta teoría de los actos de gobierno como ha quedado explicada en derecho venezolano, fue seguida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso Jorge Olavarría, contra el Consejo Supremo Electoral de 1988, en la que se inadmitió un recurso de nulidad contra un acto con móvil político, emanado del Consejo Supremo Electoral; y además, fue definitivamente sepultada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en el caso Gruber Odremán de 1993, en donde se estableció que el acto del Presidente de la República, por el cual se creaba un Consejo de Guerra extraordinario para juzgar a militares golpistas, era un acto de gobierno —lo dice expresamente—, pero que estaba sometido a control jurisdiccional. Con esto se demuestra que en derecho público venezolano los actos de gobierno, no son una excepción al principio de legalidad.

B. Los actos administrativos emanados de jurisdicciones especiales

Para el momento en que el Dr. Farías Mata escribió su trabajo tenía vigor la sentencia de la Sala Político-Administrativa, recaída en 1963 en el caso Negrón y otros, contra un acto emanado de un Inspector del Trabajo, en la cual se sostenía la irrecurribilidad del acto dictado por tal funcionario, por considerarse emanado de una jurisdicción administrativa especial.

Esta tendencia cambió con la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, recaída en 1980, en el caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, en la cual se admitió, tramitó y sentenció un recurso de nulidad por ilegalidad contra un acto emanado de la Comisión Tripartita del Trabajo, que en ese momento era competente para calificar de justificado o injustificado un despido, con lo cual esta categoría dejó de ser un acto excluido de control jurisdiccional.

En la actualidad los actos administrativos de contenido laboral tienen control judicial, por ante los Tribunales laborales, de conformidad con la interpretación que se hiciera luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el año 2010. En consecuencia, estos actos tampoco están excluidos del control de la legalidad, y no se los puede considerar como actos excluidos de control judicial.

C. Los actos administrativos de efectos jurídico privados

En esta categoría comprende el Dr. Farías Mata, a los actos de registro público (a); y a los actos inquilinarios (b); del modo que sigue a continuación.

a. Los actos de registro público

En lo referido a los actos de registro público, existen varias sentencias del año 1967 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de las cuales la negativa a registrar documentos en los correspondientes registros públicos, no tenía ningún tipo de recurso; por consiguiente, en ese momento se consideraban actos excluidos de control.

Esta situación cambió con la Ley de Registro Público de 1978, en cuyo artículo 11 se consagró para tales casos una “apelación”, ante el Ministro de Justicia, y el acto del mismo tenía recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual la negativa a registrar documentos por parte de los registradores públicos, dejaron de ser actos excluidos de control.

b. Los actos inquilinarios

A lo largo de la historia del derecho público venezolano, las distintas leyes que ha regulado la materia especial inquilinaria, han otorgado potestades administrativas a diferentes entes públicos para dictar actos administrativos que intervienen en contratos de arrendamiento, es decir, en principio de meros efectos jurídico privados, en materia de fijación del canon de arrendamiento, derecho de preferencia y desalojo.

En tal sentido, en su momento se consideró en jurisprudencia reiterada de 1961, que los actos emanados del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, por ser entendido este como un órgano administrativo y no judicial, morían allí. Estas sentencias, emanaban de la Sala Político-Administrativa de Corte Suprema de Justicia en 1961. Es de resaltar, que al recurso que se ejercía ante el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, la doctrina de la época (Brewer-Carías), lo llamaba recurso jerárquico impropio y sostenía, además, que ese Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, en las referidas materias no dictaba sentencias, sino verdaderos actos administrativos, que a la postre quedaban sin control jurisdiccional. Esta situación cambió, con sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 1977, en la cual desvirtuando la anterior explicación y considerando al Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, como un verdadero Tribunal, se entendía que dictaba sentencias que a su vez tenían apelación ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Posteriormente, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en 1981 en el caso Panamerican World Airways, estableció que las “apelaciones”, contenidas en diversas leyes especiales, en materias administrativas especiales, eran el recurso contencioso administrativo de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad consagrado en el artículo 206 de la Constitución de 1961. En todo caso, lo que queda claro después de este viraje jurisprudencial, en tan delicada materia, es que los actos inquilinarios, hoy en día, no son actos excluidos del control jurisdiccional, sino que son actos plenamente sometidos al principio de la legalidad y controlables en vía judicial.

Ahora, vamos a referirnos a otros actos administrativos que fueron considerados excluidos del control jurisdiccional en un momento dado, no tratados en el trabajo del maestro Farías Mata.

D. Los actos del en su época denominado Consejo de la Judicatura

Para 1985 existía y funcionaba para la administración y control del Poder Judicial en Venezuela el Consejo de la Judicatura, quien tenía competencia para todo lo relativo a la administración del presupuesto del Poder Judicial y el nombramiento y remoción de los jueces de la República. En ese contexto, un conocido Juez penal, Francisco Ruiz Becerra, fue destituido de su cargo y contra tal acto él decidió introducir un recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En tal virtud, la Sala Político-Administrativa con ponencia de su Magistrado Presidente Dr. René De Sola y con los votos salvados de los Magistrados Luis Enrique Fariás Mata y Josefina Calcaño de Temeltas, consideró que tal Consejo de la Judicatura era un “organismo tridimensional”, que dictaba actos administrativos, normativos y jurisdiccionales; en este último caso cuando ejercía el poder disciplinario que había sido expresamente conferido por el texto constitucional. Con la consideración, además, de que el artículo 62 de la entonces vigente Ley de Carrera Judicial negaba todo recurso contra las “sentencias” de tal Consejo de la Judicatura en el procedimiento disciplinario referido a los jueces. Al término de esta breve explicación, resulta claro, en ese momento, que los actos de destitución de jueces, tenidos como sentencias, no tenían recurso alguno y quedaban sin control de la jurisdicción contencioso-administrativa, contrariamente a lo afirmado en los dos votos salvados mencionados.

Para solucionar este entuerto, la Procuraduría General de la República en informes presentados ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el caso Martiza Josefina Alvarado Mendoza de enero de 1986, propuso a ese alto Tribunal que si las decisiones de destitución de jueces no eran consideradas actos administrativos sino sentencias, en virtud de la supuesta tridimensionalidad del Consejo de la Judicatura, decisiones contra las cuales “no cabría recurso alguno”, entonces, que se concediera recurso de casación ante la propia Sala Político-Administrativa. Esta propuesta fue recogida, a su vez, en el voto salvado del magistrado Luis Enrique Fariás Mata, en la sentencia de julio de 1986, recaída en el caso Hilario Pujol Quintero, en cuyo fallo el magistrado disidente sostuvo lo siguiente: “Acordes como se ha dicho sentencia y votos salvados en reconocer la naturaleza jurisdiccional de la medida, si la Corte desea, con plausible propósito, de reforzar la autoridad del Consejo –mas no a costa del Estado de Derecho-, dar a los actos “disciplinarios”, un tratamiento judicial acorde con su peculiar naturaleza, pudo la Sala atenerse a la propuesta que, por vía de opinión, ha formulado la Procuraduría General de la República en casos como el presente: acoger para los actos administrativos de índole disciplinaria, en lugar del tradicional recurso de anulación, el de casación en vía contencioso-administrativa...”.

Este tema quedó definitivamente zanjado en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de octubre de 1988, cuyo artículo 79 dispuso “contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura, podrá interponerse recurso de nulidad por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la sanción impuesta sea de destitución”. Esta norma fue posteriormente declarada nula, por la Sala Político-Administrativa en sentencia de julio de 1991, en el caso Iván Hernández Gutiérrez, en la cual incluye también en el régimen de recurribilidad de los actos administrativos sancionatorios del Consejo de la Judicatura a la “suspensión del cargo” de los jueces.

A momento presente el gobierno y administración del Poder Judicial corresponden por disposición constitucional al Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena (artículo 267 de la Constitución de 1999). De igual manera, el régimen de estabilidad

de los jueces y su control judicial fue definido en el Código de Ética del Juez, que formalmente es una Ley, de 2015, y en la sentencia de la Sala Constitucional recaída en el caso Nancy Castro de mayo de 2013, en la cual se dispuso que los actos de destitución de los jueces de carrera tienen recurso ante el Tribunal Disciplinario Judicial, en primera instancia y, ante la Corte Disciplinaria Judicial, en segunda instancia; y en el caso de los jueces provisorios ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Con lo cual no son actos excluidos del control judicial, independientemente de su naturaleza.

E. Eje jurisprudencial actos de gestión-actos de autoridad;

En la historia del derecho administrativo venezolano, se ha echado mano a la teoría del acto de gestión-acto de autoridad para excluir o incluir determinados actos de la Administración Pública del control jurisdiccional. En tal sentido, se presenta una línea jurisprudencial oscilante y variable para tales fines, como se indica a continuación.

Estas sentencias son las dictadas en los fallos de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, recaídos en los casos Leopoldo Díaz Bruzual, de julio de 1985; Fetraeducación de junio de 1986; Banco República de noviembre de 1986, y Asociación Nacional de Supermercados y Afines (ANSA) de marzo de 1987.

Al respecto, y siguiendo esa línea jurisprudencial, en el caso Díaz Bruzual de julio de 1985, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, consideró que el Presidente de la República podía destituir al Presidente del Banco Central de Venezuela porque tal destitución era un acto de gestión privada de los derechos patrimoniales de la República, por cuanto en tal destitución el Presidente de la República, a pesar de haber actuado formalmente mediante un Decreto, en realidad actuó, como representante de las acciones de la República en el capital del Banco Central de Venezuela, y por consiguiente de manera plenipotenciaria, quedando tal Decreto sin control jurisdiccional contencioso administrativo.

En el caso Fetraeducación de junio de 1986, se confirmó esta tendencia, por cuanto que la decisión operativa del Ministro de Educación de descontar de los días de salario de los maestros que habían ido a una huelga no fue un acto de autoridad administrativa, sino un acto de gestión de naturaleza distinta a la administrativa, de tal funcionario. Así lo dispuso el fallo: “por todo lo expuesto, concluye la Sala que su competencia y la de los otros órganos de la jurisdicción-administrativa en lo atinente a los recursos contencioso administrativos de anulación ha de quedar circunscrita al conocimiento de las pretensiones que se dirijan a impugnar los actos emitidos por los órganos de la Administración Pública en ejecución de normas de Derecho Administrativo, y, por consiguiente, se encuentran excluidos del control de esa misma jurisdicción los actos de la Administración Pública emitidos con arreglo a otras ramas del ordenamiento jurídico positivo (civil, mercantil, laboral, etc.)”.

Esta tendencia, a considerar excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos de gestión de la Administración Pública comenzó a ser revertida con el voto salvado del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, en el caso Banco República de noviembre de 1986, fallo en el cual la mayoría ratificó lo decidido en el caso Fetraeducación, pero en el mencionado voto salvado se indicó sobre el tema debatido (la competencia del Ministerio del Trabajo, como organismo ejecutor de la legislación laboral), que tal materia debía ser conocida por el recurso de nulidad ante la Sala Político-Administrativa.

Como claramente quedó dicho en el mencionado voto salvado: “Finalmente, aparte del natural deber de dejar expuesta su opinión disidente, aspira el Magistrado autor

del presente voto salvado a que para el futuro se produzca la necesaria rectificación del criterio, hoy sustentado por la Sala, pero que debería ser enmendado de aquí en adelante so pena de seguir alterando reglas de competencia de ineludible cumplimiento tanto para los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, como laboral, esta última ahora obligada a pronunciarse por efecto de la presente declinatoria, sobre un acto administrativo emanado del Ministro del Trabajo, impugnado por motivos que solo descansan en razones atinentes al contencioso: la inmotivación; la desviación de poder; y la violación del procedimiento administrativo establecido por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para que los respectivos funcionarios administrativos produzcan y revisen dicho acto en la vía administrativa interna, antesala ordinaria del contencioso administrativo judicial que compete a esta Corte”.

Y finalmente, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de marzo de 1987, recaída en el caso Asociación Nacional de Supermercados y Afines (ANSA), en la cual a propósito de un acto emanado del Ministerio del Trabajo se varió de tendencia y expresamente se dispuso “Del modo aquí descrito y señalado el caso de autos propuesto a este Tribunal es de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral. En efecto, no existe hasta ahora planteado un asunto que concreta y específicamente esté vinculado al fondo o contenido mismo de una contratación colectiva, sino a la obligación genérica, a la orden o mandato impuestas por el Estado a un particular para que emprenda una negociación destinada a suscribir un Contrato Colectivo. Como en el caso de autos se han llenado los requisitos reguladores de competencia exigidos por el citado fallo de esta Corte antes comentado, la tramitación y conocimiento de este recurso contencioso administrativo de anulación dirigido a impugnar un acto emitido por un órgano de la Administración Pública, en ejecución de una norma de Derecho Administrativo, como lo es el Decreto-Ley 440, corresponde a esta jurisdicción y así se declara”.

Como consecuencia de todo lo expuesto se puede concluir que aunque la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, comenzó una tendencia a dejar fuera del control de la jurisdicción contencioso-administrativa determinados actos de la Administración Pública, como consecuencia de la aplicación de la teoría de los actos de gestión, ya desde marzo de 1987 dejó de hacerlo, y por consiguiente tales actos no están excluidos en el control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

F. Los actos de destitución del Presidente de la República

Como es sabido, en el año 1993, en el contexto jurídico del juicio penal iniciado por el Fiscal General de la República para determinar un supuesto peculado y malversación genérica de fondos imputados al Presidente Constitucional de la República de Venezuela ciudadano Carlos Andrés Pérez, al ser declarado con lugar el antejuicio de mérito correspondiente por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por mandato de ley se produjo la suspensión senatorial por falta temporal en el ejercicio del cargo, mas no la pérdida de la titularidad del mismo. Sin embargo, por acuerdo del Congreso dictado el 31 de agosto de 1993, sin ningún fundamento jurídico este órgano declaró que “debe considerarse como falta absoluta” la del Presidente de la República suspendido, ciudadano Carlos Andrés Pérez, sin que hubiese existido para el momento una sentencia condenatoria de fondo, definitivamente firme, que determinase su culpabilidad, y quedó entonces el Presidente destituido de la Primera Magistratura.

Contra el referido acto individual o sustancialmente administrativo del 31 de agosto de 1993, el ciudadano Carlos Andrés Pérez, con toda humildad, en fecha 02 de

septiembre de ese mismo año, interpuso de conformidad con los artículos 1º, 2º, 5º y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales: “acción de amparo conjuntamente con el recurso de nulidad previstos en los artículos 121 y 42 ordinal 11 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contra el acto emanado del Congreso de la República de Venezuela de fecha 31 de agosto de 1993, en el cual se declaró, de manera inconstitucional, que la falta temporal en el ejercicio de la Presidencia de la República por la suspensión senatorial, de la cual fui objeto pasara a ser una falta absoluta”. La conversión de esta falta temporal en falta absoluta, hecha inconstitucionalmente, produjo como se señaló la destitución del Presidente de la República y él como un ciudadano respetuoso de las leyes, introdujo el mencionado recurso de nulidad, conjuntamente con amparo constitucional, ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, contra el referido acto administrativo emanado del Congreso, es decir de la Cámara del Senado y de la Cámara de Diputados, reunidas en sesión conjunta. Hasta ese momento la jurisprudencia pacífica sobre la recurribilidad en el contencioso administrativo de los actos administrativos individuales del Congreso iba en el sentido de que la competencia para conocer de los mismos era de la Sala Político-Administrativa del alto Tribunal. Sin embargo, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, cambió radicalmente de criterio y pasó los autos a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, quien no decidió sobre el recurso antes de que culminara el período presencial para el cual había sido electo el Presidente Pérez; con lo cual ese específico y concreto acto de destitución quedó sin control jurisdiccional.

En palabras del mismo fallo de septiembre de 1993, quedó escrito para la historia y para la teoría de los actos excluidos del control contencioso administrativo en Venezuela, lo siguiente “Así mismo, nuestra doctrina ha sido más bien proclive a la aceptación de la tesis del proyectista, mas no unánime al respecto; pero, querámoslo o no, esa tesis ha venido inspirando a la jurisprudencia Suprema, emitida en Pleno o en Salas. No obstante, con ocasión del caso de autos, la Sala Político-Administrativa disintiendo del criterio del recurrente y accionante y de la tesis de los proyectistas; observa: ... omissis” (y sigue una argumentación contraria a la jurisprudencia dominante hasta entonces, en la cual se da un gran viraje y se sostiene por criterios formales, mas no sustanciales o materiales, que el acto administrativo por el cual se destituyó al Presidente Pérez, no era recurrible ante la Sala Político-Administrativa, sino ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, quien no decidió en tiempo hábil sobre el recurso propuesto, y tal acto, quedó excluido del control de lo contencioso administrativo).

III. CONCLUSIONES

1. Todos los actos administrativos en un momento dado fueron considerados, en derecho venezolano, como excluidos de la jurisdicción contencioso administrativa, fueron posteriormente incluidos en ella.
2. El único acto excluido del control de lo contencioso administrativo en Venezuela fue el acto de destitución del Presidente Carlos Andrés Pérez dictado por el Congreso de la República, quien por lo demás vio violado su derecho humano fundamental consagrado en el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a que el recurso que introdujo contra su acto de destitución fuese conocido por el Tribunal competente y fuese decidido en tiempo hábil.

VI. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

LA “CLÁUSULA DE PRESCRIPCIÓN” EN LA CONTROVERSIA ENTRE VENEZUELA Y LA GRAN BRETAÑA POR LA GUAYANA ESEQUIBA

Gabriel Ruan Santos*

SUMARIO

I. Una inquietud. II. “La llamada cláusula de prescripción”. III. Contexto histórico de la reclamación. Formación del compromiso arbitral. Desigualdad de las partes. Mediación del gobierno de estados unidos. IV. Imposición de la cláusula de prescripción. Acuerdo secreto sobre su interpretación. V. La dominación política y la efectiva colonización en la cláusula de prescripción. Posición del abogado Pedro José Lara Peña. VI. Inmotivación del laudo arbitral de 1899 y de la aplicación de las “reglas” del compromiso arbitral. Ausencia de transparencia. Desacato de los títulos y de la posesión efectiva. VII. Opiniones de los abogados de Venezuela con respecto a la inmotivación del laudo y a la pretermisión del artículo III del compromiso arbitral. VIII. Ocultamiento de pruebas relativas a la aplicación de la cláusula de prescripción. IX. A manera de conclusión.

A la memoria del académico Pedro Nikken.

I. UNA INQUIETUD

En la actualidad, la discusión sobre la controversia entre la República de Venezuela y la República Cooperativa de Guyana se encuentra centrada en la demanda introducida el 29 de marzo de 2018 por el gobierno de Guyana por ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con sede en la ciudad de La Haya, contra la República Bolivariana de Venezuela, y principalmente, enfocada esta discusión en su fase previa, cuyo objeto es dilucidar la falta o no de jurisdicción de esa Corte para conocer de esa demanda destinada marcadamente a reafirmar la validez o nulidad del laudo arbitral de París de fecha 3 de octubre de 1899, y de esta forma poner fin judicialmente a la controversia sobre las frontera entre ambos países, por virtud de haber sido remitido el caso a dicho tribunal por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, en aparente ejercicio de los poderes que le fueron otorgados a ese órgano en el artículo IV, numeral segundo, del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966,

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

sin haber consentido Venezuela en el medio escogido, ni en el procedimiento de envío de la causa, ni haber reconocido nunca la jurisdicción del tribunal para atender el caso. A lo cual, se añade la decisión del gobierno venezolano de no comparecer ante la CIJ, a la audiencia inicial del proceso, para dar contestación formal a la demanda presentada por la representación del gobierno guyanés, como manifestación conductual de su desconocimiento de la jurisdicción de la Corte, explicada en un memorándum extrajudicial dirigido a dicha Corte por la cancillería venezolana.

Sin embargo, nos inquieta particularmente la necesidad de que Venezuela (como Nación, y no solo como gobierno) tenga una estrategia para la discusión del *fondo* de la controversia territorial, y no apueste todas sus fichas a la falta de jurisdicción de la CIJ, lo cual se requerirá para afrontar el futuro de la causa tanto en el supuesto de que la Corte declare su falta de jurisdicción, como en el de que declare que tiene jurisdicción para conocer la controversia, de acuerdo con el artículo 36 de su Estatuto, y proceda a juzgar el caso, según las razones expuestas por el demandante y el conocimiento de las razones de hecho y de derecho inherentes a la causa que la propia Corte se haya procurado de oficio, según el artículo 53 del Estatuto mencionado. En efecto, en ambos supuestos, será necesario nuevamente que el Estado Venezolano proceda a demostrar: la nulidad del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899 y la inexistencia del efecto de cosa juzgada, presuntamente derivado del mismo; la vigencia de los títulos jurídicos heredados de

España que fundamentan la legítima pretensión de Venezuela al territorio usurpado por Inglaterra y la determinación correcta de la frontera con el Estado Guyanés, como sucesor de la Guayana Inglesa; y por si fuera poco, los criterios que permitirían resolver en modo pacífico y justo los daños que sufriría Guyana por la desposesión del territorio reivindicado por Venezuela, así como la situación jurídica de los habitantes de la zona en reclamación. En otras palabras, en el presente, la disputa no se limita a la determinación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, sino a la solución efectiva y final de una reclamación que tiene casi ciento ochenta años de duración, pero que además, hunde sus raíces en los períodos históricos de la conquista y de la colonia en América, cuyo contenido comprende no solo cuestiones de derecho, sino complejos problemas políticos, geográficos, étnicos y económicos.

Ahora bien, el abordar globalmente el fondo de la controversia –tarea ya realizada por ilustres especialistas en el tema– implicaría un descomunal esfuerzo que desbordaría la finalidad de este trabajo, que solo pretende rendir un sencillo homenaje a un gran jurista, experto en derecho internacional y profundo conocedor de la disputa entre Venezuela y Guyana, como fue el académico Pedro Nikken. Por esto, me propongo discretamente poner el dedo en ciertos aspectos que destacan la alevosa y terrible injusticia y antijuridicidad sufrida por Venezuela con ocasión de la emisión del referido Laudo Arbitral internacional de París, en 1899, y de su antecedente inmediato e insoslayable, el compromiso arbitral o Acta de Washington, suscrito casi tres años antes, el 2 de febrero de 1897, por los representantes de las partes.

II. “LA LLAMADA CLÁUSULA DE PRESCRIPCIÓN”

“En la cláusula de prescripción radica la columna vertebral del problema”, dijo el jurista venezolano Isidro Morales Paúl. Comencemos por comprobar el contenido de esta frase lapidaria.

Expresan los artículos III y IV del compromiso arbitral entre los Estados Unidos de Venezuela y su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, sobre los límites de Venezuela con la Guayana Británica, instrumento base del laudo en cuestión, lo siguiente:

Artículo III. El Tribunal investigará y cerciorará la extensión de los territorios pertenecientes a las Provincias Unidas de los Países Bajos o al Reino de España respectivamente, o que pudieran ser legítimamente reclamados por aquellas o este, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por la Gran Bretaña, y determinará la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica”.

Artículo IV. Al decidir los asuntos sometidos a los árbitros, estos se cerciorarán de todos los hechos que estimen necesarios para la decisión de la controversia, y se gobernarán por las siguientes reglas en que están convenidas las Altas Partes Contratantes, como reglas que han de aplicarse al caso, y por los principios de derecho internacional no incompatibles con aquéllas, que los árbitros juzgaren aplicables al mismo.

Reglas;

a) Una posesión adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un distrito, así como la efectiva colonización de él, son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción.

b) Los árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional, y en cualesquiera principios de derecho internacional que los árbitros estimen aplicables al caso y que no contravengan a la regla precedente.

c) Al determinar la línea divisoria, si el Tribunal hallare que el territorio de una parte ha estado en la fecha ocupado por los ciudadanos o súbditos de la otra parte, se dará a tal ocupación el efecto, que en opinión del Tribunal, requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso”.

Se observa en la comparación del texto de ambos artículos del compromiso arbitral de 1897 una contradicción importante y grave, pues mientras en el artículo III las partes disponen preventivamente una investigación y comprobación que deberá realizar el tribunal sobre la *legitimidad* de los títulos de adquisición sobre la zona en disputa entre Venezuela y la Gran Bretaña, a partir de las posesiones de sus causantes, es decir, el Reino de España y el de los Países Bajos, conducente a una decisión de la controversia territorial de acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes y los principios del derecho internacional aplicables para la época, la cual tendrá por objeto *la determinación de la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica*; el artículo IV introduce unas “reglas” que parten de las posesiones de ambas partes sobre los respectivos territorios limítrofes, más allá de la adquisición original de los mismos, basadas en la *dominación política exclusiva* o en la *efectiva colonización*, erigiendo a la *posesión adversa* a los títulos y a la prescripción como medio de adquisición prevaleciente del dominio territorial, sin más requisitos que la duración mínima de cincuenta años, opacando o poniendo de lado los caracteres de la posesión adquisitiva configurados desde el derecho romano y perfilados por el Código Napoleón, al tiempo que se subordinaban los principios del derecho internacional a la condición de *no contradecir la regla* de la posesión adversa. Por este giro en la redacción del compromiso, el ilustre excanciller venezolano Isidro Morales Paúl afirmó: “Precisamente en la *cláusula de prescripción* radica la columna vertebral del problema”¹.

Para poder comprender esta contradicción del compromiso arbitral de 1897, surgida en sentido opuesto al propósito del gobierno de Venezuela de buscar una solución arbitral imparcial e independiente, de acuerdo con las normas del derecho y no con

¹ Cfr: Isidro Morales Paúl, “Análisis crítico del problema fronterizo Venezuela-Gran Bretaña”, en *La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba*, Tomás Carrillo Batalla (coord.), segunda reimpresión, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, Caracas, 2008. p. 198.

sujeción a entendimientos políticos de las potencias intervinientes, y mucho menos con sometimiento a situaciones de hecho provocadas por las continuas agresiones y anexiones de la potencia imperial británica, es necesario refrescar brevemente los hechos históricos que concurrieron a la formación del compromiso.

III. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA RECLAMACIÓN. FORMACIÓN DEL COMPROMISO ARBITRAL. DESIGUALDAD DE LAS PARTES. MEDIACIÓN DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS

Desde los tiempos de la colonia, Holanda había tratado de extender mediante vías de hecho los límites de sus posesiones en la Guayana y posteriormente, desde la guerra de independencia de Venezuela y de la constitución de la República de Colombia, Inglaterra había promovido el desplazamiento, también mediante vías de hecho, de los límites coloniales de la Guayana Británica hacia al noroeste del Río Esequibo, que era la frontera natural y original con Venezuela derivada del Tratado de Londres, celebrado el 13 de agosto de 1814, en virtud del cual Inglaterra legitimó su adquisición bélica frente a Holanda de los establecimientos de Berbice, Demerara y Esequibo, situados sobre la costa atlántica de la colonia entonces holandesa, reconocidos precedentemente a esta última por España en el Tratado de Paz de Múnster del año 1648, como parte de la conclusión de la guerra de independencia de Holanda frente a España.

Se destaca en esta breve reseña cómo todas las adquisiciones territoriales británicas tuvieron su origen directa o indirectamente en actos de fuerza públicos y privados, suyos o de los holandeses, frente a la posesión pacífica y efectiva de la Guayana que ejerció el Reino de España sobre el territorio al oeste del Río Esequibo, con fundamento en los títulos jurídicos antiguos basados en el descubrimiento de América y en particular de la Guayana, región intermedia entre los ríos Orinoco y Amazonas, y la consolidación de los mismos y de la ocupación respectiva mediante la posesión ejercida a través de la propagación de las misiones de las órdenes religiosas católicas, como bien lo describió el sacerdote jesuita José Gumilla, así como mediante actos legislativos, policiales y disciplinarios de las autoridades centrales y locales de España para resguardar el orden en la zona y expulsar a los ocupantes holandeses.

Hay que tener presente el fuerte apego que siempre tuvo la Provincia de Guayana a la Corona Española, hasta el punto de haber sido uno de los bastiones realistas en la guerra de independencia en Venezuela. En ese apego jugaron un papel determinante las órdenes religiosas que fundaron y mantuvieron misiones en la provincia, en especial los capuchinos catalanes, quienes fueron pioneros en la fundación de pueblos de indios, junto a la fundación de pueblos de españoles por parte de las autoridades civiles, y fueron pioneros en la actividad de la forja de hierro en la región, en el siglo XVIII. El historiador Manuel Donís destaca la actitud de vigilancia que siempre tuvo la Guayana Realista frente a los ingleses, razón por la cual “siempre tuvo una posición firme y sostenida ante Inglaterra en defensa de sus fronteras”². Antes de

² Ver: Manuel Alberto Donís Ríos, *Guayana profunda*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2016. p. 24. Según este acreditado autor: En la época republicana, “No se piense que el gobierno venezolano se cruzó de brazos. En 1890, el gobernador del Territorio Federal Yuruary, Juan bautista Pérez García, por decreto creó una comisión especial para los ríos Yuruary, Cuyuni, Mazaruni y Esequibo, *hasta nuestros límites con la Guayana Inglesa*, a fin de colonizar por todos los medios posibles los lugares que fuera ocupando, ejercer mayor vigilancia, cuidar a los indígenas allí asentados, e impedir que ninguna autoridad o ingeniero de nacionalidad extraña, ejerza actos de jurisdicción alguna en las pertenencias de la República”. *Ibid.* p. 141 Se recomienda a este autor para todo el tema fronterizo.

las misiones religiosas, cabe recordar las expediciones del gobernador de El Dorado Antonio de Berrío en el siglo XVI, quien extendió el conocimiento y poblamiento de la zona y fundó a San Tomé de Guayana para la protección de las bocas del Río Orinoco³. El propio Simón Bolívar, a pesar de sus inclinaciones amistosas hacia los ingleses, habría ordenado el desalojo de los pocos colonos holandeses e ingleses situados al occidente del Río Esequibo, en la zona Moruca-Pomerún, en el año 1822.⁴

Lamentablemente, hay que admitir que el proceso posterior de anexión territorial promovido por la potencia imperial británica fue facilitado por la decadencia imperial de España durante los años postreros de la colonia y por la debilidad de los gobiernos del Estado de Venezuela después de la separación de Colombia. ¿Y por qué no decirlo? Por la penetración de los británicos que participaron en la guerra de independencia de nuestro país, del lado de las fuerzas patrióticas. A pesar de ello, Venezuela siempre había rechazado formalmente los avances territoriales ilegítimos de Inglaterra en el Esequibo y los intentos fraudulentos de legitimarlos, como fue el caso de la Segunda Línea Schomburgk de 1840 y el artificioso y falaz mapa Hebert. La tensión generada por estos hechos llevó a la celebración del Tratado de “Statu Quo” de 1850, “un *modus vivendi* por el cual tanto Venezuela como Gran Bretaña se comprometieron a abstenerse de llevar a cabo agresiones o usurpaciones en el territorio disputado, o sea, mantener el *statu quo* en el área comprendida entre el Esequibo y la nueva línea Schomburgk de 1840, hasta tanto se resolviera la controversia. Ese territorio alcanzaba –para el momento– una extensión de 141.930 Km² aproximadamente”⁵.

A pesar de la tregua que significaba el “Statu Quo” de 1850, respetada en apariencia por unos treinta años, la Gran Bretaña retomó con ímpetu el movimiento usurpador a partir de 1880, en que se descubrieron yacimientos auríferos en la región del Yuruari, aumentando rápidamente sus pretensiones en la zona en disputa, con tal voracidad que procedió unilateralmente a trazar una nueva línea fronteriza que penetraba en territorio venezolano hasta la población de Upata y ensanchaba la usurpación idealmente hasta los 203.310 Km², según Sosa Rodríguez⁶. Ante esta cadena de agresiones, el gobierno venezolano presidido por el general Antonio Guzmán Blanco, en 1887 procedió a la ruptura de relaciones diplomáticas con la Gran Bretaña y de allí en adelante se hizo imposible el trato directo entre los dos gobiernos, que había iniciado mediante negociaciones el plenipotenciario venezolano Alejo Fortique con el canciller británico Lord Aberdeen desde 1844, y había retomado Guzmán posteriormente, como Presidente de la República y más tarde como representante plenipotenciario de Venezuela, ante los ministros ingleses Rosebery, Granville y Salisbury, con insistencia en una propuesta de arbitraje para resolver jurídicamente la disputa.

³ *Ibid.* pp. 19-20.

⁴ *Ibid.* p. 140.

⁵ Cfr: Carlos Sosa Rodríguez, “El Acta de Washington y el Laudo de París”, en *La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba, Segunda reimpresión, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Eventos, 2008*, p. 142. En relación con el contexto histórico del compromiso arbitral de 1897, es conveniente citar este testimonio del historiador William Sullivan: “Venezuela estaba desgarrada por disturbios y violencia durante la última década del siglo XIX. Entre 1892 y 1900 hubo seis rebeliones importantes y 437 encuentros militares, donde perecieron 20.000 hombres. Las pérdidas económicas alcanzaron los 680 millones de bolívares, más del 76% del ganado de la nación pereció y la deuda nacional aumentó de Bs. 113.310.043,94 a Bs. 208.083.686,44. La anarquía prevalecía mientras los caudillos combatían entre sí por la riqueza y el poder”. Cfr: William Sullivan, *El despotismo de Cipriano Castro. 1899-2008*, Academia Nacional de la Historia-Fundación Editorial Trilobita-Andrés Duarte Vivas, Caracas, 2013. p. 19.

⁶ Carlos Sosa Rodríguez, *ob. cit.*, p. 143.

La nota de ruptura de relaciones con Inglaterra, entregada por el ministro de relaciones exteriores de Venezuela, doctor Diego Bautista Urbaneja, el 20 de febrero de 1887 al embajador de la Gran Bretaña en el país, contenía términos enfáticos y categóricos, que ofendieron al gobierno inglés y le dieron el pretexto para negarse a tener comunicación oficial con el gobierno venezolano desde ese día⁷. Esa nota venía a sumarse a varias comunicaciones enfáticas de Guzmán para los ministros ingleses en las cuales les exigía con firmeza el cese de las usurpaciones y la negativa del gobierno venezolano a entrar en concesiones territoriales, por ser contrarias a la Constitución de la República. Todo lo cual daba a los ingleses la ocasión para expresar su desprecio acumulado contra el gobierno venezolano, representante de una nación incivilizada, cuyos funcionarios eran indignos de ser atendidos y mucho menos recibidos por la cancillería inglesa.

A partir de esta ruptura de relaciones se interrumpió la comunicación directa con el gobierno inglés, el cual se negó a recibir a todos los enviados venezolanos que intentaban reanudar la negociación para proponer un arbitraje. Por ello, el gobierno venezolano se vio obligado a interesar en la disputa al gobierno de los EE.UU., que hasta ese momento había guardado distancia con el asunto, a fin de solicitar su mediación. El propio Guzmán viajó a los EE.UU. y se entrevistó con el Presidente de esa nación, pero fueron muchos los enviados venezolanos que visitaron a los funcionarios del departamento de estado, senadores y representantes al Congreso, con el objeto de informar al gobierno y al poder legislativo de los EE.UU. sobre el contenido de la reclamación e involucrarlos en la defensa de los intereses de Venezuela. Esta situación explica el desbordante papel desempeñado por el gobierno de esa nación norteamericana en el manejo del proceso de la reclamación territorial frente a la Gran Bretaña.

En virtud del papel preponderante jugado por los EE.UU, antes mencionado, el Presidente Grover Cleveland encabezó la gestión política para obligar a Inglaterra a aceptar la solución arbitral, el secretario de estado Richard Olney negoció con el canciller inglés Lord Salisbury y con el embajador inglés Julian Pauncefote el compromiso arbitral; el Congreso de ese país designó una comisión legislativa para el estudio de los límites entre Venezuela y la Guayana Británica, integrada por expertos en derecho internacional, cuyo secretario fue el abogado Severo Mallet Prevost; el abogado defensor principal de Venezuela en el proceso arbitral fue el expresidente Benjamin Harrison, además del joven abogado Mallet Prevost; los árbitros designados por Venezuela fueron los magistrados de la Corte Suprema de Justicia americana Fuller y Brewer, pues Inglaterra, a pesar de haber designado dos árbitros ingleses, también jueces (Russel y Collins) se negó a aceptar árbitros de nacionalidad venezolana en el tribunal arbitral. El quinto árbitro y presidente del tribunal arbitral, el jurista ruso Federico De Martens, fue escogido por los árbitros designados, sin intervención alguna de Venezuela. Más adelante se verá la influencia de esta escogencia en la decisión final.

⁷ Algunos fragmentos de esta nota de ruptura de relaciones son muy reveladores. Así, por ejemplo: "... La Gran Bretaña se ha arrogado el derecho de decidir por sí y ante sí y en su favor una cuestión que toca a ella como a Venezuela... La Gran Bretaña se ha declarado condueña del Orinoco, la grande arteria fluvial del norte de la América del Sur, apoderándose del caño Barima, una de sus bocas, y por este medio del comercio de vastas regiones pertenecientes a varios países... La Gran Bretaña ha seguido en esto un proceder que ha condenado en otros... La Gran Bretaña ha infringido en su provecho el convenio que ella misma propuso a Venezuela en 18 de noviembre de 1850 y ocupado el territorio por ella garantido... La Gran Bretaña ha venido aumentando progresivamente sus avances desde el Esequibo al Pomaron, al Moroco, al Guaiama, al Barima y al Amacuro... En consecuencia, Venezuela, no debiendo conservar amistosas relaciones con un Estado que así la injuria, las suspende desde este día". Ver: *La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba*, ob. cit., p. 430 y siguiente.

No obstante los buenos propósitos iniciales del Presidente Cleveland y su resuelta presión sobre el gobierno inglés para lograr la aceptación del arbitraje, en principio de derecho, la mediación norteamericana fue llevando a la instauración de una grave desigualdad de las partes en el proceso, desde el mismo momento de la negociación del compromiso para establecer las bases del arbitraje. Así, el gobierno venezolano tuvo escaso acceso al secretario de estado norteamericano Richard Olney, jefe de la negociación por el lado venezolano, sino a través de intermediarios como los señores James Storrow o William Scruggs, que algunas veces no tenían capacidad para dar las informaciones indispensables sobre el curso de la negociación. En este sentido, el embajador de Venezuela ante el gobierno de EE.UU., el abogado José Escolástico Andrade, hermano del general Ignacio Andrade, no obstante residir en Washington, más de una vez vio frustradas sus gestiones para obtener información auténtica acerca de las negociaciones con el gobierno inglés.

En este marco de desigualdad, el gobierno británico – aunque había aceptado de mala gana la solución arbitral- siempre rechazó el arbitraje de derecho para resolver la controversia, como se muestra en respuesta (1895) de Lord Salisbury, primer ministro y canciller inglés en ese momento, al embajador norteamericano en Londres, en relación con el emplazamiento recibido del secretario de estado para aceptar la propuesta de arbitraje de EE.UU., anunciada al Congreso por el mismo Presidente Cleveland desde 1894. En dicha respuesta, resalta que no dejaría el destino de “numerosos súbditos británicos establecidos en la zona en reclamación en manos de juristas extranjeros” (se refería a los españoles consultados por Venezuela y a los venezolanos) ni “entregarlos a la jurisdicción de una nación de diferente raza y lenguaje, cuyo sistema político sufre continuas perturbaciones y cuyas instituciones y leyes no dan la adecuada protección a la vida y a la propiedad de las personas”⁸. A lo anterior, se suma la desconfianza del ministro británico hacia el arbitraje y lo que afirmó al respecto en el mismo texto: “Como los concursos de oposición y el riego con aguas cloacales, los arbitrajes están entre las famosas panaceas de nuestra época. Como aquéllos el arbitraje vivirá sus días y pasará a la historia; las futuras generaciones mirarán con lástima a quienes creyeron que semejante expediente pudiera poner freno a la ferocidad de las pasiones humanas”⁹.

IV. IMPOSICIÓN DE LA CLÁUSULA DE PRESCRIPCIÓN. ACUERDO SECRETO SOBRE SU INTERPRETACIÓN

Precisamente, en estas circunstancias adversas es que plantea el gobierno inglés la necesaria y categórica inclusión de la cláusula de prescripción, como condición *sine qua non* para llegar a un arreglo sobre el compromiso, como una vía para suplir la falta de fundamentos jurídicos serios de sus posesiones en la zona objeto de anexión. Aunque los funcionarios norteamericanos involucrados en la reclamación estaban convencidos de la solidez de las razones jurídicas aportadas por el gobierno venezolano e investigadas por la comisión especial de límites designada por el presidente de los EE.UU., tuvieron temor de que el gobierno inglés bloqueara las negociaciones y se precipitara una acción bélica entre EE.UU. y la Gran Bretaña por la amenaza de esta última de extender la anexión y tomar las bocas del Orinoco y buena porción del trayecto navegable del río, lo cual constituía el aspecto estratégico defendido y

⁸ Ver: Tomás Polanco Alcántara, *Guzmán Blanco: Tragedia en seis partes y un epílogo*, Ediciones GE, Barcelona, 2002. p. 549.

⁹ Ver: Fareed Zakaria, *De la riqueza al poder. Los orígenes del liderazgo mundial de Estados Unidos*. Traducción del inglés de Editorial Gedisa, Barcelona, 2000. p. 211.

el máximo interés de la potencia americana, razón principal para haber invocado la famosa “doctrina de Monroe”. En vista de ello, el secretario de estado Richard Olney consintió en esa propuesta inglesa, a pesar de la oposición venezolana¹⁰.

Después de haber superado la oposición inicial venezolana a la cláusula de prescripción propuesta, por ser contraria a la Constitución de Venezuela y al principio del *Uti Possidetis Juris*, el secretario de estado Olney, quien se había ganado la confianza del embajador venezolano en Washington, le hizo creer al gobierno venezolano que la posesión requerida para la prescripción adquisitiva era de sesenta (60) años y de que solo ponía en contención una extensión de territorio ocupado por Holanda al oeste del Esequibo para antes de 1814, fecha de la cesión a Inglaterra de las posesiones de Demerara, Berbice y Esequibo. Lo cual era coherente con el Statu Quo de 1850, antes mencionado, por el cual ambas partes se habían comprometido a desconocer todas las adquisiciones territoriales de facto que se hicieran con posterioridad a esta última fecha¹¹.

No obstante la negativa del gobierno venezolano a aceptar la cláusula de prescripción, el rechazo de la misma por parte de la opinión pública venezolana y el pronunciamiento en contra de círculos diplomáticos latinoamericanos, el secretario de estado Olney prosiguió con la negociación de las bases del acuerdo de arbitraje con el embajador británico y aceptó a espaldas de Venezuela el nuevo texto de la cláusula propuesto por Inglaterra, el cual reducía la posesión requerida para la prescripción a cincuenta años, además de la priorización de la “dominación política exclusiva de un distrito, así como la efectiva colonización”, como criterios suficientes para que se constituyera una posesión adversa a los títulos heredados. La actuación del secretario Olney, más allá de los poderes concedidos por el gobierno venezolano, se agravaba al tenerse conocimiento años más tarde del ocultamiento de la correspondencia cruzada con el embajador inglés Pauncefote en relación con este entendimiento y sobre todo en relación con cuáles anexiones podrían ser legitimadas con la aplicación de este lapso prescriptivo y la posesión adversa así entendida, que para esos funcionarios eran todas las ocupaciones de territorio realizadas por los británicos antes del compromiso arbitral, mientras que al embajador Andrade y a los funcionarios venezolanos se les había hecho creer que solo se aplicaría a las posesiones holandesas anteriores a 1814.

¹⁰ Es de advertir que la aceptación de esta propuesta estaba en contradicción con la llamada doctrina de Cleveland o de Olney, “formulada con ocasión del conflicto anglo-venezolano, por el secretario de estado Olney (nota del 20 de julio de 1895) que implicaba la prohibición de toda adquisición territorial por extensión de las fronteras de una colonia ya existente”. Esta doctrina era un desarrollo de la doctrina de Monroe y en especial del *principio de no colonización*, aunque tuviera el consentimiento de algún Estado americano. Ver: Charles Rousseau, *Derecho internacional público*, traducción al español de Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, p. 320.

¹¹ Es de observar que la propuesta que incluía la prescripción adquisitiva fue acordada el 12 de noviembre de 1896, por el secretario de estado Richard Olney y el embajador inglés Julian Pauncefote, sin intervención alguna de Venezuela, y tenía por título “Bases de la Proposición de Tratado entre Gran Bretaña y Venezuela... acordado por Gran Bretaña y los Estados Unidos”. Como refiere el padre Hermann González Oropeza: “El consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, doctor Rafael Seijas, escribió que “los señores Cleveland y Olney hicieron aceptar a esta República, si bien ella se había opuesto terminantemente a la cláusula de la prescripción, las bases de este tratado arbitral”. El señor William Scruggs, agente venezolano para ese momento:”anotó en su diario que Olney aterrorizó y forzó a Venezuela”. Ver: Hermann González Oropeza S.J., “Dos aspectos del reclamo esequibo”, en *La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba*, ob. cit., pp. 125-126. Esta versión es confirmada por Fareed Zakaria, quien también cita a William Scruggs como testigo de la presión norteamericana y cita su publicación de esos días titulada “*Sobre las Agresiones Británicas en Venezuela y la Doctrina Monroe Puesta a Prueba*”. Ver: Fareed Zakaria, ob. cit., p. 209.

Conocido el nuevo texto en Venezuela –aunque no el acuerdo secreto– se despertó una nueva ola de rechazo e indignación. El Presidente Cleveland envió una carta –con el agente James Storrow– al Presidente Joaquín Crespo para urgir su consentimiento. Los políticos y juristas venezolanos denunciaban el acuerdo y los diplomáticos latinoamericanos criticaban la debilidad del gobierno norteamericano frente al gobierno inglés. Los políticos norteamericanos y la prensa en EE.UU. comenzaban a manifestarse en contra, al conocer la reacción del pueblo venezolano. La aprobación del tratado de arbitraje se hacía difícil. Ante ello, el secretario de estado, lejos de escuchar las críticas, aumentaba la presión sobre el gobierno venezolano y con hipocresía insistía en la interpretación de la cláusula de prescripción que era favorable a los intereses venezolanos.

Con palabras del historiador Hermann González: “El cónsul inglés en Caracas informaba a Londres que el tratado no sería ratificado por el Congreso venezolano. Pero Olney dio el golpe final al gobierno venezolano cuando telegrafió a Storrow, que los Estados Unidos consideraban terminado el negociado del Tratado, y que si Venezuela mantenía su actitud prácticamente se cerraba el paso a toda ulterior negociación y tendría que enfrentarse a solas con la Gran Bretaña... Ante esa coyuntura Venezuela no tuvo más remedio que consentir en el Tratado. Las instrucciones para Andrade afirman claramente que solo se aceptaba el Tratado por las peligrosas consecuencias del desamparo en que la negativa colocaría a Venezuela”¹². Esto demuestra que el tratado fue firmado bajo amenaza y coacción y que no hubo libre consentimiento del gobierno venezolano.

En descargo de Andrade y como consta en los archivos del ministerio de relaciones exteriores de Venezuela, él insistió infructuosamente con Olney en la modificación del tratado de arbitraje. Además de exigir que hubiera jueces venezolanos en el tribunal arbitral, insistía expresamente en que la prescripción admitida de 50 años fuera “conforme a los principios de derecho internacional, una posesión en nombre del Estado y en calidad de propietario, pública, continuada sin interrupción y pacífica”¹³. No hay duda que estos requisitos de derecho habrían impedido el manejo discrecional de la cláusula, como pretendía Inglaterra, pues muchas de las posesiones alegadas eran particulares, carecían de publicidad y continuidad y sobre todo no eran pacíficas¹⁴.

El doctor Isidro Morales Paúl resumió el entuerto relativo a la interpretación no escrita de la cláusula de prescripción así: “El texto del compromiso arbitral y especialmente la cláusula relativa a la prescripción fue explicada e interpretada en forma diferente a Gran Bretaña y a Venezuela por el secretario de estado Olney. Venezuela

¹² *Ibid.* pp. 128-129.

¹³ *Ibid.* p. 129.

¹⁴ Se debe anotar aquí que la aplicación de la institución de la prescripción adquisitiva entre Estados no ha sido unánime ni en la jurisprudencia ni en la doctrina del derecho internacional público. Según la opinión del autor francés Charles Rousseau, “la doctrina se haya dividida, ya que generalmente los autores de inspiración positivista rechazan la extensión a las relaciones internacionales de esta institución, lo que por el contrario es preconizado por quienes se muestran partidarios de la transposición, por analogía, al derecho de gentes de los conceptos del derecho privado... La jurisprudencia internacional se inclina a admitir la prescripción, en dos casos: 1. Cuando hay discusión sobre si el territorio ha sido abandonado por *derelictio*, y en consecuencia, si en el momento de su ocupación por un tercer Estado se había vuelto a convertir en *res nullius*, y 2. Cuando no ha habido notificación en el momento del establecimiento de la autoridad estatal. En estas hipótesis la jurisprudencia internacional admite la prescripción, si hubo silencio por parte del primer soberano y posesión tranquila; es decir, ejercicio efectivo, continuo y sin interrupciones de la soberanía territorial por parte del Estado adquirente”. Ver Charles Rousseau, ob. cit., pp. 242 y 243.

interpretaba la cláusula como no aplicable entre 1814 y la fecha del Tratado de Arbitraje (1897) en tanto que Gran Bretaña la consideraba aplicable inmediatamente antes de 1897, fecha del compromiso arbitral.”¹⁵ De manera que Venezuela no se enteró realmente del veneno oculto que contenía la cláusula en cuestión, conocida y rechazada solo en su forma expresa. En opinión del mismo doctor Morales Paul, este hecho debía ser calificado como “falsa atestación sobre el contenido y alcance de la cláusula de prescripción... por parte del secretario de estado norteamericano Olney”. La cual, además, fue objeto de un “acuerdo secreto” entre Olney, quien carecía de representación, y el embajador inglés Pauncefote. Para colmo, “este acuerdo fue asombrosamente admitido en el proceso, incorporado a la evidencia, y en consecuencia con plenos efectos procesales”¹⁶; debido esto último a la reticencia de los representantes de Venezuela en el juicio, Harrison y Mallet Prevost, quienes se vieron presionados y obligados a guardar silencio, por el secretario de estado Olney

La interpretación británica de la cláusula de prescripción fijada en cincuenta años y aplicable a todas las posesiones anteriores al compromiso arbitral –como si se tratara el territorio de *res nullius*– dejaba prácticamente sin efecto el artículo III de dicho compromiso, que exigía principalmente comprobar la extensión de los territorios legítimamente adquiridos de España y de Holanda, de acuerdo con el derecho, “para determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la colonia de la Guayana Británica”. Por ello, los abogados norteamericanos que representaban a Venezuela se habían opuesto a dicha interpretación y planteaban que la interpretación definitiva de la prescripción fuera remitida al tribunal arbitral, dada la negativa de Inglaterra de ceder en su posición de rechazo a la inclusión expresa de la “fecha crítica” de 1814. Con posterioridad las circunstancias políticas que condicionaron el proceso torcieron definitivamente la interpretación del artículo IV en favor de los intereses de Inglaterra e hicieron prevalecer implícitamente el “*uti possidetis facti*” sobre el “*uti possidetis juris*”, es decir, las situaciones de hecho sobre los títulos jurídicos.¹⁷

¹⁵ Isidro Morales Paúl, “Análisis crítico del problema fronterizo Venezuela-Gran Bretaña”, ob. cit., p. 205.

¹⁶ Isidro Morales Paul, “Juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba de 1899 y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela; conferencia del 28 de septiembre de 1999”, en *La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba*, ob. cit., p. 403 y 376.

¹⁷ Ver: Hermann González Oropeza, ob. cit., p. 133. Morales Paúl agrega: “Gran Bretaña, perfectamente consciente de que la confrontación de títulos le iba a ser perjudicial, sostiene el *uti possidetis facti* y por prescripción general de cincuenta años... Por otra parte, la posesión de Gran Bretaña era una posesión ilícita, no era una posesión legítima. Para serlo era necesario que cumpliera con los requisitos de ser pacífica, pública, de buena fe, no objetada por la contraparte, etc., circunstancias que nunca se dieron en el caso de Gran Bretaña. Cfr: Isidro Morales Paúl, ob. cit., p. 199. Según el autor español Antonio Remiro Brotons y otros autores, la prescripción es un modo derivativo de adquisición del territorio, que supone que el mismo pertenezca a otro Estado, luego no podría ser una *terra nullius*: “La prescripción es la adquisición del título de soberanía sobre un territorio mediante una posesión pública, ininterrumpida y pacífica a lo largo del tiempo, en calidad de soberano. A diferencia de la ocupación, la posesión en este caso se realiza sobre territorio que pertenece a otro Estado (*terra alii*). Discutido doctrinalmente, la práctica internacional parece avalar este fundamento, que implica la aquiescencia del soberano original. En el asunto *El Chamizal*, el tribunal arbitral descartó la prescripción en favor de los Estados Unidos porque la posesión por ciudadanos de Estados Unidos y el control político de los gobiernos local y federal han sido constantemente desafiados y cuestionados por la República de México, a través de sus agentes diplomáticos acreditados”. Sin embargo, Brotons y otros autores españoles admiten la *regulación de la prescripción mediante tratados*, como fue en el caso *para someter a arbitraje la controversia fronteriza entre Venezuela y la Guayana Británica, 1897*”. Cfr: Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional. Curso general*, Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2010. p. 491.

Antes de cerrar este capítulo, conviene recordar brevemente el significado del “*uti possidetis juris*” invocado por Venezuela, para entender claramente lo sucedido: “El *uti possidetis iuris* aparece históricamente vinculado a la emancipación de las provincias americanas de la Corona de España. El *uti possidetis* no llama a la secesión de virreinos, capitanías, audiencias o provincias, sino que es invocado *a posteriori* por el nuevo Estado, exigiendo el respeto de los límites de las entidades territoriales que lo forman, vigentes en la fecha de la independencia, 1810 en América del Sur, 1821 en América central. El propósito de los nuevos Estados al invocar el *uti possidetis iuris* era doble. En primer lugar, afirmarse como sucesores de la Corona española y, por lo tanto, de los títulos de soberanía que esta ostentaba en dichas latitudes. No había en la América hispana *terra nullius* de la que pudieran apropiarse otras potencias europeas mediante su ocupación efectiva (v. s. arbitral del Consejo Federal Suizo, sobre la *validez del laudo arbitral de la Reina-Regente María Cristina*, concerniente a cuestiones limítrofes entre Colombia y Venezuela, 1922; CIJ, Controversia fronteriza entre El Salvador y Honduras, 1992). Es la preeminencia del título frente a las efectividades”¹⁸.

Pues bien, se desprende del texto del artículo IV del compromiso arbitral de 1897 el propósito de los británicos, aceptado por el secretario de estado norteamericano, de dar preeminencia a las efectividades sobre los títulos, o sea, al *uti possidetis facti* sobre el *uti possidetis juris*, en abierta contradicción con el artículo III del mismo tratado; no obstante reconocer implícitamente que se debía aplicar la prescripción adquisitiva sobre un territorio perteneciente a otro Estado, en contravía con la premisa de que se quería calificar a las anexiones holandesas y británicas como ocupaciones de territorio sin soberano.

V. LA DOMINACIÓN POLÍTICA Y LA EFECTIVA COLONIZACIÓN EN LA CLÁUSULA DE PRESCRIPCIÓN. POSICIÓN DEL ABOGADO PEDRO JOSÉ LARA PEÑA

Por otra parte, no menos importante, se hace necesario analizar también que el artículo IV, literal a, del compromiso arbitral o Acta de Washington de 1897, que se comenta, dice lo siguiente: “Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un distrito, así como su efectiva colonización de él, es suficiente para crear un título de prescripción”. Con esto se pretendía dar la estocada final al *uti possidetis juris* invocado por Venezuela y a la solución de la controversia de acuerdo con el derecho de los títulos y no con los intereses de la geopolítica. Se trataba, paradójicamente, de asociar la prescripción adquisitiva territorial y su esencia pacífica con la dominación política.

A este respecto, es muy oportuno y adecuado traer a este escrito la posición sustentada con vehemencia por el doctor Pedro José Lara Peña, destacado abogado venezolano, famoso por sus opiniones de derecho internacional público referentes a la fijación de las fronteras de Venezuela, acerca de esta “regla” del compromiso arbitral de 1897, producto de la “protervia británica”.

Lara Peña afirmaba que Inglaterra creó un régimen “*ad hoc*” y de excepción para distorsionar la prescripción adquisitiva, “pues toda la doctrina desde el Derecho Romano hasta nuestros días, está de acuerdo en que el único fundamento válido de la prescripción adquisitiva, es la posesión realmente ejercida, en forma quieta, pública, pacífica, etcétera: *Non vis, non clam, non precario*... lo grave está en que establece

¹⁸ Cfr: Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional. Curso general*, ob. cit., p. 493.

además otra prescripción adquisitiva diferente, con un fundamento distinto al de la posesión; este fundamento nuevo es la *dominación política*... Nunca la dominación política había sido considerada en el Derecho Internacional, como causa eficiente de propiedad territorial. Podrá la dominación política imponer la supremacía territorial; pero jamás, ella sola, puede imponer o engendrar la propiedad soberana territorial... Ha sido Inglaterra la primera nación que en el mundo moderno concibió y aplicó esta doctrina de uso brutal de la fuerza como creadora de lazos jurídicos; y lo hizo primero para aplicársela a la débil Venezuela¹⁹. Sin embargo, señala Lara Peña, que “treinta años más tarde Inglaterra tuvo el descaro, en el seno de la Sociedad de Naciones, de condenar las declaraciones italianas de anexión de Tripolitania y Abisinia alegando que “la dominación política carecía de eficacia jurídica internacional”. Esta contradicción demuestra el artificio antijurídico utilizado en la redacción de las bases del compromiso arbitral de 1897, para introducir una “regla” violatoria del derecho internacional, que EE.UU. aceptó simplemente para evitar una confrontación entre potencias.

“Esta doctrina de la dominación política, puntualizaba Lara Peña, creadora de derechos territoriales, ha sido universalmente condenada por la conciencia de los pueblos civilizados, y en esa condena se han destacado otras naciones, como los Estados Unidos de Norteamérica, quien por boca del secretario de estado Henry Stimson, en nota dirigida a China y Japón, el 7 de enero de 1932, formuló la llamada Doctrina Stimson, destinada a frenar la expansión japonesa en Asia²⁰. No deja de ser irónico este hecho después de haber aceptado EE.UU. la inclusión de la regla de dominación política en las bases del arbitraje anglo-venezolano²¹.

Lara Peña insistía en la necesidad de impugnar el compromiso arbitral de 1897, tanto como el Laudo de París de 1899, porque ambos forman un cuerpo jurídico, y mientras no se declarara la nulidad de las “reglas” del compromiso creadas por las partes, ellas estarían allí para ser aplicadas a la disputa. Decía Lara Peña: “No es cierto que, según el compromiso, los jueces estuviesen obligados a juzgar según los principios generales del derecho. Ellos estaban obligados a juzgar según las reglas del compromiso arbitral, que son para ellos la Ley Suprema. Según estas reglas, se creó para ellos un derecho particular distinto al conocido hasta entonces, en el cual son la dominación política y la colonización –sin lapso señalado– las únicas fuentes seguras de atribución de propiedad... Se dice que también los árbitros no estaban autorizados para adoptar una fórmula de compromiso, que fue lo que hicieron en la sentencia. Pero observo que ninguna regla se los prohíbe; más aún, se les autoriza a ello cuando en la regla b) se les faculta para reconocer y hacer efectivo derechos, para

¹⁹ Cfr: Pedro José Lara Peña, “Controversia sobre la Guayana Esequiba”, en *La Reclamación de Venezuela sobre la Guayana Esequiba*, ob. cit., p. 285.

²⁰ *Ibid.* p. 286.

²¹ Según relata el autor Charles Rousseau, la Doctrina Stimson consiste en el “no reconocimiento de las situaciones de hecho establecidas por la fuerza... en contra del derecho internacional, especialmente con violación de los tratados existentes”. Ella se basaba en el Pacto General de Renuncia a la Guerra o Pacto Brian-Kellog de 1928. Ahora bien, luego de reconocer la aplicación sistemática de esta doctrina en cuatro continentes: Asia, América, África y Europa; Rousseau deja ver que esta doctrina ha constituido un fracaso, sobre todo en relación con el reconocimiento de nuevos Estados, porque “es de temer, que dada la tendencia del derecho positivo a consagrar el hecho consumado, sobre todo en materia de adquisiciones territoriales, cualquier conflicto entre la legalidad y la efectividad termine con una sumisión a los hechos”. Finalmente señala: “En realidad, el no reconocimiento no es más que un gesto ilusorio, cuando no va acompañado de la voluntad de restablecer el estado de derecho anterior por procedimientos de fuerza; pero en este caso, la solución del problema no es ya exclusivamente una cuestión de técnica jurídica”. Charles Rousseau, ob. cit., pp. 283-285.

que se apoyen en cualquier fundamento válido del derecho internacional o en cualquier principio de derecho internacional que los árbitros estimen aplicable al caso”²².

Coincidimos parcialmente con Lara Peña, en que el propósito de los británicos fue dejar la decisión sobre la frontera bajo la *discreción* de unos jueces parcializados y con pretermisión del derecho y en particular del *uti possidetis juris*, de allí su radical negativa a que hubiera jueces españoles o venezolanos en el tribunal, pero ello no significaba que el artículo III del compromiso arbitral pudiera ser ignorado absolutamente como lo hicieron, porque está claro que esta cláusula ordenaba *investigar y cerciorar* la extensión de los territorios *legítimamente* adquiridos por los causantes de la propiedad y reclamados por las partes causahabientes, no para cultura de los jueces, sino para de acuerdo con esa verificación *determinar la línea divisoria entre Venezuela y la Guayana Británica*. En efecto, no se trataba de una decisión discrecional sino de concretar en una línea divisoria de frontera un concepto determinable, aunque no determinado, lo cual implicaba una decisión vinculada, aunque no mecánica, porque suponía una verificación y un trazado, atendiendo a unos títulos. En todo caso, hay una contradicción insanable entre ambas cláusulas que acarrea la nulidad del compromiso y del laudo que sobre él se apoye. “Porque caído el uno, cae el otro y no al revés”, decía Lara Peña²³.

Para reforzar la necesidad de impugnar el Laudo de París de 1899, conjuntamente con el compromiso arbitral de 1897, Lara Peña recordaba lo que había dicho Forbes Burnham, Presidente de la República Cooperativa de Guyana: “A mí me parece que hay una concepción errónea acerca de lo que es la reclamación venezolana del Esequibo. La reclamación verdadera de parte de Venezuela es que el Laudo de 1899, debe ser considerado nulo. Y así ese laudo, llevando al extremo la cosa, si ese laudo es reconocido como nulo, entonces todo este asunto tendrá que devolverse al Tratado de Washington de 1897”²⁴. En realidad, es muy discutible este criterio de Burnham, temido por Lara Peña, porque una vez declarada la nulidad del laudo, la realización de un nuevo arbitraje tendría que ser objeto de un nuevo compromiso o en todo caso de la escogencia de otro medio de solución de la controversia consentido por ambas partes, según el Acuerdo de Ginebra de 1966.

VI. INMOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL DE 1899 Y DE LA APLICACIÓN DE LAS “REGLAS” DEL COMPROMISO ARBITRAL. AUSENCIA DE TRANSPARENCIA. DESACATO DE LOS TÍTULOS Y DE LA POSESIÓN EFECTIVA

Una vez analizada la iniquidad intrínseca de las “reglas” contenidas en el artículo IV del compromiso arbitral, es necesario revisar si ellas fueron aplicadas con la motivación exigida a todo laudo de derecho encomendado a un tribunal arbitral, aún en la época en que fue dictado el Laudo de París de 1899.

Para la época del laudo en cuestión, ya se había asentado la institución del arbitraje internacional por tribunal, cuyo antecedente más conspicuo fue el arbitraje de derecho del caso Alabama de 1871-1872, veintiocho años antes, el cual enfrentó precisamente a Inglaterra con los Estados Unidos de América, por la ayuda material prestada por los ingleses al ejército de los Estados Confederados del Sur, en especial mediante la entrega de un buque de guerra, con ocasión de la Guerra de Secesión en EE.UU. El cual se desarrolló y ejecutó con justicia. Según expone el autor Rousseau:

²² *Ibid.* pp. 288-289.

²³ *Ibid.* p. 290.

²⁴ *Ibid.* p. 292.

“Este arbitraje es confiado a personas independientes, imparciales y de reconocida competencia técnica, que fallan de acuerdo con las normas jurídicas y según un procedimiento previamente establecido, *dictando sentencias motivadas*. Puede considerarse que esta evolución llegó a su término con el célebre arbitraje del Alabama, entre Inglaterra y los Estados Unidos”²⁵.

El mismo año del laudo anglo-venezolano, o sea, en 1899, se celebró en la ciudad de La Haya la Conferencia Sobre Procedimientos de Solución de Controversias y luego de una fuerte discusión quedó aprobado que los laudos arbitrales de derecho debían ser motivados. Lo cual fue confirmado por la otra edición de la misma Conferencia en 1907. Por coincidencia altamente reveladora, el presidente del tribunal arbitral designado según el compromiso de 1897, el jurista ruso Federico De Martens, asistió a dicha Conferencia de 1899, mientras se desenvolvía el juicio arbitral, y sostuvo apasionadamente, en representación del gobierno ruso, que los laudos arbitrales en derecho internacional no debían ser motivados, contrariando su propia experiencia, en la cual había motivado los laudos en que había concurrido como árbitro de derecho precedentemente. De acuerdo con lo investigado por muchos autores de la materia, esto se debió a los propósitos políticos del jurista De Martens. En particular, expresó Morales Paúl: “Lo que ocurría era que el profesor De Martens sabía perfectamente que cualquier laudo que fuese producto de un arreglo político y no de reglas de derecho no podía ser motivado, no tenía motivación, no tenía justificación de ninguna especie”²⁶. En pocas palabras, los verdaderos motivos no debían ser revelados, porque eran de naturaleza política y no jurídica.

Lo expresado sobre la motivación de los laudos arbitrales de derecho es adecuadamente recogido por el doctor Sosa Rodríguez, así: “...la falta de motivación de las sentencias arbitrales, contrariamente a lo dispuesto en las Convenciones de La Haya sobre arbitraje de 1899 (art. 52) y de 1907 (art. 79) también podía ser causa de nulidad antes de 1899, en los arbitrajes dictados por tribunales o comisiones de arbitraje y no por soberanos, solo en este último caso, no exigía la doctrina tal requisito. La práctica que se fue afianzando en el sentido indicado arranca, por lo menos en 1872, en la célebre sentencia del Alabama (violación de la neutralidad durante la Guerra de Secesión de Estados Unidos por el barco Alabama, construido en astilleros británicos y entregado a los Estados secesionistas del Sur después de haberlo armado clandestinamente”²⁷.

El doctor Carlos Sosa Rodríguez realizó una investigación de la doctrina del derecho internacional público acerca del requisito de motivación de los laudos de derecho desde el siglo XIX e hizo una recopilación de opiniones coincidentes de acreditados juristas, que además de sostener la necesidad de este requisito esencial, han expresado claramente que su ausencia es causal de nulidad del laudo afectado, así como también de ineficacia y carencia de obligatoriedad en casos especiales. Sosa Rodríguez enunciaba las autorizadas opiniones de Accioly, Podestá Costa, Antokoletz, Fiore, Fauchille, Quintana, Rousseau, Diena, Verdross, Bello, Cavaré, y Oppenheim²⁸.

En efecto, todo laudo arbitral, al igual que toda sentencia judicial, debe contener una relación suficiente de las razones de hecho y derecho que han conducido a su decisión, especialmente de aquellas que han sido determinantes para el dispositivo

²⁵ Charles Rousseau, ob. cit., p. 490.

²⁶ Cfr: Isidro Morales Paúl, “El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela”, ob. cit., p. 382.

²⁷ Cfr: Carlos Sosa Rodríguez; ob. cit., p. 161.

²⁸ *Ibid.* pp. 161-162.

del fallo y para hacer evidente la justicia con la cual se ha procedido. En particular, debe contener la descripción y calificación razonada de los hechos fundantes de la decisión, el razonamiento que ha conducido a los árbitros a la selección de las normas utilizadas para dar fundamento al veredicto, con su respectiva interpretación, y sobre todo el análisis de las pruebas –hechos que demuestran otros hechos– aportados al juicio para dar base a los hechos, razones y pretensiones de las partes. En otras palabras, es indispensable, para conocimiento de las partes y de la sociedad, y para la fijación del efecto de cosa juzgada, que idealmente pone fin a la controversia, la expresión de los motivos que hacen posible conocer y valorar el proceso intelectual que llevó a los árbitros a establecer el silogismo jurídico que enlaza las normas, los hechos y la conclusión en la sentencia o laudo.

Ahora bien, el Laudo de París de 1899, a pesar de la gravedad y trascendencia del asunto a que estaba referido y del voluminoso expediente formado en el proceso, comprende dos páginas y media, en las cuales invoca el Tratado Arbitral de 1897, se señala la composición del tribunal arbitral, se enuncian escuetamente las actuaciones que realizaron y se imponen imperativamente las decisiones tomadas, como si se tratara de un acto soberano y no sujeto a reglas de derecho.

El laudo expresa que el tribunal ha examinado imparcialmente los argumentos de las partes y que ha investigado y se ha cerciorado de la extensión legítima de los territorios pertenecientes al Reino de España y a las Provincias Unidas de los Países Bajos, al tiempo de la adquisición por la Gran Bretaña de la Guayana Británica, pero no expresa en modo alguno el resultado de esta tarea. No interpreta los títulos, no establece la extensión de los territorios respectivos, ni cómo lo hicieron, ni cómo esa extensión debe ser tomada en cuenta para determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica, como lo exigía el artículo III del compromiso arbitral. No era suficiente que el laudo dijera que los títulos fueron examinados, era indispensable que citara los títulos y juzgara expresamente su valor, para que pudiera considerarse motivado el laudo. Nada dice el laudo acerca de cuáles territorios fueron adquiridos por sucesión, por cesión y por prescripción. Lo cual era indispensable también para dar cumplimiento al artículo III del compromiso arbitral y motivar la determinación de la frontera.

En cuanto a la aplicación de la cláusula de prescripción, prevista en el artículo IV del tratado arbitral, nada dice el laudo. En este supuesto, era indispensable que el tribunal hubiera examinado la posesión adversa a los títulos y dijera cómo lo había hecho, las características de dicha posesión, su duración, si había o no utilizado los criterios de dominación política y colonización efectiva en relación con las áreas adquiridas supuestamente por prescripción. Era también indispensable que hubiera valorado expresamente la aplicabilidad de cualquier otro fundamento de derecho internacional que hubiera utilizado, para considerar satisfecho el requisito de motivación, tampoco lo hizo. Ninguna expresión contiene el laudo referente a la presunta ocupación de áreas por parte de ciudadanos o súbditos de cada parte. En fin, si acaso el artículo IV del tratado arbitral sirvió de fundamento a la determinación de la línea fronteriza, ello nunca se sabrá con certeza jurídica, porque no hay motivación alguna que permita establecer el silogismo jurídico, o sea el enlace entre los hechos del expediente, las reglas del arbitraje y las disposiciones del laudo. Esto configura una grotesca violación del debido proceso y sobre todo del derecho de defensa de las partes, las cuales tendrían que hacer una ardua pesquisa para conocer los motivos ciertos de la decisión.

Compartimos la opinión del doctor Sosa Rodríguez, cuando afirma específicamente: “El laudo resuelve la cuestión por vía de transacción o componenda no autorizada

por el compromiso arbitral”, dada la ausencia de motivación y transparencia²⁹. Y lo que es peor, por una componenda que excluyó a la parte reclamante, como era Venezuela, para ser efectuada entre las dos potencias que se enfrentaban veladamente y resolvían su disputa a costa del derecho de Venezuela y a sus espaldas.

Finalmente, el Laudo Arbitral de París determinó la línea fronteriza entre Venezuela y la Guayana Británica discrecionalmente y sin expresión de razón justificativa alguna. En efecto, expresa el Laudo de 1899: “...decidimos, fallamos y determinamos por la presente que la línea de demarcación entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica es como sigue: “Principiando en la costa, en la Punta de Playa, la línea de demarcación correrá por línea recta a la confluencia del Río Barima con el Río Mururuma... hasta la fuente del Río Corentín, llamado Río Cutari. Queda siempre entendido que la línea de demarcación entre los Estados Unidos de Venezuela y la República de Brasil o entre esta República y el Gobierno de su majestad”³⁰. Adicionalmente, sin que hubiera sido solicitado en parte alguna del compromiso arbitral, el laudo decide la libre navegación por los Ríos Amacuro y Barima y reglamenta los derechos de tránsito y aduana que podrán recaudar las partes por el tránsito de buques y transporte de mercaderías.

Queda muy claro en dicha línea, que el tribunal arbitral se alejó en su demarcación bastante hacia el oeste de la frontera natural que indicaban los títulos invocados por Venezuela, como era el Río Esequibo, hasta llegar a Punta Playa, lugar contiguo al Delta del Río Orinoco, y además que sobrepasaba sobradamente la ubicación de los establecimientos del Río Pomarón y del Río Moroco, poco distantes del Río Esequibo, cuyas confusas posesiones, ciertamente anteriores al tratado de Londres de 1814, hubiera estado el gobierno venezolano dispuesto a reconocer. Con esta demarcación, el laudo adoptaba sin decirlo la Línea Schomburgk, en sus versiones movibles posteriores a 1841, que fueron delineadas con seguimiento de las paulatinas anexiones británicas anteriores y posteriores a 1814, y sobre todo posteriores al acuerdo de “*statu quo*” de 1850³¹.

²⁹ Cfr: *Ibid.* p. 155.

³⁰ Expresa el historiador Manuel Donís: “Razón tuvo el padre Hermann González Oropeza S.J, cuando al referirse al límite establecido en el Laudo de París, en 1899, en esta zona, comentó: ‘no hay nada más injusto en todo el Laudo Arbitral de París de 1899 que el límite otorgado a Venezuela sobre el Cuyuni, aunque nos otorgó algunos afluentes de la margen norte del Cuyuni, en las proximidades del Río Curumo, hizo retroceder la línea fronteriza en las vertientes fluviales del sur de esa línea unos 30 kilómetros, para entregarle a Inglaterra toda dicha zona hasta el Río Venamo’”. Cfr: Manuel Alberto Donís Ríos, ob. cit., p. 139.

³¹ Según el criterio de Sosa Rodríguez: “Los mapas impresos en Londres, antes de 1814, cuando Gran Bretaña adquirió la Guayana Británica, señalan el Río Esequibo como frontera con Venezuela. En particular, aparece esta frontera –el Río Esequibo– en el mapa de Cruz Cano publicado en 1799 por el general Francisco de Miranda, con el patrocinio del gobierno británico”. Cfr: Carlos Sosa Rodríguez, ob. cit., p. 141. Sin perjuicio de este serio criterio de Sosa Rodríguez, se advierte que el historiador José Gil Fortoul consideraba confusa esta frontera natural, decía que los tratados de Münster y de Londres (1648 y 1814, respectivamente) “no fijaron límites claros; ni mal podían fijarlos cuando esos territorios no estaban aún explorados en su totalidad por viajeros fidedignos, ni existían poblaciones de europeos en las vecindades de la frontera, ni se habían siquiera estudiado suficientemente, en busca de datos históricos, los archivos españoles y holandeses”. Cfr: José Gil Fortoul; Historia Constitucional de Venezuela; tomo II, segunda edición, Editorial Sur América, Caracas, 1930, pp. 101-102. A nuestro juicio, con el debido respeto del historiador y político, observamos que para la época no se había profundizado el estudio de la cuestión que, como sabemos, fue posterior a las revelaciones de Severo Mallet Prevost, cuando fueron liberados muchos documentos confidenciales en Estados Unidos, a lo que se añade el poco interés del régimen gomecista, al cual servía Gil Fortoul, en seguir la reclamación, por su desconfianza en el nacionalismo castrista y el compromiso de ese régimen con las potencias extranjeras.

El carácter político y unilateral de la delimitación —entiéndase adjudicación— efectuada por el tribunal arbitral en 1899 queda evidenciado en un fragmento de la carta dirigida por el árbitro británico Russell of Killowen al ministro británico Lord Salisbury, de fecha 7 de octubre de 1899, en la cual describe el modo como se elaboró la línea fronteriza en el laudo arbitral. En particular expresa: “El resultado puede describirse de la siguiente manera: Venezuela consigue mucho menos de lo que la oferta del señor Aberdeen podría haberle dado cincuenta años antes, mucho menos que la oferta del señor Rosebery podría haberle dado hace unos pocos años. Y cerca del mismo monto de territorio que la oferta del señor Granville podría haberle dado en los ochenta. Pero la oferta del señor Granville no estipula por cuánto es, por lo que el Laudo si lo hace, asegurado por la Gran Bretaña a lo largo de la línea divisoria. El resultado es una señal reivindicatoria de la capacidad del señor Schomburgk”³². Esto refleja con claridad el despojo progresivo sufrido por Venezuela a manos de los magistrados del tribunal arbitral, con apoyo en la falaz cartografía generada por los británicos a partir de los trabajos de Schomburgk.

Más adelante, después de considerar dudosa la admisión de la pertenencia de las bocas del Orinoco a Venezuela, el árbitro Russell describía así la compensación a los ingleses por el premio de consolación concedido a Venezuela: “Si el Laudo se juzga desde el punto de vista de los reclamos venezolanos, el resultado parecería desastroso para los venezolanos. Ellos reclamaban toda la línea de costa a costa desde el Orinoco hasta el Esequibo, y de hecho —el laudo— admitió una posesión legal para Gran Bretaña, solamente una franja estrecha desde el Moruca hasta unión de los tres ríos”³³. Se refiere este fragmento a la porción reconocida a Venezuela al este del Orinoco. Este documento es bastante revelador de la intimidad y connivencia de los árbitros británicos con su gobierno.

VII. OPINIONES DE LOS ABOGADOS DE VENEZUELA CON RESPECTO A LA INMOTIVACIÓN DEL LAUDO Y A LA PRETERMISIÓN DEL ARTÍCULO III DEL COMPROMISO ARBITRAL

El expresidente Benjamín Harrison alegó ante el tribunal arbitral lo siguiente:

“Ahora señor presidente, esta cláusula (artículo III) introduce los Países Bajos y España. Ella no declara simplemente que ellos deben encontrar el límite existente entre los actuales reclamantes, sino que ellos deben establecer la extensión de los territorios pertenecientes o que legalmente pudiesen ser reclamados por los Países Bajos o el Reino de España para el momento de la adquisición. Ahora, señor presidente existe un deber asignado a esta Comisión de hacer eso; un deber que el tribunal no puede ignorar manifiestamente. Ese deber no le fue atribuido al tribunal sin objeto alguno, no fue realizado con la intención de que luego del laborioso trabajo de indagación histórica que ustedes han efectuado e indagado sobre los títulos de los Países Bajos y de España hasta 1814, un período en que los títulos tienen cada uno un nuevo titular, y una vez establecido todo ello, lanzarlo al viento”³⁴. Este alegato de Harrison se correspondía con las investigaciones realizadas por la comisión de

³² Cfr: *La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba*, ob. cit., p. 444. Cabe aclarar que el fragmento de la carta alude a las negociaciones territoriales realizadas por el gobierno venezolano, en particular por el enviado Alejo Fortique, antes de la Constitución Federal de 1864, la cual prohibió toda enajenación o cesión del territorio nacional. Con anterioridad, se ha interpretado que dichas cesiones eran permitidas por la norma incluida desde la Constitución de 1830, según la cual el Congreso de la República “podría decretar la enajenación, adquisición o cambio de territorio”.

³³ *Ibid.* p. 445.

³⁴ Resaltado nuestro. Cfr: Isidro Morales Paúl, *El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba (...)*, ob. cit., p. 383.

límites entre Venezuela y la Guayana Británica constituida antes del juicio arbitral por el presidente Cleveland.

El abogado Otto Schoenrich, socio del abogado de Venezuela Severo Mallet Prevost, publicó en 1949 un artículo en el cual relataba sus diálogos con Mallet Prevost acerca de la controversia de la Guayana Esequiba y de lo que este último le había revelado antes de su fallecimiento, conjuntamente con la publicación del célebre memorándum de Mallet Prevost, que este último le había pedido dar a la luz pública después de su muerte. En ese documento Schoenrich decía lo siguiente:

El 3 de octubre de 1899, el tribunal de arbitraje dictó una decisión unánime. Esta era extremadamente breve, carecía totalmente de motivación y se limitaba a describir la línea fronteriza aprobada por el tribunal. La línea así establecida comenzaba en Punta Playa, alrededor de 45 millas al este de Punta Barima, de allí continuaba hasta la confluencia de los Ríos Barima y Mururuma y luego seguía hacia el sur a lo largo del Río Amacuro. La Sentencia concedió a la Gran Bretaña casi el noventa por ciento del citado territorio en disputa; pero la boca del Orinoco y una región de alrededor de 5.000 millas cuadradas, en la región sudoriental de las cabeceras del Orinoco, fueron reconocidas a Venezuela. La Sentencia provocó sorpresa y decepción general. Los estudiosos del derecho internacional deploraron la ausencia de toda clase de razones. Los conocedores de la tesis venezolana en la controversia, se escandalizaron por la excesiva concesión de territorio a la Guayana Británica, evidentemente mucho más allá de la línea que la colonia podía justamente invocar. Sin embargo, no había nada que hacer al respecto³⁵.

Aunque estas son opiniones vertidas por personas afines a las pretensiones venezolanas, todas ellas encuentran respaldo hoy en día en muchos documentos emanados por otros sujetos o por instituciones que corroboran los dichos de estos abogados. Desde luego, y la intención no es ocultarlo, que estos testimonios fueron inspirados no solo en el sentimiento de justicia, sino también por el deseo de justificar para la posteridad la frustración y las flaquezas de esos abogados norteamericanos. Para ellos el gran consuelo fue la preservación para Venezuela de las bocas del Río Orinoco y de sus alrededores, porque –según Mallet Prevost– nunca les habrían perdonado que esto se perdiera en la decisión, que más parecía una transacción que una sentencia.

VIII. OCULTAMIENTO DE PRUEBAS RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PRESCRIPCIÓN

Por si fuera poco lo expuesto, en relación con la ausencia de transparencia en el proceder del tribunal arbitral al dar aplicación tácita a la cláusula de prescripción, es importante señalar que tanto el gobierno británico como el gobierno norteamericano ocultaron dolosamente documentos esenciales para la determinación de la pertenencia territorial del área geográfica en disputa.

En primer lugar, el mapa original de demarcación de frontera, elaborado en 1835 por el geógrafo y naturalista alemán Robert Schomburgk, para el gobierno británico, el cual contenía la “primera línea Schomburgk”, elaborado con cierta inocencia, solo se apartaba 45 millas al oeste del Río Esequibo, entre este y el Río Moroco en la costa, y comprendía cerca de 4.920 Kms², dentro del territorio venezolano, dando lugar a la usurpación original con respecto a los títulos originales de Venezuela, pero muy inferior de la que se produjo con la segunda y con la tercera línea Schomburgk. Pues bien,

³⁵ El artículo fue publicado en *American Journal of International Law*, Vol. 43 N° 3, julio 1949 y fue traducido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. Cfr: *La Reclamación de Venezuela sobre la Guayana Esequiba*, ob. cit., p. 452.

este documento solicitado por los representantes de Venezuela nunca fue presentado en el proceso y se conoció muchos años después del laudo. En el juicio, la Gran Bretaña omitió completamente la “línea Schomburgk” original, y solo enseñó la línea fronteriza publicada en 1840 por el Parlamento Británico y otra línea modificada para 1886, afirmando que esta última era la verdadera.³⁶ Es claro que la presentación de este documento habría evidenciado no solo la contradicción en las aspiraciones territoriales británicas, sino también la arbitrariedad con la cual manejaban sus mapas. Pero sobre todo, la carencia de base de la línea trazada por el laudo arbitral de 1899, no solo en cuanto a los títulos examinados sino en cuanto a la prueba de la posesión efectiva.

En segundo lugar, es muy importante la negativa a la exhibición en juicio de la carta secreta del gobernador de la Guayana Británica Henry Light a lord Stanley, ministro inglés de colonias, de fecha 4 de marzo de 1842, cuya presentación fue exigida por los representantes de Venezuela. Dicho documento contiene un testimonio muy valioso para determinar la verdad o mentira de las aspiraciones territoriales británicas. El gobernador Light señala la falta de fundamento real de los mapas del señor Schomburgk, así como también de los de Agustín Codazzi, acerca de la veracidad de ciertos puntos geográficos. Sobre todo, expresa el gobernador: “No tenemos derecho sobre el Río Amacuro, al Oeste del Barima, aún si en el viejo mapa del Mayor L. von Bonchenroeder, publicado en 1789, el primer río está marcado al este del segundo... Pero el señor Schomburgk coloca el Amacuro, como límite, solamente por razones de conveniencia”. En particular, afirmaba el gobernador Light: “En relación al Río Barima, solo los holandeses lo ocuparon en días iniciales y luego lo abandonaron, antes de la cesión de Holanda a Gran Bretaña, si Gran Bretaña reconoce formalmente los derechos de la Monarquía española en Venezuela, Barima debe ser considerada en derecho como perteneciente a Venezuela”. Cabe recordar la importancia del Río Barima, cercano al Delta del Orinoco, y principalmente de Punta Barima, para el control de las bocas del Orinoco, utilizado por los británicos para el trazado de sus líneas expansionistas. Finalmente, el gobernador opinaba —con sentido práctico— que lo importante para Inglaterra no era apropiarse del Barima o del Amacuro, sino la posibilidad de utilizar su poderío naval “para evitar que poderes más importantes que Venezuela puedan tomar posesión de los mismos”.³⁷ Se refería el gobernador de la Guayana Británica al gobierno francés, cuya invasión y penetración del Orinoco era temida por los ingleses.

Morales Paúl, indica acerca del hecho anterior: “Naturalmente que los abogados venezolanos, sospechando que Light tenía que expresar un criterio distinto al de Schomburgk, solicitaron en la sesión del 6 de septiembre de 1899, que fuera exhibido el documento. A esto respondió el abogado británico Sir Richard Webster, que Inglaterra se negaba a dar a conocer ese despacho, arguyendo que es un documento que en mi criterio, no puede ser producido debido a que no sería compatible con los altos intereses del Estado, independientemente de las cuestiones debatidas en este arbitraje”³⁸. El presidente del tribunal Federico De Martens reconoció la “razón de estado” inglesa y respaldó la negativa de Webster, dando por cerrado el incidente, con notoria parcialidad.

Sobre estos hechos relativos a ocultamiento de pruebas, son muy reveladoras dos cartas del señor Charles Alexandre Harris, funcionario importante del ministerio de colonias británico. En una de 1886, manifiesta al ministerio del exterior: “Me temo

³⁶ Ver: Carlos Sosa Rodríguez, ob. cit., p. 142; Isidro Morales Paúl, ob. cit., p. 343.

³⁷ Cfr: La Reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba, ob. cit., p. 423.

³⁸ Cfr: Isidro Morales Paúl, ob. cit., p. 378.

que esta cuestión de la frontera con Venezuela está en un estado muy poco satisfactorio. El ministerio de las colonias parece tener un mapa más o menos oficial que difiere ampliamente del mapa original de Schomburgk y ahora hemos oído privadamente que la línea de nuestra frontera que fue presentada como nuestro ultimátum a Venezuela no puede ser garantizada en absoluto...” En otra carta del mismo funcionario del año 1899, posterior al laudo, exclamó: “El laudo no ha fomentado ciertamente los principios del derecho internacional. Si algo se nos impuso a todos en París fue que al presente no se puede en manera alguna obtener que un tribunal arbitral actúe como una Corte de Justicia. Lo que pasó fue una farsa”³⁹.

Adicionalmente, uno de los hechos más graves, que no solo podría calificarse como ocultamiento de prueba sino también como una colusión con el adversario, está en la correspondencia cruzada entre el secretario de estado Richard Olney y el embajador inglés Pauncefote, acerca del acuerdo secreto sobre la interpretación que debía darse a la aplicación temporal de la cláusula de prescripción, en relación con las posesiones inglesas posteriores a 1814 sobre la zona en disputa. En efecto, es un hecho hoy día conocido que el secretario de estado ocultó antes del juicio a los representantes de Venezuela, incluido el expresidente Harrison, la existencia de correspondencia con el embajador inglés posterior a julio de 1898. Y lo que es peor, el propio abogado Harrison pudo enterarse durante las audiencias del juicio de la existencia de esa correspondencia, pero prefirió no dejar en evidencia al secretario de estado Olney y a su propio gobierno que denunciar el ocultamiento de los memoranda⁴⁰.

No hay duda que los hechos descritos configuran un ocultamiento de pruebas, una grave deslealtad procesal, que bajo la luz de cualquier ordenamiento jurídico civilizado es una violación al debido proceso y al derecho de defensa, el cual requiere como condición de validez de toda prueba usada en juicio la posibilidad de su control previo por parte del contendor a quien se opone. A nuestro juicio, este ocultamiento doloso impidió a la representación de Venezuela denunciar oportunamente la maniobra y que el tribunal arbitral asumiera como propio lo que era el objeto de un pacto colutorio y poder demostrar así la perversa aplicación de la cláusula de prescripción, sin atender al Acuerdo de Statu Quo de 1850 ni a la fecha crítica de 1814, que determinaba la legitimidad de las posesiones de ambos países limítrofes, al menos en lo que atañe al consentimiento vertido en el compromiso arbitral de 1897.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A nuestro juicio, La “cláusula de prescripción” contenida en el artículo IV del compromiso arbitral de 1897 es la clave de la decisión de fondo del Laudo Arbitral de París de 1899, a pesar de que la falta de transparencia del proceso y la carencia de motivación formal del laudo no la reflejen expresamente, sino que ella haya sido el artilugio oculto que guió reticentemente la conducta política de los gobiernos de Gran

³⁹ Cfr: *Ibid.* pp. 384 y 387. También Hermann González Oropeza, ob. cit., p. 112.

⁴⁰ En palabras del historiador Hermann González Oropeza: “Olney había mentido a Harrison y había engañado a Venezuela, y ahora cuando Gran Bretaña le pedía autorización para aducir su correspondencia, Olney intentó conseguir que Gran Bretaña se abstuviera de usarla (carta de Olney para Pauncefote del 24 de mayo de 1899; (Library of Congress, vol. 85, Nos. 1558-59). Olney se había comprometido con Inglaterra a que no se le diera al Acuerdo de 1850 ningún status en la letra misma del convenio... y que debía ser interpretado por el tribunal (F.O. 80/375) sin importarle que él hubiera dado seguridades a Harrison que pudiera haber posesión adversa o prescripción alguna en contra del Acuerdo de 1850. (Library of Congress, Papeles de Harrison, vol.172, No 37.502-03). Cfr: Hermann González Oropeza, S.J., ob. cit., p. 131.

Bretaña y de Estados Unidos en la controversia y puso en manos del presidente del tribunal arbitral Federico De Martens y de los jueces ingleses la herramienta jurídica para desentenderse del *uti possidetis juris* e imponer un oscuro *uti possidetis facti*, para suplir la falta de títulos de adquisición de Inglaterra sobre la zona en disputa. Por esta razón, me inclino a compartir la afirmación de Morales Paúl de que esa cláusula ha estado en la “columna vertebral del problema”, aunque no haya sido mencionada en el texto del laudo.

Sin embargo, no obstante la reprochabilidad ética y jurídica que afecta a esa cláusula, destacada enfáticamente por Lara Peña, es probable que los graves vicios del laudo arbitral, que acarrearán su nulidad, algunos de ellos estrechamente unidos al manejo de esa cláusula en el juicio y a su dolosa interpretación a espaldas de Venezuela, hagan conveniente que la estrategia deba estar centrada en lograr el reconocimiento del carácter “nulo e irritado” del Laudo Arbitral de París de 1899, sostenido siempre por Venezuela, es decir, enfocada en la actuación efectiva del tribunal, porque esta última, además de ser antijurídica en sí, refleja la antijuridicidad grotesca de esa cláusula y de su manipulación, sin necesidad de caer en una laboriosa administración de la prueba de esta última.

En efecto, está muy claro que el tribunal arbitral no cumplió con el mandato del artículo III del compromiso arbitral, antepuesto en el orden al artículo IV, según el cual tenía el deber insoslayable de establecer según los títulos jurídicos los territorios pertenecientes a Venezuela y a la Gran Bretaña para la fecha del Tratado de Londres de 1814, mediante el cual Holanda cedió a Inglaterra sus asentamientos en Berbice, Demerara y Esequibo, y en consecuencia determinar la línea de frontera de acuerdo con la extensión de dichos territorios; sumándose a lo anterior que el tribunal no acató el Convenio de “*Statu Quo*” de 1850, que congeló las anexiones territoriales posteriores a 1814.

Es un hecho también que el Laudo Arbitral de París no tiene motivación clara ni suficiente, como lo exigía la doctrina del derecho internacional de la época y la Primera Convención Sobre Solución de Controversias efectuada en París en 1899, celebrada en paralelo con el juicio arbitral, ratificada dicha exigencia por la segunda edición de esa Convención en 1907. Más bien carece de motivación y parece una decisión soberana, no sometida al derecho que debía aplicar.

Adicionalmente, está comprobado que la Gran Bretaña ocultó pruebas durante el juicio, con la complicidad del gobierno norteamericano y de la presidencia del tribunal, violando groseramente la lealtad procesal y la igualdad de las partes. Y por si fuera poco lo anterior, el laudo incurrió en exceso de poder por “ultrapetita” al haber dispuesto algo no solicitado, como fue la libre navegación de los Ríos Amacuro y Barima y la reglamentación aduanal y tributaria para la circulación de dichos ríos.

Para terminar, una pequeña reflexión histórica: Cualquier persona que haya tenido conocimiento del Laudo Arbitral de París del año 1899, que pretendió dar por resuelta definitivamente la controversia territorial entre Venezuela y la Gran Bretaña, pensaría que dejó el resultado de un triunfo clamoroso para esta última y una amarga derrota para Venezuela. Sin embargo, me inclino a pensar que Estados Unidos también fue un triunfador, porque afirmó su protectorado sobre el continente americano y como ha opinado el escritor Fareed Zakaria: “... los Estados Unidos habían logrado sus dos objetivos clave. En primer lugar, Gran Bretaña reconocía implícitamente, el derecho de los Estados Unidos a intervenir en cualquier cuestión relacionada con cualquier Estado del hemisferio occidental. En segundo término, se había visto obligada a aceptar

las propuestas norteamericanas en cuanto a arbitrajes y derechos de propiedad. Los Estados Unidos habían intervenido en el conflicto para dejar establecida su influencia en la región. En ningún momento, en el año y medio que duró la crisis, el gobierno de Washington consultó a Venezuela⁴¹. ¿Habrá alguna exageración en esta conclusión?

Caracas, septiembre de 2020.

⁴¹ Cfr: Fareed Zakaria, ob. cit., p. 213.

VENEZUELA Y LA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA OEA

Claudia Madrid Martínez*

SUMARIO

I. Venezuela y la codificación interamericana. II. Una decisión política. III. La incoherencia en la jurisprudencia. IV. Conclusión: ¿más desconocimiento que política?

I. VENEZUELA Y LA CODIFICACIÓN INTERAMERICANA

Venezuela, y así lo reconoce expresamente Tatiana B. de Maekelt, siempre ha sido favorable al proceso de codificación en el marco de las Conferencias interamericanas, "...considerándolo no solo como importante instrumento de desarrollo, como elemento útil dentro de la creciente globalización, sino también como fundamento para la aceleración de la integración regional y subregional"¹.

En efecto, desde sus inicios en 1975, Venezuela ha sido uno de los países más activos en el desarrollo de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs). "Desde la sugerencia de los temas, pasando por la elaboración y discusión de los proyectos de las convenciones, finalizando con la aprobación y ratificación de las mismas, Venezuela juega un rol protagónico"².

* 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).

¹ Tatiana B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, pp. 36-37. "Although the methodology selected might be subject to criticism, particularly with respect to its slow pace, it undoubtedly contributes in a realistic way to the process of unification of the rules of private international law in the hemisphere". Tatiana B. de Maekelt, "General rules of private international law in the Americas. New approach", en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 177, 1982-IV, pp. 193 ss., especialmente p. 229.

² Tatiana B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*, ob. cit., p. 43.

Hasta el momento, nuestro país ha ratificado doce convenciones en el marco de las CIDIPs, en materia de letras de cambio, pagarés y facturas³; arbitraje comercial internacional⁴; exhortos o cartas rogatorias⁵; recepción de pruebas en el extranjero⁶; régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero⁷; cheques⁸; sociedades mercantiles⁹; eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros¹⁰; prueba e información acerca del Derecho extranjero¹¹; normas generales de Derecho internacional privado¹²; restitución internacional de menores¹³; y Derecho aplicable a los contratos internacionales¹⁴. Además, ha ratificado dos protocolos adicionales a las convenciones sobre exhortos y cartas rogatorias¹⁵ y sobre recepción de pruebas en el extranjero¹⁶.

Ahora bien, cuando uno examina comparativamente las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana¹⁷ y las de las Convenciones Interamericanas que regulan la materia objeto de aquella se nota, sin duda, gran similitud entre ellas. La razón de tal similitud, según afirma Maekelt, además del hecho de que nuestra Ley se nutrió de las convenciones, es que las Convenciones Interamericanas se apoyaron, en numerosos casos, en el texto del proyecto de Ley 1965¹⁸.

La jurisprudencia ha respondido en parte a esta recepción de la codificación interamericana. Quizá la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos arbitrales extranjeros sea el instrumento más aplicado¹⁹. Pero

³ Gaceta Oficial N° 33.150, 23 de enero de 1985.

⁴ Gaceta Oficial N° 33.170, 22 de febrero de 1985.

⁵ Gaceta Oficial N° 33.033, 3 de agosto de 1984.

⁶ Gaceta Oficial N° 33.170, 22 de febrero de 1985.

⁷ Gaceta Oficial N° 3.511 Extraordinario, 30 de enero de 1985.

⁸ Gaceta Oficial N° 33.143, 14 de enero de 1985.

⁹ Gaceta Oficial N° 33.170, 22 de febrero de 1985.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 33.144, 15 de enero de 1985.

¹¹ Gaceta Oficial N° 33.170, 22 de febrero de 1985.

¹² Gaceta Oficial N° 33.252, 26 de junio de 1985.

¹³ Gaceta Oficial N° 5.070 Extraordinario, 28 de mayo de 1996.

¹⁴ Gaceta Oficial N° 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 33.171, 25 de febrero de 1985.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 4.580 Extraordinario, 21 de mayo de 1993.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 36.511, 6 de agosto de 1998, entró en vigencia el 6 de febrero de 1999.

¹⁸ Tatiana B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*, ob. cit., p. 56.

¹⁹ Ver, por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0823, 11 de diciembre de 2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/183930-exe.000823-111215-2015-15-243.html>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0716, 2 de diciembre de 2013, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159313-exe.000716-21213-2013-11-608.html>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0725, 3 de diciembre de 2013, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159330-exe.000725-31213-2013-12-140.html>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0552, 17 de septiembre de 2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/septiembre/181195-exe.000552-17915-2015-14-700.html>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0389, 4 de julio de 2013, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/exe.000389-4713-2013-11-754.html>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0131, 1 de marzo de 2012, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/exe.000131-1312-2012-11-576.html>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0162, 17 de mayo de 2010, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/EX.000162-17510-2010-09-454.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0256, 4 de abril de 2006, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/seq-00256-040406-05144.html>. Esta Convención ha sido incluso

también se ha recurrido, por ejemplo, a los criterios de jurisdicción contenidos en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas²⁰ y en el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores²¹. Las Convenciones Interamericanas también se han aplicado en temas relacionados con el arbitraje²², la validez de poderes otorgados en el extranjero²³ y el tratamiento procesal del Derecho extranjero²⁴.

La única decisión que aplica la Convención Interamericana sobre Normas Generales, lamentablemente lo hace muy mal. Se trata de una decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de agosto de 2008, en la cual se aplicó el artículo 7 de este instrumento, con el objeto de determinar el Derecho aplicable a una relación laboral que se convino en Argentina y se ejecutó primero en Argentina, luego en Guatemala y finalmente en Venezuela. Decimos que lo hizo mal, pues utilizó este artículo como una norma de conflicto y no como una excepción al funcionamiento de la misma²⁵.

Esta aplicación de la codificación interamericana se fundamenta en la primacía de los tratados internacionales consagrada por el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Pero también es justo reconocer que, tal vez por desconocimiento, ha habido algunos casos en los que las Convenciones Interamericanas se han aplicado entre Estados no parte²⁶ y otros en los que situaciones jurídicas vinculadas con Es-

aplicada en combinación con la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, con el objeto de rechazar al exhorto como vía para solicitar la inscripción de una sentencia de divorcio argentina, sin pasar por el procedimiento previo de reconocimiento. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0128, 19 de marzo de 2015, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/175592-reg.000128-19315-2015-15-032.html>. Consultados el 15 de enero de 2021.

²⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 0586, 10 de abril de 2003, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril/00586-220403-2003-0151.HTM>. Consultado el 15 de enero de 2021.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia N° 108, 13 de diciembre de 2001, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/R108-131101-01598.HTM>. Consultado el 15 de enero de 2021.

²² Mencionemos en esta materia un caso emblemático en el cual, aun cuando no se aplicaron expresamente, al menos se citaron las Convenciones Interamericanas sobre arbitraje comercial internacional y sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, además de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994) y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 2010. Nos referimos al célebre caso PepsiCola. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 605, 9 de octubre de 1997 (Embotelladora Caracas et al. c. PepsiCola Panamericana), en: Eugenio Hernández-Breton, Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 109, 1998, pp. 141 ss.

²³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 000110, 21 de marzo de 2013, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000110-21313-2013-12-437.html>. Consultado el 15 de enero de 2021.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0451, 20 de diciembre de 2001, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0451-201201-00871.htm>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia No. 0894, 2 de junio de 2009, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0894-1609-2009-08-309.html>. Consultados el 15 de enero de 2021.

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Aclaratoria N° 1099, 9 de agosto de 2005, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1099-090805-041213.HTM>. Consultado el 15 de enero de 2021.

²⁶ En este caso se aplicó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros al reconocimiento de una sentencia chilena. Tribunal Supremo de

tados partes en alguna, se han resuelto conforme a la Ley de Derecho Internacional Privado²⁷.

No obstante, en 2019 comenzó a plantearse una situación más grave en relación con la codificación interamericana, debido a la situación que vive actualmente Venezuela y a la decisión del gobierno de Nicolás Maduro de separar a Venezuela de la OEA. Veamos.

II. UNA DECISIÓN POLÍTICA

La aplicación de estas convenciones se ha visto de alguna manera alterada, debido a algunas decisiones de carácter político tomadas en Venezuela. En efecto, el 27 de abril de 2017, Nicolás Maduro depositó ante la Secretaría General de la OEA, un documento mediante el cual expresó su "...indeclinable manifiesto de denuncia a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), para que cesen sus efectos internacionales, en cuanto a la República Bolivariana de Venezuela"²⁸.

De conformidad con el artículo 143 de la propia Carta, los Estados efectivamente tienen derecho a denunciarla, pero los efectos de la misma solo cesarán dos años después de la notificación de la denuncia ante la Secretaría General. Es a partir de ese momento que el Estado quedará desligado de la Organización, siempre que haya cumplido con las obligaciones emanadas de la propia Carta. Para la fecha de la denuncia, Venezuela adeudaba 8.7 millones de dólares –más 1.8 millones derivados de la aplicación de criterios económicos– por su participación como Estado parte en la organización.

Antes que transcurrieron los mencionados dos años, el 8 de febrero de 2019, Juan Guaidó, presidente de la Asamblea Nacional y presidente encargado de la República expresó "...formalmente la decisión del Estado venezolano de dejar sin efecto tal supuesta denuncia de la Carta de la OEA, a los fines de que Venezuela pueda mantenerse como Estado parte de esa Organización"²⁹. Además, la Asamblea Nacional nombró un nuevo representante ante la Organización, y el Consejo Permanente lo aceptó en su sesión de 9 de abril de 2019³⁰. En varias ocasiones esta nueva representación manifestó su voluntad de honrar la antes mencionada deuda³¹.

Cumplidos los dos años desde la denuncia de la Carta por el gobierno de Nicolás Maduro, el 27 de abril de 2019, la Cancillería emitió un comunicado informando que "[c]on la denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos efectuada por el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela el 27 de abril de 2017, en

Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 0795, 4 de mayo de 2001, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00795-080501-15573.HTM>. Consultado el 15 de enero de 2021.

²⁷ Ocurrió con una sentencia de divorcio dictada por un tribunal argentino y examinada conforme a la Ley. Ver: Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sentencia 12 de noviembre de 2009, en: <http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/NOVIEMBRE/1323-12-2139-.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

²⁸ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/a-41_notia_venezuela_04-28-2017.pdf. Consultado el 15 de enero de 2021.

²⁹ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/a-41_notia_Juan_Guaido_03-7-2019.pdf. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁰ http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_19/CP40651S03.doc. Consultado el 15 de enero de 2021.

³¹ <https://www.voanoticias.com/a/julio-borges-pagaremos-deudas-tenemos-oea/4977283.html>. Consultado el 15 de enero de 2021.

el marco de lo contemplado en su artículo 143; a partir de la presente fecha, ningún instrumento suscrito y/o emanado del seno de la OEA tendrá efecto político o jurídico para el Estado venezolano y sus instituciones”³².

Aunque como veremos no lo ha hecho de manera uniforme, en esta comunicación se ha basado el Tribunal Supremo de Justicia para desaplicar las Convenciones Interamericanas, con lo cual parece entender que la denuncia de la Carta ha dejado sin efecto todos los tratados que Venezuela ha suscrito y ratificado en el ámbito de la OEA, entre ellos, precisamente, los aprobados en el marco de las CIDIP’s.

En nuestra opinión este criterio resulta cuestionable, pues, en primer término, la OEA no es un sistema de integración, cuyos instrumentos constituyan Derecho derivado, de manera que no están revestidos de supranacionalidad o su equivalente, como ocurre en la Comunidad Andina o la Unión Europea. En segundo término, como consecuencia de esa especie de independencia, cada convención interamericana debe pasar por el proceso de suscripción y ratificación o adhesión.

La propia OEA ha reconocido que “...el proceso iniciado con cada CIDIP debe conducir a la ratificación de los instrumentos por parte de los Estados miembros seguido de las acciones necesarias para lograr su implementación”³³. En el caso particular de Venezuela, las convenciones han pasado por el proceso previsto en la Constitución y en las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Tengamos en cuenta que, aunque Venezuela no ratificó la Convención de Viena, sus normas han sido tradicionalmente consideradas como normas de *Ius cogens*³⁴.

Las Convenciones Interamericanas, además, son convenciones abiertas, que permiten la adhesión de Estados no parte en la OEA. España, por ejemplo, ha adherido las convenciones sobre cartas rogatorias y sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero. Con lo cual ha de entenderse que ser parte de la OEA no es condición necesaria para ser parte de los tratados firmados en el seno de esta organización.

En las Convenciones, además, se incluye una especie de cláusula estándar en la cual se admite que las mismas regirán indefinidamente, pero también reconocen el derecho de los Estados de denunciarlas. Para ello, el Estado que denuncie un tratado en particular deberá depositar el documento de denuncia en la Secretaría General de la OEA y solo un año después, la convención en cuestión “...cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes”. Ninguna de las Convenciones Interamericanas ha sido denunciada por Venezuela, con lo cual mantienen su vigencia para nuestro país.

Tampoco podría referirse que ha habido otras causas de terminación de los efectos de un tratado, de manera que ni se han evidenciado causales de nulidad o suspensión, ni se ha presentado una imposibilidad para su cumplimiento, tampoco existe un cambio fundamental en las circunstancias, en los términos de los artículos 53, 57, 58, 60, 61, 62 de la Convención de Viena. Quizá lo más problemático sea la ruptura de relaciones diplomáticas de Venezuela con algunos Estados parte en la OEA. Sin

³² <http://mppre.gob.ve/wp-content/uploads/2019/04/comunicado-final-27abr.pdf>. Consultado el 15 de enero de 2021.

³³ http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_historia_proceso_CIDIPs.asp. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁴ Así lo reconoció formalmente la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del entonces Congreso de la República, en un dictamen de fecha 13 de febrero de 1992. Citado en: José Vicente Haro, “La justicia constitucional en Venezuela y la necesidad de un tribunal federal constitucional (Una propuesta para la Asamblea Nacional Constituyente de 1999)”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, mayo-agosto, 1999, pp. 51 ss., especialmente pp. 91-92.

embargo, tales relaciones no resultan indispensables para la aplicación de las Convenciones Interamericanas, por más que en algunos casos se regule la cooperación jurídica internacional mediante autoridades centrales.

A pesar de estas consideraciones, la decisión del gobierno de Maduro ha surtido efecto en algunas decisiones de los tribunales venezolanos.

III. LA INCOHERENCIA EN LA JURISPRUDENCIA

El primer impacto jurisprudencial de la denuncia de la Carta de la OEA se vio en una decisión dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ante la cual se solicitó el exequátur de una sentencia de divorcio ecuatoriana y fue emitida bajo el número 0187 el 30 de mayo de 2019. En ella, el Tribunal Supremo de Justicia desaplica la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Laudos y Sentencias Extranjeras, afirmando:

Si bien, nuestra República tiene suscrito con la República del Ecuador esta Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias, no es menos cierto que, la República Bolivariana de Venezuela, formalizó su retiro definitivo de la Organización de Estados Americanos, mediante carta de fecha 27 de abril del año 2019, dirigida a dicha organización, por lo que en consecuencia, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, celebrada en la ciudad de Montevideo, Uruguay en 1979, avalada por el departamento de derecho internacional de la Organización de Estados Americanos, dejó de surtir sus efectos en nuestro País.

Por lo tanto, el presente *exequatur*, se revisará a la luz de la Ley de Derecho Internacional Privado, según los requisitos pautados en el artículo 53 por ser ésta la norma de Derecho Internacional Privado aplicable en el caso concreto (cursiva en el original)³⁵.

En este caso, la Sala fundamentó su decisión en el hecho de que en el preámbulo de la Convención se señala como participantes a los Estados parte en la OEA y que el depósito del instrumento de ratificación se efectuó ante la OEA. Con semejantes afirmaciones, el tribunal desconoce por completo la dinámica de la codificación convencional en general y de la proveniente de la OEA en particular.

En una decisión posterior, emanada de la Sala de Casación Social bajo el número 0416, el 5 de diciembre de 2019, con ocasión del exequátur de una sentencia mexicana de divorcio, ni siquiera hay una argumentación del por qué no aplicar la Convención Interamericana. En ella, la Sala de Casación Social se limita a afirmar:

En el caso de autos, se solicita que por el procedimiento de exequátur se declare fuerza ejecutoria en la República Bolivariana de Venezuela, de una sentencia dictada por un tribunal de Estados Unidos Mexicanos, país con el que la República Bolivariana de Venezuela no ha suscrito tratados internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias; por tal razón, y siguiendo el orden de prelación de las fuentes en la materia, se impone la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado venezolano³⁶.

Si bien es cierto que, al momento de la ratificación, México declaró su intención de limitar la aplicación de la Convención "... a las sentencias de condena en materia pa-

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 0187, 30 de mayo de 2019, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/305296-exeq.000187-30519-2019-17-732.html>. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia N° 416, 5 de diciembre de 2019, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/308559-0416-51219-2019-17-926.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

rimonial dictadas en uno de los Estados Partes”, la decisión de la Sala Social no hace análisis alguno al respecto, como ha ocurrido en ocasiones anteriores³⁷, y se limita a afirmar que no se han suscrito tratados sobre la materia. Esta posición ya había estado presente en tribunales superiores antes de la decisión de la Sala Social³⁸, e incluso después de la misma³⁹. La propia Sala ha repetido este razonamiento⁴⁰. Sin embargo, no estamos seguros si fue por desconocimiento o por alguna toma de posición frente al tema de la OEA.

La incertidumbre se agrava cuando los tribunales venezolanos vuelven, sin explicación alguna, a la aplicación de las Convenciones Interamericanas. Lo hizo un tribunal superior del estado Miranda con la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y su protocolo adicional⁴¹. Pero también lo hizo la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 14 de noviembre de 2019⁴², cuando aplicó la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, en un caso vinculado con Derecho colombiano, obviando el hecho de que Colombia no es parte en la Convención⁴³. Y lo hizo nuevamente el 28 de enero de 2020, cuando aplicó la Convención sobre eficacia extraterritorial de sentencias a una decisión ecuatoriana de divorcio⁴⁴.

IV. CONCLUSIÓN: ¿MÁS DESCONOCIMIENTO QUE POLÍTICA?

Desconocer la vigencia de las Convenciones Interamericanas dejando de lado el Derecho de los tratados, para considerar únicamente una decisión política que no tendría por qué afectarlas constituye, sin duda, un atentado contra la integridad del sistema venezolano de Derecho internacional privado. No aplicar un tratado vigente para Venezuela no solo afecta una obligación internacional del Estado, sino que también implica la violación de la norma interna que ordena la aplicación preferente del Tratado, nos referimos al artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

³⁷ Por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 358, 25 de julio de 2011, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/EXE.000358-25711-2011-10-384.html>. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁸ Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia N° S-389, 22 de febrero de 2019, en: <http://cfr.tsj.gov.ve/DECISIONES/2019/FEBRERO/0389-22-2019-.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁹ Ha ocurrido con sentencias ecuatorianas de divorcio, al menos en dos ocasiones: Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia AP71-S-2016-000024, 12 de julio de 2019; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, sentencia 7754, 30 de septiembre de 2019. Consultadas en original.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia N° 086, 16 de diciembre de 2020, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/311174-086-161220-2020-18-190.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

⁴¹ Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Bolivariano de Miranda, sentencia 19-9536, 27 de mayo de 2019, en: <http://cfr.tsj.gov.ve/DECISIONES/2019/MAYO/9536-27-2139-.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0477, 14 de noviembre de 2019 en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/308121-RC.000477-141119-2019-17-805.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

⁴³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-33.html>. Consultado el 15 de enero de 2021.

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia EXEQ.000016, 28 de enero de 2020, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/enero/309460-EXEQ.000016-28120-2020-17-245.HTML>. Consultado el 15 de enero de 2021.

Esta situación se agrava porque no parece haber una línea a seguir y vemos como los tribunales pasan del desconocimiento de las convenciones a su aplicación, sin dar mayores explicaciones, con lo cual la seguridad jurídica también se ve afectada. Se trata de una situación verdaderamente lamentable, para un país que ha sido fundamental para el desarrollo del Derecho internacional privado interamericano, no solo por su valiosa participación en los foros de codificación convencional, mediante grandes maestros como Tatiana B. de Maekelt y Gonzalo Parra Aranguren, sino también por el desarrollo de su Derecho internacional privado interno mediante la Ley de 1998 y los posteriores desarrollos académicos y doctrinales.

RÉGIMEN ACTUAL DE LA COMPETENCIA PARA CONCEDER EL EXEQUÁTUR A SENTENCIAS EXTRANJERAS EN VENEZUELA

José Antonio Briceño Labori*
Andrea Carolina Olivares Hernández**

SUMARIO

Introducción. I. Antecedentes legislativos. II. Régimen actual de la competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras. 1. Base normativa. A. Código de Procedimiento Civil de 1987. B. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010. 2. Competencia sobre la base de la naturaleza del procedimiento llevado a cabo en el extranjero: interpretación por la jurisprudencia y doctrina. A. Competencia para conocer solicitudes de exequátur sobre sentencias que involucran a niños o adolescentes: el caso Reyna Patricia Sausnavar. B. Competencia para conocer solicitudes de exequátur sobre sentencias dictadas contra organismos públicos: el caso Carla Papinutto Miglioranzi C. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. III. Esquema del régimen actual de competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras. 1. Naturaleza del procedimiento extranjero. 2. Fueros atrayentes. 3. Competencias residuales.

INTRODUCCIÓN

Agradecemos a la Academia por la amable invitación a participar en el Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken, ilustre jurista venezolano. Sus disitnguidos aportes académicos y ejemplo de vida son, sin duda alguna, fuente inagotable de inspiración a las generaciones más jóvenes.

Como suele suceder en materia de competencia, las normas que determinan el conocimiento de los órganos del Poder Judicial venezolano sobre solicitudes de exequátur de sentencias o actos emanados de autoridades extranjeras no han estado exentas de sufrir algunas variaciones legislativas a lo largo del tiempo.

Más recientemente, la interpretación jurisprudencial llevada a cabo por el máximo tribunal, de la normativa sobre competencia para conocer de exequátur, ha dado lugar a modificaciones en algunos casos y, en otros a delimitaciones de las disposiciones

* Abogado, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado (UCV y UCAB).

** Abogada, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV.

vigentes en la materia. A pesar de que se ha mantenido como constante el criterio de la naturaleza del procedimiento extranjero para determinar el órgano jurisdiccional facultado para declarar la eficacia de una sentencia extranjera en el territorio venezolano, han sido delimitadas, por un lado, las reglas aplicables de competencia y; por otro, se han introducido nuevos criterios especiales para la delimitación de esta.

La dispersión existente de las normas atributivas de competencia para conceder el exequátur, así como la modificación o delimitación de tales disposiciones en algunos supuestos por vía jurisprudencial, han traído como resultado cierta confusión en lo que respecta a la determinación de los órganos encargados de conocer dichos asuntos. Ello ha quedado demostrado en la práctica judicial, con las constantes remisiones entre tribunales efectuadas, producto de las dificultades para dilucidar la autoridad competente en estos casos.

Es por ello que nos hemos propuesto abordar en el presente artículo el régimen actual de la competencia para conocer de solicitudes de exequátur de sentencias extranjeras. A tales efectos, haremos un recuento de la historia legislativa de los instrumentos que han regulado tal asunto con el fin de evidenciar la evolución que ha tenido esta materia. Seguidamente examinaremos cómo ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia venezolana la competencia sobre la base de la naturaleza del procedimiento extranjero, así como también las modificaciones o delimitaciones de las normas de competencia fijadas por vía jurisprudencial, las cuales, han sentado un precedente importante en la materia, y al mismo tiempo, han moldeado el régimen aplicable hoy día.

Por último, a modo de falicitar la comprensión del régimen imperante en la actualidad finalizaremos con un esquema indicando los órganos competentes para conocer de exequátur en cada caso.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Desde la introducción del juicio de exequátur en el sistema venezolano, la autoridad judicial competente para otorgar el pase a las sentencias extranjeras ha sido determinada bien por el Código de Procedimiento Civil o bien por la ley que rige al máximo tribunal de la República, con la ocasional regulación constitucional. No obstante, vemos que más recientemente en nuestra historia legislativa, esta competencia se ha regido por ambos instrumentos conjuntamente.

Así, el primer antecedente en esta materia lo encontramos en el Código de Procedimiento Civil de 1873¹ el cual, establecía en su artículo 551 lo siguiente:

¹ Venezuela. *Código de Procedimiento Civil del 20 de febrero de 1873*. Consultado en: Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela, Tomo V, Segunda Edición Oficial, Caracas, Casa Editorial de “La Opinión Nacional”, 1890, p. 776. Disponible en: <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-05-1870-1873.pdf>, consultado el 27 de enero de 2021. El Código de Procedimiento Civil de 1873, según explica Gonzalo Parra-Aranguren, fue el primer instrumento en regular la eficacia de sentencias extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico. *Vid.*, Gonzalo Parra-Aranguren, “El juicio previo de exequátur y la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, p. 11; y Gonzalo Parra-Aranguren, “Autoridades competentes para permitir eficacia extraterritorial a los actos extranjeros en Venezuela”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1998, p. 155. En este último trabajo Gonzalo Parra-Aranguren realiza un análisis más detallado de la evolución legislativa de la competencia de nuestros tribunales para conceder el exequátur sobre sentencias extranjeras que el presentado aquí. En este trabajo extendemos dicho análisis para cubrir la época actual.

Art. 551. Corresponde á la Alta Corte Federal² declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de las autoridades extranjeras.

En esta primera regulación no se hacía diferencia alguna en cuanto a la naturaleza del procedimiento extranjero del cual deriva la sentencia objeto de reconocimiento. Por ello se entendía que, en principio, correspondía a la Alta Corte Federal conocer de las solicitudes de exequátur de aquellas sentencias que derivaran de procedimientos contenciosos como aquellas que derivaran de procedimientos no contenciosos³.

Para el momento en que entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil de 1873, la Alta Corte Federal se encontraba regida por la Ley de 25 de mayo de 1867 que determina las atribuciones de los vocales de la Alta Corte Federal y el procedimiento á seguir en los asuntos de su competencia y que deroga virtualmente el No. 1441, identificada con el número 1662⁴ que fue luego sustituida por la Ley de 13 de junio de 1876 sobre organización de la Alta Corte Federal y de los demás Tribunales Nacionales, que deroga la de mayo de 1867, número 1662, identificada con el número 1979⁵. En ninguna de las dos leyes se hace mención expresa al juicio de exequátur cuando se establecen las atribuciones de la Alta Corte Federal, por lo que se entendía abarcado por sus cláusulas residuales, según las cuales la Alta Corte Federal conocería de todas aquellas causas o asuntos determinados por leyes especiales⁶.

En el Código de Procedimiento Civil de 1880 no hubo variación, en vista de que la norma antes citada se reprodujo textualmente en el artículo 556⁷. No obstante, hubo una modificación de la estructura del Poder Judicial, dado que con la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1881 este se divide en una Alta Corte Federal y

² La Alta Corte Federal fue creada como máximo órgano del Poder Judicial por la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, sustituyendo a la Corte Suprema de Justicia creada por la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, la Alta Corte de Justicia instituida por la Constitución de la República de Venezuela de 1819 (Constitución de Angostura) y que fue reproducida en la Constitución de la República de Colombia de 1821 y la Corte Suprema de Justicia regulada por las Constituciones de 1830, 1857 y 1858. La Constitución de 1874 que sustituyó a la de 1864 reprodujo la denominación “Alta Corte Federal” para el máximo tribunal de la República. Al respecto, *vid.* Josefina Calcaño de Temeltas, “Aspectos Generales del Régimen Legal de la Corte Suprema de Justicia”, en: *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Segunda Edición Actualizada, Colección Textos Legislativos No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 13-22.

³ No obstante, reseña Gonzalo Parra-Aranguren que el 06 de diciembre de 1886 la Alta Corte Federal se declaró incompetente para conocer una solicitud de exequátur de unos autos dictados por los tribunales franceses en un procedimiento de tutela, indicándose que “dichos autos carecen de los requisitos que las leyes establecen para las sentencias, especialmente la citación de las partes que, como principio y raíz de todo pleito, amerita el afinado juicio de los Tribunales, en razón de lo alegado y probado por la tramitación legal”. Por ello, concluye que “quedó abierta la interrogante acerca de si requerían o no del exequátur, otorgado por alguna autoridad venezolana, para poder desplegar eficacia en el territorio de la República”. Gonzalo Parra-Aranguren, *ob.cit.*, p. 12, nota 8.

⁴ Consultada en: *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Tomo IV, Segunda Edición Oficial, Caracas, Casa Editorial de “La Opinión Nacional”, 1890, pp. 832-836. Disponible en: <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-04-1861-1870.pdf>, consultado el 27 de enero de 2021.

⁵ Consultada en: *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Tomo VII, Edición Oficial, Caracas, Imprenta de “La Opinión Nacional”, 1884, pp. 302-306.

⁶ En el caso de la Ley de 1867 dicho artículo es el 4º, numeral 11, mientras que la Ley de 1876 la norma correspondiente es el artículo 11, sección primera, ordinal 10º. Consultados en las fuentes indicadas en las notas 1 y 2.

⁷ “Art. 556. Corresponde á la Alta Corte Federal declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de las autoridades extranjeras”. Consultado en: *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Caracas, Casa Editorial de “La Opinión Nacional”, 1884, Tomo IX, p. 182. Disponible en: <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-08-1878-1880.pdf>, consultado el 30 de enero de 2021.

una Corte de Casación⁸, las cuales pasaron a ser reguladas por la Ley del 7 de mayo de 1881 Orgánica de la Alta Corte Federal y demás tribunales nacionales de la República, que debe empezar a regir el 20 de febrero de 1882 y deroga la de 1876, No. 1979, identificada con el número 2.309 y la Ley del 12 de mayo de 1881 Orgánica de la Corte de Casación, que debe empezar a regir el 20 de febrero de 1882; y deroga la de 1876, No. 1979, en la parte que le es relativa”, identificada con el número 2.311, respectivamente. Dentro de esta división del Poder Judicial, la declaratoria de eficacia de las decisiones extranjeras le siguió correspondiendo a la Alta Corte Federal⁹. Esta estructura también se mantuvo en las Constituciones de 1891 y 1893¹⁰.

Con el Código de Procedimiento Civil de 1897 sí hubo un cambio relevante, a través de sus artículos 712 y 720¹¹, los cuales tenían el siguiente texto:

Art. 712. Corresponde á la Alta Corte Federal y á la Corte de Casación reunidas como Gran Tribunal Nacional, declarar la ejecutoria de las sentencias de las autoridades extranjeras, sin la cual no tendrán ningún efecto ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas.

Art. 720. El pase de los actos ó sentencias de las autoridades extranjeras en materia de emancipación, adopción y otros de naturaleza no contenciosa, lo decretará el Tribunal ó Corte Superior del lugar donde se han de hacer valer, previo examen de si reúnen las condiciones exigidas en los artículos precedentes en cuanto sean aplicables.

Como vemos, a través de estas normas se delimitó la competencia con base en la naturaleza del procedimiento llevado a cabo en el extranjero, correspondiéndole a la cúspide del Poder Judicial conocer las solicitudes de exequátur derivadas de procedimientos contenciosos, mientras aquellas solicitudes que versaran sobre decisiones derivadas de procedimientos no contenciosos el tribunal superior del lugar donde se han de hacer valer. Con ello, el Código de Procedimiento Civil de 1897 no solo aclaró que era necesario el exequátur para que las sentencias extranjeras surtieran cualquier efecto, sino que también dejó claro que este mecanismo abarca a las decisiones derivadas de procedimientos no contenciosos y, a la vez, desconcentró en este ámbito la competencia que antes residía exclusivamente en el máximo tribunal.

⁸ Como indica Josefina Calcaño de Temeltas, la Constitución de 1881 formalizó y le dio rango constitucional a la división del Poder Judicial que había sido decretada mediante un Acuerdo del Congreso de Plenipotenciarios convocado por el General Antonio Guzmán Blanco el 1º de mayo de 1879. Josefina Calcaño de Temeltas, ob.cit., p. 22.

⁹ Dicha competencia, en la citada ley, se encontraba igualmente abarcada por la cláusula residual de ordinal 9º de la sección segunda del artículo 11 según el cual: “Son atribuciones de la Alta Corte Federal: (...) 2º Conocer en primera y única instancia, (...) 9º De cualquier otro asunto que por ley especial deba iniciarse ante la misma Corte”. Consultado en *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Caracas, Casa Editorial de “La Opinión Nacional”, 1884, Tomo IX, p. 238. Disponible en: <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-08-1878-1880.pdf>, consultado el 30 de enero de 2021. La misma disposición la vemos reproducida en el ordinal 9º de la sección segunda del artículo 3 de la “Ley del 2 de junio de 1882 Orgánica de la Alta Corte Federal y demás tribunales nacionales de la República, que reforma la de 1881, No. 2.309” y en el numeral 19 del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Alta Corte Federal y demás Tribunales Federales del 29 de mayo de 1894, consultadas en Moisés Hirsch Batist, *Tribunal Supremo de Justicia. Memoria Histórico-Normativa 1811-1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, p. 260 y 277, respectivamente. En un sentido similar se puede leer el artículo 16, numeral 14 del Código Orgánico de la Corte Federal, Corte de Casación y demás Tribunales Federales de la República de 1902. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 323-324, que establecía las atribuciones de la Sala de Única Instancia.

¹⁰ Las normas relevantes pueden consultarse en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 77-82.

¹¹ Consultados en: *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Caracas, Imprenta Oriental, Tomo XX, 186. Disponible en: <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-20-1897.pdf>, consultado el 30 de enero de 2021.

Las normas del Código de Procedimiento Civil de 1897 se reprodujeron en los artículos 721 y 729, respectivamente, del Código de Procedimiento Civil de 1904¹², con la variante de que el artículo 721 hacía referencia al “Gran Tribunal Nacional”. Un poco menos de un mes luego de promulgado el Código de Procedimiento Civil de 1904 fue dictada la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1904 que terminó con el sistema dual del Poder Judicial vigente a través de la Alta Corte Federal y de la Corte de Casación, para crear un solo órgano: la Corte Federal y de Casación¹³. La Constitución de 1904 fue además el primer texto constitucional en hacer referencia expresa a la competencia del máximo tribunal en materia de exequátur, a través de su artículo 95, numeral 15¹⁴.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1904, el máximo tribunal de la nación procedió a ser regulado por el Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República de 1904, que le otorgaba la competencia para “Declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de las autoridades extranjeras, con sujeción a las condiciones que establezcan los tratados públicos y la ley” (artículo 5º, numeral 15) a la Sala de Única y Última Instancia (Artículo 10). Esta Sala procedió luego a denominarse “Sala Federal”, manteniendo la referida competencia¹⁵, la cual además se reprodujo en las reformas del código de 1910¹⁶ y 1915¹⁷.

En el Código de Procedimiento Civil de 1916 no se modificó el régimen establecido en el de 1904, dado que su artículo 746¹⁸ le otorgaba la competencia a la Corte Federal y de Casación para conceder el exequátur a las sentencias extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos, manteniendo los tribunales superiores la competencia para conceder el exequátur a las sentencias foráneas derivadas de pro-

¹² Consultado en: *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Caracas, Imprenta Nacional, 1905, Tomo XXVII, Vol. 1, pp. 472-473.

¹³ Josefina Calcaño de Temeltas, ob.cit., p. 25.

¹⁴ “Artículo 95. Son atribuciones de la Corte Federal y de Casación: (...) 15. Declarar, salvo lo que dispongan tratados públicos, la fuerza ejecutoria de las sentencias de las autoridades extranjeras, con sujeción a las condiciones que establezca la ley (...)”. Esta norma se reprodujo en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1909 (Artículo 112, numeral 15), en el Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 (Artículo 49, numeral 14), la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1914 (Artículo 98, numeral 15), la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1922 (Artículo 98, numeral 16), la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1925 (Artículo 120, numeral 14), la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1929 (Artículo 120, numeral 14), la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1931 (Artículo 120, numeral 14), la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936 (Artículo 123, numeral 13) y la Constitución de Venezuela de 1945 (artículo 128, numeral 13). Consultadas en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 87-88, 90-91, 92-93, 95-96, 98-99, 100-102, 106-108, 113-114 y 117-118, respectivamente.

¹⁵ A través de los artículos 5º que establecía las atribuciones generales de la Corte Federal y de Casación incluida la referida al exequátur (numeral 15) y Artículo 7, que establecía las atribuciones concretas de la Sala Federal. Consultados en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 376-380.

¹⁶ Venezuela. *Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 25 de junio de 1910*, artículo 8º, numeral 14. Consultado en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 390-391.

¹⁷ Venezuela. *Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 16 de junio de 1915*, artículo 8º, numeral 8. Consultado en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., p. 403.

¹⁸ “Art. 746. Corresponde a la Corte Federal y de Casación declarar la ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras, sin lo cual no tendrán ningún efecto, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas”. Consultado en: *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Caracas, Litografía del Comercio, 1922, Tomo XXXIX, p. 463. Disponible en: <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-39-1916.pdf>, consultado el 30 de enero de 2021.

cedimientos no contenciosos, a través del artículo 754¹⁹. El Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República de 1917 seguía otorgando la competencia a la Sala Federal²⁰, lo cual fue reproducido por las reformas del código de 1922²¹ y por la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República en sus versiones de 1923²², 1925²³, 1928²⁴, 1941²⁵ y 1945²⁶.

Posteriormente, la Constitución de Venezuela de 1953 desintegró el máximo tribunal y volvió al sistema dual de la Corte Federal y la Corte de Casación. Esta Constitución le daba expresamente la competencia para conceder el exequátur a la Corte Federal²⁷. En virtud de esta modificación el 06 de agosto de 1953 se dictan la Ley Orgánica de la Corte Federal y la Ley Orgánica de la Corte de Casación, la primera de las cuales confirmaba lo indicado por la referida constitución²⁸.

En la Constitución de la República de Venezuela de 1961 se retomó el sistema unitario de la organización del Poder Judicial, pasando la Corte Suprema de Justicia a ser el máximo tribunal de la República. En el artículo 212 de la Constitución se indicaba que la Corte Suprema de Justicia funcionaría en Salas, “cuya integración y competencia será determinada por la ley”²⁹. En la Disposición Transitoria Decimaquinta de la Constitución se estableció un régimen provisional para la Corte Suprema de Justicia mientras fuese dictada su ley orgánica, indicándose que funcionaría en tres salas denominadas Sala Político-Administrativa, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y Sala de Casación Penal. La Sala Político-Administrativa quedaría conformada por los vocales de la Corte Federal y asumiría sus competencias³⁰. A partir de este mo-

¹⁹ “Art. 754. El pase de los actos o sentencias de las autoridades extranjeras en materia de emancipación, adopción, y otros de naturaleza no contenciosa, lo decretará, lo decretará el Tribunal o Corte Superior del lugar donde se hayan de hacer valer, previo examen de si reúnen las condiciones exigidas en los artículos precedentes, en cuanto sean aplicables”. Consultado en: *Ídem*.

²⁰ Venezuela. *Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República del 19 de junio de 1917*, artículo 8°, numeral 8. Consultado en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 440-441.

²¹ Venezuela. *Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República del 20 de junio de 1922*, artículo 8°, numeral 8. Consultado en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 440-441.

²² Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 13 de julio de 1923*, artículo 8, numeral 8. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., p. 486.

²³ Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 19 de julio de 1925*, artículo 11, numeral 8. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 500-501.

²⁴ Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 13 de julio de 1928*, artículo 11, numeral 8. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 518-519.

²⁵ Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 06 de agosto de 1941*, artículo 11, numeral 8. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 536-538.

²⁶ Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República del 22 de agosto de 1945*, artículo 8, numeral 8. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., p. 486.

²⁷ Artículo 133, numeral 15. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 123-124.

²⁸ Artículo 7°, numeral 36. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob. cit., pp. 566-570.

²⁹ Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob. cit., p. 125.

³⁰ *Ibid.*, pp. 127-128.

mento la competencia para conceder el exequátur respecto de sentencias derivadas de procedimientos contenciosos fue entonces asumida por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual fue además ratificado por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en su artículo 42, numeral 25³¹ y artículo 43³².

En la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987³³ no hubo modificación del régimen de competencia establecido en el de 1916. Solo se verificó un cambio formal de la denominación del máximo tribunal de “Corte Federal y de Casación” a “Corte Suprema de Justicia” y, como veremos en el punto siguiente, tampoco se modificó la competencia para conceder el exequátur sobre sentencias extranjeras derivadas de procedimientos no contenciosos. De igual forma, la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998³⁴ no representó una modificación de la competencia, debido a que la delimitación de la competencia de los órganos judiciales venezolanos para conceder el exequátur no fue incluida dentro de su ámbito de regulación.

Con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999³⁵ se modificó nuevamente la denominación y la estructura. La denominación pasó de Corte Suprema de Justicia a Tribunal Supremo de Justicia. Por su parte, la estructura se amplió para estar conformada por seis (6) salas, a saber: Sala Plena, Sala Constitucional, Sala Político-Administrativa, Sala Electoral, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Penal y Sala de Casación Social. A diferencia de alguno de algunos de los textos constitucionales antes citados, la Constitución de 1999 no establece expresamente a cuál Sala le corresponde conceder el exequátur sobre sentencias extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, han ocurrido igualmente unos cambios que delimitan el régimen actual de la competencia para conceder el exequátur sobre sentencias extranjeras. El primero de estos cambios devino con la Resolución No. 2001-0776 dictada por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia el 22 de noviembre de 2011 y publicada en la Gaceta Oficial No. 37.422 del 12 de abril de 2002, cuyo artículo 2 disponía lo siguiente:

³¹ Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, publicada en Gaceta Oficial No. 1.893 del 30 de julio de 1976. “Art. 42: Es de la competencia de la Corte como más alto tribunal de la República: (...) 25. Declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales o en la Ley (...)”. Consultada en: Moisés Hirsch Batist, ob.cit., pp. 615-617.

³² “Artículo 43. La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1º al 8º. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otras especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. En Sala Político-Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas”.

³³ Venezuela. *Código de Procedimiento Civil*, inicialmente publicado en la Gaceta Oficial No. 3.970 Extraordinario del 13 de marzo de 1987, con reforma parcial publicada en Gaceta Oficial No. 34.522 y cuyo texto vigente fue publicado en la Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

³⁴ Venezuela. *Ley de Derecho Internacional Privado*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.511 del 06 de agosto de 1998.

³⁵ Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, inicialmente publicada en la Gaceta Oficial No. 36.860 y reimpressa por error material en la Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000.

Artículo 2.- Se atribuye en forma exclusiva y excluyente para todo el territorio nacional a la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de Área Metropolitana de Caracas, la competencia para conocer y decidir en segunda instancia las decisiones dictadas en los procesos de Adopción Internacional por el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente a que se refiere el artículo 1° de la presente Resolución. **Así mismo, se le atribuye competencia en forma exclusiva y excluyente, en todo el territorio nacional, para impartir o no, el pase a las sentencias o actos de autoridades extranjeras, a que se refiere el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se relacionan con la materia de Adopción Internacional regida por la citada Convención** (negritas añadidas).

Mediante dicha resolución se comenzaron a delimitar ámbitos de competencia especiales en materia de exequátur. Este, en particular, estaba limitado a un órgano judicial determinado (la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de Área Metropolitana de Caracas, hoy Tribunales Superiores del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacionales de Adopción Internacional) y un ámbito material específico (decisiones derivadas de procedimientos no contenciosos referidos a la adopción internacional).

Luego, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004³⁶ modificó la competencia a nivel del máximo tribunal de la República. A través de esta ley se suprimió la competencia de la Sala Político-Administrativa que había estado vigente desde la Constitución de 1961 y, en cambio, se le asignó la competencia a la Sala de Casación Civil mediante el artículo 5, numeral 42 y aparte primero³⁷. Según reseña Gonzalo Parra-Aranguren “ninguna explicación se dio en la época que justifique la reforma, tampoco se ha hecho hasta el presente, y espíritus inquietos acuden a las más variadas ideas para entender una conducta que permite equívocos de muy diversa naturaleza”³⁸.

Esta situación fue abordada con desagrado por la Sala Político-Administrativa, quien llegó a indicar que debía seguir conociendo las solicitudes admitidas por ella antes de la entrada en vigencia de la referida ley, basando su argumento, como resume Parra-Aranguren, en: (i) los artículos 3 y 9 del Código de Procedimiento Civil; (ii) la opinión de Luis Loreto; (iii) el artículo 12 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; (iv) el

³⁶ Venezuela. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada en Gaceta Oficial No. 37.942 del 20 de mayo de 1994.

³⁷ “Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: (...)

42. Declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades jurisdiccionales extranjeras, de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales o en la ley; (...)

El Tribunal conocerá en Sala Plena lo asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. En Sala Político Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37. En Sala de Casación Penal los asuntos previstos en los numerales 38 al 40. **En Sala de Casación Civil el asunto previsto en los numerales 41 al 42.** En Sala de Casación Social los asuntos previstos en los numerales 43 y 44. En Sala Electoral los asuntos previstos en los numerales 45 y 46. En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida. (...)” (Subrayado añadido).

³⁸ Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Número 135. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2010, p. 75.

derecho a un proceso sin dilaciones indebidas contemplado en los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución de 1999; y (v) el artículo 335 de la Constitución en concordancia con el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁹.

Estas razones fueron severamente criticadas por nuestra doctrina, debido a que: (i) el principio de *perpetuatio jurisdictionis* implica que la competencia no se ve modificada por el cambio de las situaciones de hecho, pero sí una transformación legal o una variación en las situaciones de derecho, como la supresión de una competencia por una ley⁴⁰; (ii) la Sala Político-Administrativa desconoció el sentido de la regla según la cual las leyes procesales entran en vigencia de forma inmediata, previsto en el artículo 24 de la Constitución de 1999 y en el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil de 1987, lo cual incluye las leyes que organizan la competencia de los tribunales⁴¹; (iii) la real opinión de Luis Loreto, a diferencia de la argumentada por la Sala Político-Administrativa para argumentar su errada opinión sobre el artículo 3 del Código Procedimiento Civil⁴², era que el principio de *perpetuatio jurisdictionis* no aplicaba a las previsiones legales en materia de competencia⁴³; (iv) el artículo 12 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamé-

³⁹ Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, ob.cit., p. 115. Al respecto pueden verse, entre otras, las siguientes decisiones: Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 00596 del 02 de junio de 2004 (caso: *Irene Kesa de Anderson c. Charles Richard Anderson*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00596-020604-2002-0340.HTM>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01021 del 11 de agosto de 2004 (caso: *Filomena García Otero c. José Manuel Bouzada Blanco*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01021-110804-2002-0603.htm>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 02581 del 05 de mayo de 2005 (caso: *Victoria Regina del Rosario Moreno del Canto c. Jaime René Marchant López*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/02581-050505-2003-0474.htm>. Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01538 del 14 de junio de 2006 (caso: *Antonio García de Castro c. Victoria Alicia Perdomo Blanco*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01538-140606-2000-1048.htm>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁴⁰ Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, ob.cit., pp. 117-143;

⁴¹ Eugenio Hernández-Bretón, “El procedimiento de exequátur”, en *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, 2010, pp. 520; Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, ob.cit., pp. 143-146; Yaritza Pérez Pacheco, *La sentencia extranjera en Venezuela. Requisitos, procedimiento, efectos*. Serie trabajos de ascenso No. 17, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas, 2013, p. 172, nota 463.

⁴² “Sin embargo, en el presente caso no se trata de una afectación de la jurisdicción sino de una variación en la competencia, razón por la cual el principio más apropiado, conforme a lo expuesto por el Maestro Luis Loreto, es el de la llamada *perpetuatio fori*, (*Ensayos Jurídicos, “Principios Fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano”*, Fundación Roberto Goldschmidt. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987. p. 19) igualmente contenido en el artículo 3 *eiusdem*; en el entendido de que el principio se aplica a las circunstancias que constituyen los criterios atributivos sobre los cuales un tribunal puede conocer una causa, esto es la materia, el valor, el territorio, o el grado del tribunal (Cursivas de la Sala)”. Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, auto No. AMP-046 del 16 de junio de 2004 (caso: *Manuel J. Diek c. Elizabeth Pimentel*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/AMP-046-160604-2003-0389.HTM>, consultado el 30 de enero de 2021.

⁴³ Eugenio Hernández-Bretón, ob.cit., p. 520; Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, ob.cit., p. 146.

rica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal no se encuentra vigente en Venezuela⁴⁴; y (v) el acudir a los artículos 2, 26 y 335 fue injustificable⁴⁵.

Finalmente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010⁴⁶ realizó una nueva modificación que marca parte del régimen actual de competencia para conceder el exequátur: mantuvo la competencia de la Sala de Casación Civil a la vez que reinstauró la competencia de la Sala Político-Administrativa sobre esta materia. Ello será abordado en el punto siguiente.

Antes de pasar al análisis del régimen actual de la competencia para conceder el exequátur y partiendo del balance de la evolución legislativa en esta materia que realiza Gonzalo Parra-Aranguren⁴⁷, podemos afirmar lo siguiente: (i) la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no retomó la regulación expresa de la competencia para declarar la fuerza ejecutoria de sentencias derivadas de procedimientos de naturaleza contenciosa que se verificó en las constituciones que fueron dictadas entre 1901 y 1953 y que fue eliminada en la Constitución de la República de Venezuela de 1961; (ii) el Código de Procedimiento Civil de 1987 ha continuado la tradición de: (a) asignar la competencia para conceder el exequátur a sentencias derivadas de procedimientos contenciosos al máximo tribunal de la República, vigente desde 1873; y (b) asignar la competencia para conceder el exequátur a sentencias derivadas de procedimientos no contenciosos a los tribunales superiores del lugar donde hayan de hacerse valer, vigente desde 1897; y (iii) las Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en sus versiones de 2004 y 2010 han continuado con la tradición de asignar la competencia para conceder el exequátur a sentencias derivadas de procedimientos contenciosos a una sala específica del máximo tribunal, aunque en el primer caso hubo una desviación de dicha competencia con respecto a la regulación vigente desde, al menos, la Constitución de la República de Venezuela de 1961 (al suprimírsela a la Sala Político-Administrativa y asignársela a la Sala de Casación Civil), mientras que en el segundo caso se estableció un sistema dual (asignándose la competencia, simultáneamente, a la Sala de Casación Civil y a la Sala Político-Administrativa).

⁴⁴ Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, ob.cit., p. 146.

⁴⁵ Eugenio Hernández-Bretón, ob.cit., p. 520; Gonzalo Parra-Aranguren, “Competencia para conceder el exequátur de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, ob.cit., pp. 147-148.

⁴⁶ Venezuela. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada inicialmente en la Gaceta Oficial No. 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010 y reimpresa, siendo este el texto vigente, mediante la Gaceta Oficial No. 39.522 del 1º de octubre de 2010.

⁴⁷ “El análisis histórico de la regulación legislativa de la competencia asignada a nuestro Supremo Tribunal para declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias extranjeras de naturaleza contenciosa permite establecer la existencia de tres tipos de fuentes: a) originariamente se le atribuyó a través del Código de Procedimiento Civil de 1873, en precepto coda vía vigente en la época actual; b) de manera simultánea el mandato tuvo rango constitucional durante el lapso comprendido entre el veintinueve de marzo de 1901 y el 23 de enero de 1961; y c) los Códigos y Leyes Orgánicas de la Corte Suprema desde 1902 hasta el día de hoy también le han asignado dicha facultad, con determinación precisa de la Sala a quien compete su conocimiento y decisión.

Por otra parte, la eficacia en Venezuela de los actos o sentencias de las autoridades extranjeras en materia de emancipación, adopción y otros de naturaleza no contenciosa fue objeto de regulación expresa, por primera vez, en el Código de Procedimiento Civil de 1897: la competencia para declarar su fuerza ejecutoria se atribuyó al Tribunal o Corre Superior del lugar donde hayan de hacerse valer...”. Gonzalo Parra-Aranguren, “Autoridades competentes para permitir eficacia extraterritorial a los actos extranjeros en Venezuela”, ob.cit., p. 205.

II. RÉGIMEN ACTUAL DE LA COMPETENCIA PARA CONCEDER EL EXEQUÁTUR A SENTENCIAS EXTRANJERAS

Una vez revisada la evolución histórica de la competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras, tanto a nivel constitucional como legal, es necesario entonces proceder a establecer cuál es el régimen actual sobre este particular. Para ello dividimos nuestras consideraciones en tres partes. La primera estará destinada a establecer cuál es la base normativa del régimen actual. La segunda abordará la competencia sobre la base de la naturaleza del procedimiento llevado a cabo en el extranjero y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia. Por último, la tercera versará sobre como la jurisprudencia ha modificado, por una parte, y delimitado, por la otra, el régimen normativo de competencia establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

Cabe destacar antes de proceder al análisis de la base normativa, que todas las consideraciones que realizaremos de aquí en adelante son válidas para las solicitudes de exequátur que se presenten ante los tribunales venezolano, sin importar la fuente normativa en que se basan los requisitos de eficacia, dado que ni el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911)⁴⁸, ni la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP-II, Montevideo 1979)⁴⁹ ni la Ley de Derecho Internacional Privado prevén normas sobre competencia de los órganos judiciales para conocer las solicitudes de exequátur.

1. Base normativa

A. Código de Procedimiento Civil de 1987

Como hemos establecido previamente, el Código de Procedimiento Civil de 1987 ha seguido la tradición de sus antecesores en el sentido de establecer el régimen de competencia sobre la base de la naturaleza del procedimiento llevado a cabo en el extranjero.

Así, el artículo 850 en el comienzo de su encabezado prevé que corresponde a la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) declarar la ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras. Cabe destacar que esta es la única parte de esta norma que se encuentra vigente, por cuanto la sección que indica “sin lo cual no tendrán ningún efecto, ni como medio de prueba, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas” y el aparte único fueron derogados por los artículos 53 y 55 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Por su parte, el artículo 856 ha reproducido la norma sobre solicitudes de exequátur de sentencias derivadas de procedimientos no contenciosos que fue incluida en el Código de Procedimiento Civil de 1897, según hemos comentado *supra*. En tal virtud, para conocer este tipo de solicitudes de exequátur continúan siendo competentes los Juzgados Superiores del lugar donde la sentencia extranjera haya de hacerse valer. Se ha entendido que estos tribunales superiores son aquellos con competencia civil.

⁴⁸ Aprobado legislativamente el 11 de junio de 1912 y con ratificación ejecutiva del 19 de diciembre de 1914. Al respecto, *vid.*, Gonzalo Parra-Aranguren, “El Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Número 22, Año Lectivo 1975-1976. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello/Editorial Sucre, 1976, pp. 24-25.

⁴⁹ Cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial No. 3.511 Extraordinario del 30 de marzo de 1985, siendo depositado su instrumento de ratificación en fecha 16 de mayo de 1985.

B. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 ha establecido un sistema dual respecto de la competencia de este órgano judicial para conocer las solicitudes de exequátur sobre sentencias extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos, por cuanto ha asignado a la vez dicha competencia a la Sala Político-Administrativa (artículo 26, numeral 23) y a la Sala de Casación Civil (artículo 28, numeral 2).

Si bien es cierto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 re-instituyó la competencia de la Sala Político-Administrativa que había sido suprimida por la versión de dicha ley del 2004, no es menos cierto que en dicho instrumento no se delimitó claramente el alcance de la competencia de cada Sala, por lo que a primera vista se entendía que ambos eran simultáneamente competentes para conocer cualquier tipo de solicitud de exequátur de sentencias derivadas de procedimientos contenciosos. Como veremos *infra*, esto fue solucionado a través de la jurisprudencia.

2. Competencia sobre la base de la naturaleza del procedimiento llevado a cabo en el extranjero: interpretación por la jurisprudencia y doctrina

Tal como hemos expuesto, desde el Código de Procedimiento Civil de 1897 la competencia de los órganos judiciales venezolanos para conceder el exequátur a sentencias extranjeras se determina en primer lugar por la naturaleza del procedimiento del que deriva la decisión. En tal sentido, una sala del Tribunal Supremo de Justicia o un Juzgado Superior tendrá competencia dependiendo de si el procedimiento extranjero tuvo naturaleza contenciosa o no contenciosa⁵⁰.

Esto plantea para nuestros tribunales una tarea necesaria: calificar cuando una causa foránea tuvo naturaleza contenciosa o no contenciosa. Esta determinación debe ser realizada por el juez de exequátur de forma previa a la resolución del fondo de la solicitud y aun de oficio, a pesar de que las partes no hayan indicado algo respecto, sin que ello suponga un pronunciamiento separado⁵¹, ya que ello puede abordarse en un capítulo de la sentencia definitiva de exequátur.

Según expresa Gonzalo Parra-Aranguren sobre este particular, “parece no discutible que la calificación de la naturaleza del procedimiento debe hacerse partiendo de los criterios establecidos por la ley venezolana”⁵². No obstante, reconoce el mencionado autor que la competencia reconocida a la ley venezolana para calificar la naturaleza del procedimiento extranjero del cual deriva la sentencia extranjera objeto de la solicitud de exequátur “no resuelve todas las dificultades y tampoco garantiza la uniformidad en los resultados, por cuanto resulta posible un cambio de interpretación acerca de la naturaleza contenciosa o no de los actos extranjeros cuya eficacia se pretende en el territorio de la República”⁵³.

A todo evento, como indica Yaritza Pérez Pacheco⁵⁴, puede extraerse de la jurisprudencia de nuestros tribunales ciertas directrices para calificar un asunto como contencioso o no contencioso. En tal sentido, señala que la doctrina del máximo tribunal ha sido pacífica en señalar que cuando exista una auténtica controversia o conflicto

⁵⁰ Yaritza Pérez Pacheco, ob. cit., p. 172.

⁵¹ *Ídem*.

⁵² Gonzalo Parra-Aranguren, “Autoridades competentes para permitir eficacia extraterritorial a los actos extranjeros en Venezuela”, ob. cit., p. 217.

⁵³ *Ibid.*, p. 218.

⁵⁴ Yaritza Pérez Pacheco, ob. cit., p. 173.

de intereses entre las partes, es decir, cuando haya un litigio que deba ser resuelto por el órgano judicial, la causa será considerada contenciosa⁵⁵.

En consonancia con lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha observado que “el carácter contencioso del juicio se determina no solo por la apariencia o forma bajo la cual se desenvuelve (procedimiento claramente definido) por su contenido (conflicto), sino según la función que cumplen los órganos jurisdiccionales en el mismo, es decir, si estos son activados a los fines de dirimir o resolver una real controversia o conflicto *stricto sensu*...”⁵⁶.

Similarmente, en el caso *Sonia Melkonian c. Giovanni Di Mase*⁵⁷, la Sala de Casación Civil precisó que el término “contencioso” alude sin duda a contienda, en este caso contienda legal, que se somete al conocimiento de un juez, pues existe una contraposición de derechos e intereses, que requieren sean dirimidos ante un órgano imparcial.

A su vez, es factible y así lo ha indicado también la Sala de Casación Civil en el mencionado caso, que algunos casos inicialmente con carácter no contencioso puedan adquirir carácter contencioso, por la verificación oportuna de una controversia o conflicto de intereses durante su trámite. Ello es acorde a lo indicado en el artículo 901 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, si el Juez advierte que la cuestión planteada como de jurisdicción voluntaria corresponde realmente a la jurisdicción contenciosa, deberá sobreseer el procedimiento para que los interesados propongan las demandas que consideren pertinentes⁵⁸.

Por otro lado, para calificar un asunto como no contencioso, nuestra jurisprudencia ha afirmado que debe tratarse de procedimientos que por su naturaleza, pretensiones y finalidad respondan a que las “partes” en los mismos tengan un común interés y que la sentencia no resulte “condenatoria” o “absolutoria” de una de ellas⁵⁹.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 174.

⁵⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1953 (caso: *Rafael Cervini Villegas*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1953-250705-04-1946.HTM>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁵⁷ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.00168 del 02 de abril de 2009 (caso: *Sonia Melkonian c. Giovanni Di Mase*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/EXEQ.00168-2409-2009-09-038.HTML>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁵⁸ “Artículo 901. En conformidad con el artículo 895, y dentro de los tres días siguientes al vencimiento de la articulación, el Juez dictará la resolución que corresponda sobre la solicitud; pero si advirtiere que la cuestión planteada corresponde a la jurisdicción contenciosa, sobreseerá el procedimiento para que los interesados propongan las demandas que consideren pertinentes”.

⁵⁹ Ver en este sentido: Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 01681 del 29 de octubre de 2003 (caso: *Eucila Araceli Suárez Ordóñez c. Jorge Arturo Cascante Guijarro*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01681-291003-2002-0539.htm>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.00256 del 11 de mayo de 2005 (caso: *Millye Josefina Vargas Navarro de Hamm c. Ludwig Hamm*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/EXEQ-00256-110505-041018.HTM>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.00039 del 31 de enero de 2008 (caso: *Belitza Navarro c. Enrique Díaz*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/enero/EXEQ-00039-310108-06990.HTM>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.00102 del 06 de marzo de 2009 (caso: *Oscar Nicolás Parra Barre c. Jo Ann Smith*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/EXEQ.00102-6309-2009-08-551.HTML>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.000356 del 08 de junio de 2017 (caso: *Alba María Istúriz Garnica c. Carlos Fernando Carballo Camargo*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/junio/199722-exeq.000356-8617-2017-16-823.html>, consultada el 30 de enero de 2021.

Lo anterior implica, que no se haya verificado un conflicto de intereses o pretensiones opuestas, bien sea porque el proceso se hubiere iniciado por iniciativa de una de las partes, en el supuesto en el cual no tiene el carácter de una verdadera demanda, sino de una solicitud, o que las partes hayan realizado un “pedido conjunto”, con lo cual hubieran hecho uso de “la vía del mutuo consentimiento, sin posibilidad alguna de contención”⁶⁰.

En términos generales, para constatar el carácter contencioso o no del juicio extranjero, podemos observar que los tribunales suelen hacer una revisión del expediente, así como del contenido de la sentencia cuyo exequátur se solicita. Partiendo de este análisis, obtienen elementos necesarios que permiten evidenciar o presumir la naturaleza de un determinado caso.

Volviendo al caso de *Sonia Melkonian c. Giovanni Di Mase*, vemos que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia concluyó en el carácter contencioso del procedimiento del cual derivó la sentencia extranjera objeto de la solicitud exequátur, por cuanto: (i) el procedimiento se inició por demanda de divorcio introducido por la demandante; (ii) el tribunal declaró disuelto el vínculo conyugal; y (iii) se desarrolló un juicio tendente a resolver la demanda de divorcio y otros pedimentos por la solicitante⁶¹.

Otro ejemplo de calificación de la naturaleza del proceso, esta vez en relación a causas no contenciosas, es el caso de *Hair José Medina Sanabria c. Edith Rosa Sánchez Cedeño*⁶². Aquí nuevamente se hizo un examen de los autos, citando ciertas menciones que indicaban que la disolución del vínculo matrimonial era producto de un procedimiento de mutuo consentimiento, por lo que, se dictó un fallo en un juicio no contencioso. Aquí además se realizó una consideración adicional sobre el procedimiento de divorcio previsto en los Estatutos del Estado de Florida, Estados Unidos de América, para ratificar la calificación⁶³.

⁶⁰ Yaritzá Pérez Pacheco, ob.cit., p. pp. 174-175. En este sentido pueden verse las siguientes decisiones: Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 90 del 13 de abril de 1989 (caso: *Teresita Mazzei y Jurgen Bernahardt*). Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 127 del 08 de abril de 1997 (caso: *María D. González Ernest*) y Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia No. 1214 del 14 de octubre de 1999 (caso: *Vicente Enrique Frías Estelles c. Susana Frías*). Todas estas decisiones son citadas por Yaritzá Pérez Pacheco y su texto fue verificado por los autores en el copiador de sentencias mantenido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶¹ En materia de exequátur sobre sentencias derivadas de procedimientos contenciosos pueden verse en las siguientes decisiones: Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXE.000313 del 03 de junio de 2015 (caso: *Johanna Belisario Romero y Carlos Alexander Palacios Álvarez*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/junio/178146-exe.000313-3615-2015-15-242.html>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 46 del 02 de junio de 2016 (caso: *Norelín del Valle Quintero c. Juan de Dios Ibáñez Valderrama*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/junio/188859-46-2616-2016-2015-000069.html>, consultada el 30 de enero de 2021. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXE.000265 del 30 de mayo de 2018 (caso: *Lider José Gómez Veliz c. Elda Carola Chiriboga Zambrano*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/211770-exe.000265-30518-2018-16-596.html>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁶² Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.00038 del 15 de marzo de 2005 (caso: *Hair José Medina Sanabria c. Edith Rosa Sánchez Cedeño*). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/exeq-00038-150305-04777.htm>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁶³ En materia de exequátur sobre sentencias derivadas de procedimientos no contenciosos pueden verse en las siguientes decisiones: Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No.

Con lo anterior evidenciamos que los tribunales venezolanos en sede de exequátur deben tomar en consideración la función que cumplió el juez extranjero para decidir el procedimiento que derivó en la sentencia y, específicamente, si hubo un conflicto de intereses que requería de la decisión de un juez para ser resuelto, caso en el cual el asunto será contencioso, correspondiéndole el conocimiento de la solicitud de exequátur. De lo contrario, cuando el procedimiento no implica una verdadera demanda, a pesar de que sea iniciado por una sola parte o cuando se trata de solicitudes de mutuo consentimiento el procedimiento se entenderá como no contencioso, por lo que el conocimiento de la solicitud de exequátur le corresponderá a un juzgado superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil.

3. Modificación y delimitación de las normas de competencia por la jurisprudencia o ¿competencia con base en los sujetos procesales involucrados?

A pesar de que el régimen de competencia ha sido delimitado normativamente, a partir de los casos que vamos a comentar este se ha visto modificado por una parte y; por la otra, delimitado, lo que plantea entonces la existencia de regímenes especiales de competencia con base en los sujetos procesales involucrados y la existencia de fueros atrayentes cuando las decisiones extranjeras involucran niños, niñas y adolescentes o bien cuando han sido dictadas contra un organismo público.

A. Competencia para conocer solicitudes de exequátur sobre sentencias que involucran a niños o adolescentes: el caso *Reyna Patricia Sausnavar*

Mediante el caso *Reyna Patricia Sausnavar*, el máximo tribunal delimitó la competencia en materia de exequátur cuando la sentencia emanada del procedimiento extranjero repercute directamente en la esfera de niños, niñas o adolescentes o, en general cuando estos tengan interés directo en el proceso.

El mencionado inició con una solicitud de exequátur presentada por la ciudadana en cuestión en fecha 10 de diciembre de 2012 ante el Juzgado Superior Cuarto de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con el fin de que se le otorgara fuerza ejecutoria a una sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Familiar de Primera Instancia de Naucalpan de Juárez, México, en fecha 23 de junio de 2010, mediante la cual se le confería la custodia definitiva sobre su nieto.

Dicha solicitud fue declarada inadmisibile por el Juzgado Superior, lo que condujo a la interposición de un recurso de legalidad ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Al conocer dicho recurso, la Sala determinó mediante sentencia No. 808 del 08 de octubre de 2013⁶⁴ que, conforme a las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil para el trámite del exequátur, dicho procedimiento se ventilaba en única instancia y, por lo tanto, no existía la posibilidad de impugnar la decisión proveniente del Juzgado Superior, declarando entonces inadmisibile el control de legalidad.

EXEQ.00213 del 03 de mayo de 2005 (caso: *Ana Elizabeth D'Albenzio Matheus c. Tino Langner*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/exeq-00213-030505-05143.htm>. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXEQ.00806 del 08 de noviembre de 2007 (caso: *Damarys Valentina Tovar Breto c. Oswaldo José Gil Pérez*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/exeq-00806-081107-07640..htm>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁶⁴ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 808 del 08 de octubre de 2013 (caso: *Reyna Patricia Sausnavar*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/157286-0808-81013-2013-13-005.html>, consultada el 30 de enero de 2021.

Pese a rechazar el recurso, la Sala, sin embargo, procedió a examinar la decisión impugnada, por cuanto detectó una violación del orden público en relación a las normas atributivas de competencia en materia de exequátur. Concretamente, la Sala sostuvo que el Juzgador Superior ignoró la aplicación de las disposiciones de las cuales se desprende la competencia de la Sala de Casación Civil para conocer solicitudes de exequátur de sentencias extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos, a saber: el artículo 28, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, concatenado con los artículos 850 y 856 del Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, la Sala advirtió que el caso bajo examen al ser de naturaleza eminentemente contenciosa debió ser conocido inicialmente en única instancia por la Sala de Casación Civil.

Hasta este punto la Sala de Casación Social reafirmaba lo que hemos expuesto sobre la naturaleza o el carácter del procedimiento extranjero como criterio para fijar la competencia en el procedimiento de exequátur. No obstante, introduce una modificación en razón de que el procedimiento extranjero y, por ende, la sentencia objeto de la solicitud de exequátur versaba sobre un asunto en el que estaba interesado un niño. Partiendo de ello, la Sala realizó una interpretación que derivó en una modificación del régimen de competencia previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a tal efecto.

La Sala expuso en primer término que, a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, el conocimiento de causas donde se diriman o resuelvan asuntos vinculados a derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes se reservó a tribunales especializados.

Ello trajo como resultado que se haya implementado un Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con el cual todas las causas deban ser tramitadas por órganos especializados integrado. Dentro de estos, figura la Sala de Casación Social, que tiene la máxima jerarquía funcional en esta materia, según le fue atribuida por el texto constitucional.

En orden a lo anterior, el fallo agrega que, a fin de brindar tutela reforzada al interés superior del niño, se debe restringir el alcance normativo del artículo 28, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, limitando su aplicación a solicitudes que versen sobre sentencias dictadas en casos contenciosos que no tengan incidencia directa en la esfera jurídica de niños o adolescentes.

En consecuencia, la Sala de Casación Social procedió a desaplicar por control difuso de constitucionalidad el numeral 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, referido a la competencia de la Sala de Casación Civil para declarar la fuerza ejecutoria de sentencias extranjeras, de acuerdo de acuerdo con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de 1999.

De esta manera, la Sala de Casación Social modificó el régimen de competencia establecido por el marco normativo vigente y estableció en relación a los asuntos vinculados a niños o adolescentes el siguiente régimen: (i) la competencia para otorgar fuerza ejecutoria a sentencias extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos en los que los niños o adolescentes tengan interés inmediato y directo sobre el objeto debatido le corresponde a la Sala de Casación Social; y (ii) la competencia para otorgar fuerza ejecutoria a sentencias extranjeras dictadas en asuntos no contenciosos que también tengan incidencia en la esfera de estos sujetos, le corresponde a los Juzgados Superiores de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del lugar de la residencia habitual de estos niños o adolescentes.

Por las razones expuestas precedentemente, concluyó que en vista de que el caso bajo análisis incidía en la esfera jurídica de un niño, y tenía una naturaleza claramente contenciosa, la solicitud de exequátur debe ser conocida por ella, desaplicando de tal modo el artículo 28, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y sentando un precedente en esta materia.

En virtud del control difuso ejercido por la Sala de Casación Social, y partiendo de lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de 1999 en concordancia con el numeral 12 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la causa fue remitida a la Sala Constitucional. Mediante sentencia No. 51 del 20 de febrero de 2014⁶⁵, la Sala Constitucional se pronunció sobre el control difuso ejercido por la Sala de Casación Social, reiterando que aun cuando la competencia para conocer solicitudes de exequátur se encuentra regulada en el artículo 28, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y los artículos 850 y 856 de la normativa adjetiva civil, en aras de asegurar la protección en caso de amenaza o violación de los derechos de un niño o adolescente “en los casos donde requiera otorgar fuerza ejecutoria a una sentencia extranjera pasada en autoridad de cosa juzgada, donde los mismos se encuentren involucrados, deben quedar a cargo de tribunales especiales, a fin de brindar la tutela reforzada que se exige en función del interés superior y del derecho sustancial que se ha hecho valer, todo ello, en resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso...”.

En tal sentido, la Sala Constitucional declaró conforme a derecho la desaplicación del numeral 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que realizara la Sala de Casación Social en la decisión comentada *supra*. A su vez, ratificó el régimen de competencia en esta materia, al establecer con carácter vinculante lo siguiente:

...El conocimiento de las solicitudes de exequátur donde se requiera dar fuerza ejecutoria a sentencias dictadas en asuntos no contenciosos, que tengan incidencia directa en la esfera jurídica de niños y adolescentes, será competentes los Juzgados Superiores de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del lugar de residencia de estos.

Del mismo modo, la competencia para conocer las solicitudes de exequátur donde se requiera autorizar la ejecutoria de sentencias firmes dictadas en asuntos contenciosos, que tengan incidencia directa en la esfera jurídica de niños, niñas y adolescentes, será de la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal, al cual debe atribuirse como una excepción a la norma general contenida en el numeral 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y los artículos 850 y 856 del Código de Procedimiento Civil, a los tribunales de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En virtud de la confirmación del control difuso por la Sala Constitucional, la solicitud de exequátur fue entonces conocida por la Sala de Casación Social, la cual conoció el fondo de la solicitud mediante la sentencia No. 1802 del 03 de diciembre de 2014⁶⁶, en la cual negó el pase de la sentencia mexicana por cuanto consideró que su eficacia vulneraría los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano.

⁶⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 51 del 20 de febrero de 2014 (caso: *Reyna Patricia Sausnavar*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/161436-51-20214-2014-13-0965.HTML>, consultada el 30 de enero de 2021.

⁶⁶ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1802 (caso: *Reyna Patricia Sausnavar*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/172329-1802-31214-2014-13-0005.HTML>, consultada el 30 de enero de 2021.

Con la presente explicación evidenciamos que la Sala de Casación Social completó el proceso de otorgar a los tribunales en materia de protección a los niños y adolescentes competencia para conocer solicitudes de exequátur que involucraran los intereses de estos sujetos, que había iniciado limitadamente en el ámbito de la adopción internacional la Resolución No. 2001-0776 dictada por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia el 22 de noviembre de 2011 y publicada en la Gaceta Oficial No. 37.422 del 12 de abril de 2002, el cual fue de hecho citada por las anteriores decisiones⁶⁷. Si bien lo ideal es que esta competencia sea aclarada o ratificada por vía legislativa en virtud de la reserva legal que existe en materia de Derecho Internacional Privado a la luz del numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de 1999, lo cierto es que actualmente la Sala de Casación Social y los Juzgados Superiores de Protección tienen una competencia especial en materia de exequátur cuando la sentencia extranjera involucre el interés inmediato y directo de los niños o adolescentes sobre el objeto debatido⁶⁸.

Finalmente, y a pesar de que ni la Sala de Casación Social ni la Sala Constitucional indicaron algo al respecto, más que el interés de los niños o adolescentes debe ser directo y no puede ser utilizado para alterar maliciosamente la competencia, es preciso aclarar que dicho interés debe ser actual para el momento de la solicitud de exequátur. Por ello, si la decisión foránea fue dictada afectando el interés directo de los niños o adolescentes y este está todavía vigente en el momento de la solicitud de exequátur, pues serán competentes para conocerla los órganos judiciales en materia de protección a los niños o adolescentes. En cambio, si la decisión foránea fue dictada afectando el interés directo de los niños o adolescentes y este ya no es actual para el momento en que se interpone la solicitud de exequátur porque, por ejemplo, ya el sujeto en cuestión sea mayor de edad, la solicitud deberá ser entonces conocida por los Juzgados Superiores Civiles o la Sala de Casación Civil según sea el caso.

B. Competencia para conocer solicitudes de exequátur sobre sentencias dictadas contra organismos públicos: el caso *Carla Papinutto Miglioranzì c. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores*

Luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 y a pesar de que fue reinstituída su competencia, vemos que la Sala Político-Administrativa no ha ejercido propiamente dicha competencia. Desde el 2010 solo han sido dictadas por esta Sala dos decisiones definitivas de exequátur

⁶⁷ No obstante, no queda claro si esta competencia se extiende a las decisiones referidas a la interdicción, a la luz de lo indicado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 289 del 18 de marzo de 2015 (caso: *Inés Margarita Medina*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/175530-289-18315-2015-15-0050.HTML>. Mediante esta decisión la Sala Constitucional estableció que los Juzgados de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes son competentes para conocer el procedimiento de incapacidad de las personas que, habiendo adquirido la mayoría de edad, ostentan una discapacidad, total o parcial, de carácter intelectual congénita o surgida en la niñez o en la adolescencia. A pesar de que mediante la mencionada decisión se hace la analogía de la necesidad de protección de estos sujetos en forma similar a los niños o adolescentes, consideramos que lo conservador y prudente sea entender que el reconocimiento de las decisiones foráneas de interdicción en los casos descritos por la Sala Constitucional, sigan siendo conocidos por los Juzgados Civiles o por la Sala de Casación Civil según sea el caso.

⁶⁸ De una revisión del sitio web del Tribunal Supremo de Justicia (www.tsj.gob.ve), se evidencia que, la Sala de Casación Social, luego de asumir esta competencia, ha dictado para el 31 de enero de 2020 un total de 44 sentencias definitivas de exequátur, con una estadística de 27 decisiones que conceden fuerza ejecutoria total, 4 que niegan la solicitud de exequátur y 13 decisiones que otorgan fuerza ejecutoria parcial a la sentencia extranjera objeto de la solicitud.

sobre solicitudes que iniciaron antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁶⁹. Incluso, en una decisión de 2013, la cual versó sobre una solicitud de exequátur en donde la competencia fue declinada por un Juzgado Superior del estado Zulia en favor de la Sala Político-Administrativa, esta indicó lo siguiente:

Siendo ello así, a los fines de resolver el caso de autos, se estima oportuno enfatizar que en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela del año 2004, artículo 5, numeral 42, se le atribuyó esa competencia a la Sala de Casación Civil y, que aun cuando la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2010, también le atribuye tal competencia a esta Sala Político-Administrativa –como fue establecido *supra*–, ha sido la Sala de Casación Civil la que ha venido conociendo de dichas solicitudes⁷⁰.

De lo anterior se colige entonces que, a pesar de ser legalmente competente, la Sala Político-Administrativa había estado reacia a conocer solicitudes de exequátur, luego de la supresión de dicha competencia en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004. No obstante, esto ha cambiado con el caso *Carla Papinutto Miglioranzi c. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores*, a partir del cual se ha delimitado la competencia otorgada a esta Sala por el numeral 23 del artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

Este caso inicia con una solicitud de exequátur inicialmente presentada ante la Sala de Casación Civil en fecha 28 de julio de 2016, a través de la cual la solicitante pretende que le sea otorgada eficacia a un Decreto de Intimación de fecha 30 de noviembre de 2009 y a una sentencia extranjera dictada en fecha 16 de febrero de 2011 por el Tribunal de Trabajo de Roma, Italia en un procedimiento de intimación para el cobro de las pensiones de jubilación adeudadas a ella por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela.

En virtud de la solicitud presentada, la Sala de Casación Civil mediante sentencia interlocutoria No. EXE.000693 de fecha 03 de noviembre de 2016⁷¹, delimitó los hechos y estableció que se trata de una pretensión de reconocimiento de una sentencia extranjera recaída en un procedimiento de intimación contra un organismo del Estado venezolano, vale decir, el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores.

Seguidamente, la SCC del TSJ pasó a analizar su competencia para conocer dicho asunto. Así, comienza señalando que, en el marco de estos procedimientos, la Ley

⁶⁹ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 00014 del 18 de enero de 2012 (caso: *Raquel Esther Lubowski Neuman c. Arie Garib Balila*), caso el cual inició el 15 de abril de 1997. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00014-18112-2012-1997-13514.html>, consultada el 31 de enero de 2021. Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 01749 del 18 de diciembre de 2014 (caso: *Aura Mercedes Colmenares Arreaza c. Héctor Crocker Romero*), caso el cual inició el 17 de abril de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/173440-01749-181214-2014-2002-0319.html>, consultada el 31 de enero de 2021.

⁷⁰ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 00900 del 25 de julio de 2013 (caso: *María de los Ángeles Gallardo Cabrera c. Eddie Aral Osborne*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00900-250713-2013-0610.htm>, consultada el 31 de enero de 2021.

⁷¹ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXE.000693 del 03 de noviembre de 2016 (caso: *Carla Papinutto Miglioranzi c. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/191806-EXE.000693-31116-2016-16-639.HTML> consultada el 31 de enero de 2021.

Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia confiere una doble competencia para conocer las solicitudes de reconocimiento de sentencias extranjeras. Como hemos comentado, en virtud del numeral 23 del artículo 26 y del numeral 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, tanto la Sala Político-Administrativa como la Sala de Casación Civil son competentes para conocer solicitudes de exequátur sobre decisiones extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos, en donde no se vean involucrados intereses de niños o adolescentes.

Para resolver este conflicto, en el que un mismo instrumento normativo confiere a dos entes distintos la competencia para conocer del mismo asunto, la Sala decide atender a la naturaleza intrínseca del fallo cuyo reconocimiento es requerido. Así, citando las disposiciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷² expresa que la jurisdicción contencioso administrativa constituye un fuero atrayente respecto a la jurisdicción ordinaria (civil o mercantil) en aquellas causas donde figuren como sujetos pasivos la República, estados, municipios, entes públicos o empresas en las que alguna de las personas político-territoriales referidas ejerzan un control decisivo y permanente.

La Sala afirma entonces que ha sido un criterio pacíficamente reiterado el de atribuir competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, atendiendo a la naturaleza de los sujetos que intervienen en la relación procesal.

A su vez, hace mención a los argumentos empleados por la Sala Constitucional en el caso de *Reyna Patricia Sausnavar* comentado *supra*, en lo atinente a la desaplicación por control difuso del artículo 28, numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido, observa la Sala de Casación Civil que:

...los fundamentos generados por la Sala Constitucional de esta máxima instancia judicial para establecer la competencia de la sentencia en materia de exequátur, cuando se encuentre involucrado el interés superior de niños, niñas y/o adolescentes, son igualmente aplicables al asunto que se examina, toda vez que el criterio orgánico o subjetivo empleado para otorgarle competencia a los órganos especializados en lo contencioso administrativo, en razón de los sujetos que participan en la relación procesal, tiene por norte velar por los intereses patrimoniales de la Nación, operando en tales casos la derogatoria de los tribunales civiles llamados comúnmente a decidir el pleito.

En vista del razonamiento anterior, la Sala de Casación Civil declaró su incompetencia para conocer del asunto en cuestión, por cuanto: (i) la solicitud de exequátur obra contra un órgano del Estado venezolano, como lo es el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores y; (ii) La Sala Político-Administrativa es la competente para conocer tales solicitudes conforme a lo previsto en el artículo 26, numeral 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con lo previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De este modo, declinó la competencia en la Sala Político-Administrativa y ordenó la remisión del expediente a dicha Sala, para que conozca en lo sucesivo de la solicitud de reconocimiento del fallo extranjero contra un órgano de la República. Posteriormente, la Sala Político-Administrativa, mediante sentencia interlocutoria No. 00078 del 15 de febrero de 2017, aceptó la competencia declinada por la Sala de Casación Civil, ratificando que existe un régimen especial de competencia a favor de la Sala Político Administrativa toda vez que el sujeto procesal involucrado en el proceso judicial extranjero es un órgano del Estado venezolano.

⁷² Venezuela. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, publicada en Gaceta Oficial No. 39.541 del 22 de junio de 2010.

Así, a través de las citadas decisiones de la Sala de Casación Civil y de la Sala Político-Administrativa se ha delimitado la competencia otorgada a esta última en materia de exequátur por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, entendiéndose que este último conocerá aquellas solicitudes de exequátur derivadas de procedimientos de carácter contencioso que hayan sido dictadas contra la “República, estados, municipios, entes públicos o empresas en las que alguna de las personas político-territoriales referidas ejerzan un control decisivo y permanente”. De esta forma vemos que en materia de exequátur también se manifestaría el fuero atrayente comentado por la Sala de Casación Civil.

Por último, hemos de destacar que, a pesar de que la Sala Político-Administrativa ha reasumido la competencia para conocer solicitudes de exequátur sobre sentencias extranjeras derivadas de procedimientos contenciosos en los términos explicados, de nuestra investigación hemos podido constatar que hasta la fecha de la elaboración del presente trabajo la Sala Político-Administrativa no se ha pronunciado sobre la eficacia -o no- en el territorio venezolano de la decisión emitida por el Tribunal italiano contra el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores.

III. ESQUEMA DEL RÉGIMEN ACTUAL DE COMPETENCIA PARA CONCEDER EL EXEQUÁTUR A SENTENCIAS EXTRANJERAS

Una vez explicada la base normativa de la competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras y cómo la jurisprudencia ha modificado y delimitado dicha base normativa, es imperativo establecer el esquema que a continuación presentamos.

1. Naturaleza del procedimiento extranjero

En primer lugar, el criterio al que hay que atender es a la naturaleza del procedimiento extranjero, es decir, si fue un procedimiento contencioso o un procedimiento no contencioso. Como hemos explicado, esta calificación se realiza mediante los criterios de la ley venezolana.

En el supuesto de que el procedimiento extranjero fuese de naturaleza contenciosa, la solicitud de exequátur de la sentencia que concluyó dicho procedimiento deberá ser conocida por el Tribunal Supremo de Justicia, a la luz del artículo 850 del Código de Procedimiento Civil. En cambio, si el procedimiento extranjero fue de naturaleza no contenciosa, la solicitud de exequátur de la sentencia que concluyó dicho procedimiento deberá ser conocida por el Juzgado Superior del lugar donde dicha sentencia habrá de hacerse valer, de conformidad con el artículo 856 del Código de Procedimiento Civil.

2. Fueros Atrayentes

Luego, para establecer, en uno u otro caso, qué Sala del Tribunal Supremo de Justicia o qué tipo de Juzgado Superior deberá conocer la solicitud de exequátur, habrá que preguntarse si en la sentencia extranjera están involucradas algunas de las categorías de sujetos procesales sobre los cuales la jurisprudencia ha previsto un fuero atrayente.

En tal sentido, si en la decisión foránea están involucrados los intereses directos de los niños o adolescentes, la solicitud de exequátur deberá ser interpuesta: (i) ante la Sala de Casación Social si la misma deriva de un procedimiento contencioso; o (ii) ante un Juzgado Superior de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes del

lugar de la residencia habitual de estos, dado que se entiende que este sería el lugar en donde la misma se hará valer. Esto de conformidad con lo indicado por la Sala de Casación Social y la Sala Constitucional en el caso *Reyna Patricia Sausnavar*.

Por otro lado, si la decisión extranjera fue dictada contra la República, estados, municipios, entes públicos o empresas en las que alguna de las personas político-territoriales referidas ejerzan un control decisivo y permanente, la solicitud de exequátur deberá ser interpuesta ante la Sala Político-Administrativa, dada la delimitación realizada por la Sala de Casación Civil y la referida sala en el caso *Carla Papinutttto Miglioranzi c. Ministerio del Poder Popular sobre Relaciones Exteriores*, del ámbito de aplicación del artículo 26, numeral 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

3. Competencias Residuales

En caso de que la sentencia extranjera no involucre a alguno de los sujetos antes descritos, se entiende que la solicitud de exequátur deberá ser interpuesta ante la Sala de Casación Civil o ante un Juzgado Superior en materia civil del lugar donde la decisión se haya de hacer valer, dado que se entiende que estos órganos judiciales detentan una competencia residual que abarca todo aquello que no entre dentro del ámbito de aquellos tribunales que tienen un fuero atrayente en materia de exequátur. Esta competencia residual abarcaría incluso las solicitudes de exequátur sobre sentencias extranjeras dictadas en materia marítima⁷³, aeronáutica⁷⁴ o laboral⁷⁵, en virtud de que la ley actualmente no prevé un órgano judicial especial que conozca de tales solicitudes y dicho régimen no ha sido modificado por vía jurisprudencial.

A modo de cierre, consideramos vital entender correctamente el régimen de competencia en materia de exequátur, por cuanto: (i) la competencia es un requisito de validez de la sentencia definitiva en materia de exequátur⁷⁶; (ii) ello permite que las

⁷³ Esto en virtud de que la normativa marítima les otorga competencia especial a los tribunales marítimos para la ejecución de sentencias extranjeras, previo el exequátur correspondiente, entendiéndose que dicha competencia se limita a la ejecución material de la decisión, sin abarcar la concesión del pase en exequátur. *Vid*, Venezuela. *Ley Orgánica de Espacios Acuáticos*, publicada en Gaceta Oficial No. 6.153 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014, artículo 128, numeral 5.

⁷⁴ Esto en virtud de que normativa aeronáutica, similarmente a la marítima, les otorga competencia especial a los tribunales marítimos para la ejecución de sentencias extranjeras, previo al exequátur correspondiente, lo que debe interpretarse de la misma manera indicada en la nota anterior. *Vid*, Venezuela. *Ley Orgánica de Aeronáutica Civil*, publicada en Gaceta Oficial No. 39.140 del 17 de marzo de 2009, artículo 157, numeral 5.

⁷⁵ Lo cual ha sido ya indicado por la Sala de Casación Civil. *Vid*, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. EXE.000487 del 06 de agosto de 2013 (caso: *Orlando Jesús Mendoza Ruíz c. Atuneros del Golfo de Venezuela, S.A. (AGOVENSA)*), en la cual se decisión una solicitud de exequátur sobre una sentencia panameña dictada en un procedimiento por daños y perjuicios materiales y morales derivados de un accidente de trabajo. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/EXE.000487-6813-2013-12-178.HTML>, consultada el 31 de enero de 2021.

⁷⁶ “Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz”. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 622 del 02 de mayo de 2011 (caso: *Bruno Zulli Kravos*). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/622-020501-00-0543.HTM>, consultada el 31 de enero de 2021. Decisión esta que incluso fue citada por la decisión de la Sala Constitucional del caso *Reyna Patricia Sausnavar*.

partes interpongan sus solicitudes de exequátur ante el órgano judicial correcto; y (iii) ello igualmente habilita a los tribunales para que cumplan con su tarea sin invadir impropriamente la competencia de otros juzgados. Por ello es importante igualmente reiterar que los tribunales venezolanos en sede de exequátur, antes de proceder a conocer el fondo de la solicitud, deben establecer su competencia, sin importar si ella fue discutida o no por las partes, tomando en consideración los aspectos que abordamos en este trabajo, los cuales esperamos sean de utilidad.

VII. DERECHO PENAL GENERAL E INTERNACIONAL

DERECHO PENAL COMO GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO LA ÓPTICA DE LA FILOSOFÍA LIBERAL ¿CONVIVENCIA PACÍFICA O ENFRENTAMIENTO IRRECONCILIABLE?

Tamara Bechar Alter*

SUMARIO

I. Introducción. II. Derecho penal y derecho procesal penal. 1. El principio *nulla poena sine culpa*. 2. El principio de legalidad. 3. La presunción de inocencia. III. Penalización y despenalización de las conductas. IV. La función del legislador y la función del juez. V. Justificación de la pena y su naturaleza. VI. Conclusiones.

*Hay leyes que no son Derecho y un derecho
que está por encima de las leyes.*

Radbruch

I. INTRODUCCIÓN

Las ideas liberales, independientemente del abanico que se presenta en cuanto a la rigidez o flexibilidad de las distintas posturas que las sostienen, parten de un criterio fundamental como lo es la importancia del individuo, de su individualidad y por sobre todas las cosas de su libertad, en la acepción más amplia de la palabra, reconociendo desde sus inicios como únicos derechos la vida, la libertad y la propiedad, sin que podamos olvidar que la Declaración de los derechos del hombre y de los ciudadanos de 1789, establece en su artículo 2 “que el fin de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión”. De allí que uno de sus principales cuestionamientos se dirija a la necesidad o no de la existencia del Estado como ente regulador o controlador de las relaciones humanas, así como el alcance del poder que el mismo debe tener frente al individuo, si se acepta su existencia. Si

* Abogada especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Doctorando en Derecho UCAB. Profesora de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal en pregrado y postgrado UCAB. Jefe de Cátedra de Derecho Procesal Penal II UCAB. Miembro del Consejo Asesor del CDH-UNIMET y de la red de asistencia jurídica del Centro de DDHH UCAB.

bien podríamos afirmar que desde el punto de vista ideal, la filosofía liberal llega a la conclusión de que el Estado no debería existir, lo cierto es que esta postura, propia de la visión libertaria o anarcocapitalista¹ constituye una visión minoritaria, toda vez que la posición liberal clásica, se refiere al Estado como un mal necesario, lo que implica que aceptan su existencia pero de manera limitada o reducida, por lo que su actuación debería referirse o circunscribirse solo a aspectos puntuales y determinados como lo son la seguridad y la justicia, conforme lo establece la denominada Escuela Austríaca de Economía, que si bien se enfoca en esta área, también hace importantes aportes al derecho.

Ahora bien, más allá de la coincidencia o no con todos los planteamientos aquí expuestos, lo cierto es que basándonos en ellos, consideramos que la existencia del derecho penal, lo cual es generalmente rechazado por las ideas liberales, junto a la colaboración del derecho procesal penal, lejos de significar un elemento perturbador para la materialización de las mismas, constituye un instrumento valiosísimo para su implementación, toda vez que su existencia y correcto uso será determinante para alcanzar el equilibrio entre los derechos de los ciudadanos entre sí y el poder del Estado frente a ellos. En este mismo sentido se pronuncia Mir Puig², cuando nos indica que el derecho penal es en realidad una herramienta que sirve protección a los derechos humanos que se traduce en el freno al poder punitivo del Estado. Reconocemos, sin embargo, que ello implica la revisión y el replanteamiento de algunas de las instituciones y posturas paradigmáticas del derecho penal que se encuentran en muchos casos referidas más al abuso o mal uso que se hace de las mismas, que a la esencia y razón de estas, por lo que su rescate y revisión serán fundamentales para la demostración de nuestra aseveración anterior.

De esta forma, abordaremos algunos aspectos importantes como lo son la necesidad de la criminalización de algunas conductas, la necesidad de la despenalización de otras, el porqué de las penas y su justificación, las figuras del legislador y del juez, así como los principios fundamentales de legalidad, presunción de inocencia y que no debe haber pena sin culpa, junto a la importancia y consideración de las figuras del imputado y de la víctima, dentro del marco del derecho penal que debe existir en el Estado garantista a los derechos de los ciudadanos ya indicados.

II. DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

No queda duda que el poder del Estado cobra una enorme fuerza frente al individuo a través del derecho penal, que ejerce a través del mismo un poder de coacción no comparable con ninguna otra disciplina. En efecto, es el poder de perseguir y de castigar que posee el Estado, es decir su poder punitivo, lo que nos obliga a colocarlo en el banquillo de los acusados a los fines de examinar si éste representa en sí mismo la negativa a las ideas liberales, ya que afecta fundamentalmente la libertad de las personas e incluso la vida, o si por el contrario, gracias a su existencia, esos derechos se encuentran protegidos y constituye, por tanto, un instrumento valiosísimo de colaboración para el pleno desarrollo de los individuos dentro de la sociedad. Sin embargo, no sería adecuado abordar este asunto sin tomar en consideración al derecho procesal penal, toda vez que el derecho sustantivo no resulta en modo alguno útil sin la posibilidad de su materialización, lo cual se encuentra regulado en el derecho adje-

¹ Mantiene, entre otros, esta postura Murray Rothbard quien en su obra *La ética de la libertad*, plantea un rechazo absoluto a la idea del Estado.

² Santiago Mir Puig, *Derechos humanos y límites al derecho penal*, Barcelona.

tivo, que será el encargado de lograr la eficacia concreta de la norma penal, por lo que ambos, derecho penal y derecho procesal penal constituyen una dupla inseparable en el análisis que vamos desarrollar a continuación.

Lo primero que debemos plantearnos entonces, es si resulta necesaria la determinación apriorística de darle a ciertas y determinadas conductas, el carácter de delictuales y si la respuesta es positiva a cuáles dárseles, obedeciendo a cuáles principios, cuál sería la pena a imponer ante la comisión de aquellas, el porqué de las mismas, quién debe imponerlas y cómo determinar la responsabilidad de los individuos que se vean incurso en la supuesta comisión de algún delito.

Creemos que algunas respuestas serán más fáciles que otras. En efecto, si partimos de la idea de que el ser humano tiene el derecho al libre goce, disfrute y desarrollo pleno de su personalidad sin más limitaciones que el mismo derecho que tiene de igual forma cualquier otra persona, no queda duda que el límite de mi derecho llega hasta donde comienza el del otro. Mientras esos límites se respeten, no surgirán problemas, pero sabemos que no siempre es así, por lo que surge la necesidad de dictar algunas normas que ayuden no solo a establecer las reglas del juego social sino las consecuencias frente a su infracción, ya que de lo contrario podría presentarse la imposición de uno sobre otro, no por su derecho sino por la fuerza física e incluso la venganza privada. El problema surgirá, sin embargo, cuando se pervierta la ley y no se conciba que la misma debe obedecer, no a la implementación de la justicia, sino a evitar lo injusto. De esta forma, debemos entender que el problema no es la ley sino su perversión, lo que constituye un reto en sí mismo, pero no la negativa a la existencia de ésta. Así, las leyes deben establecer límites a la conducta de los individuos únicamente en cuanto a lo que no pueden hacer y no en cuanto a lo que pueden realizar, idea ésta que podemos encontrar desde tiempos ancestrales, cuando observamos, por ejemplo, el contenido de los Diez Mandamientos o Decálogo, de los cuales ocho de ellos se encuentran redactados de manera prohibitiva al indicarnos lo que no debemos hacer³.

En su ensayo *La Ley*, Frédéric Bastiat desarrolla magistralmente esta idea al indicar que

la ley es la organización colectiva del derecho individual de la legítima defensa...Porque, ¿qué son nuestras facultades, sino una prolongación de nuestra personalidad, y qué es la propiedad sino una prolongación de nuestras facultades? Si cada hombre tiene el derecho de defender, aun por la fuerza, su persona, su libertad y su propiedad, varios hombres tienen el Derecho de concertarse, de entenderse, de organizar una fuerza común para encargarse regularmente de aquella defensa. El derecho colectivo, tiene pues, su principio, su razón de ser, su legitimidad, en el derecho Individual; y la fuerza común, racionalmente, no puede tener otra finalidad, otra misión, que la que corresponde a las fuerzas aisladas a las cuales substituye⁴.

³ Los Diez Mandamientos son: 1) No adorarás a ningún otro dios; 2) No realizaras imágenes; 3) No pronunciarás el nombre de D-os en vano; 4) Te acordarás del día de reposo y lo santificarás; 5) Honrarás a tu padre y a tu madre; 6) No matarás; 7) No comerás adulterio; 8) No robarás; 9) No presentarás falso testimonio contra tu prójimo; 10) No codiciarás la casa de tu prójimo, ni a su mujer, ni a su siervo, ni a su esclava, ni su buey ni su asno, ni nada que le pertenezca a tu prójimo. (Éxodo 20:1-18)

⁴ Frederic Bastiat, *La ley*. "Por desgracia, es mucho lo que falta para que la ley esté encuadrada dentro de su papel. Ni siquiera cuando se ha apartado de su misión, lo ha hecho solamente con fines inocuos y defendibles. Ha hecho algo aun peor: ha procedido en forma contraria a su propia finalidad; ha destruido su propia meta; se ha aplicado a aniquilar aquella justicia que debía hacer reinar, a anular, entre los derechos, aquellos límites que era su misión hacer respetar; ha puesto la fuerza colectiva al servicio de quienes quieren explotar, sin riesgo y sin escrúpulos, la persona, la libertad o la propiedad ajenas; ha

Resulta importante destacar también, la afirmación hecha por Hayek, quien al analizar la libertad y definirla como “ausencia de coacción” señala que ésta debe ser entendida como “la presión autoritaria que una persona ejerce en el medio ambiente o circunstancia de otra...es precisamente un mal...La sociedad libre se ha enfrentado con este problema confiando al Estado el monopolio de la coacción intentando limitar el poder estatal a los casos que sea necesario ejercerlo e impidiendo que dicha coacción se ejercite por personas privadas. Esto es posible únicamente porque el Estado protege las esferas privadas”⁵.

En este mismo sentido, conviene destacar la postura de Ayn Rand quien en su obra *La virtud del egoísmo* nos indica:

La precondition de toda sociedad civilizada es la prohibición del uso de la fuerza física en las relaciones sociales... Si una sociedad no proporcionara a sus integrantes una protección organizada contra la fuerza, obligaría a todo ciudadano a estar permanentemente armado, a convertir su hogar en una fortaleza, a disparar contra cualquier desconocido que se acercase a su puerta o a unirse a una pandilla de protección de ciudadanos que lucharía contra otras pandillas similares, lo cual tendría como consecuencia la degeneración de esa sociedad en un caos de leyes del hampa, es decir, la vigencia de la fuerza bruta, una guerra perpetua semejante a la de las tribus salvajes prehistóricas... El uso de la fuerza física, y aún su uso como represalia, no puede quedar al arbitrio de los ciudadanos individuales... Si una sociedad dejase el uso de la fuerza como castigo en manos de los ciudadanos individuales, degeneraría en un gobierno de bandoleros, con ejecuciones sin juicio previo y una interminable serie de sangrientas contiendas privadas o vendettas. Para excluir la violencia de las relaciones sociales se necesita una institución que se encargue de la tarea de proteger los derechos de los hombres de acuerdo con un código de reglas objetivo. Esta es la misión de un gobierno (de un gobierno justo), su misión básica; es su única justificación moral y la razón por la cual los hombres necesitan un gobierno... Para que una sociedad sea libre, es preciso que su gobierno esté controlado... Ese es el modo de subordinar la “fuerza” al “derecho”. Este es el concepto norteamericano de un “gobierno de leyes y no de hombres” ... Dado que la protección de los derechos del individuo es el único propósito correcto de un gobierno, es también el único tema adecuado de la legislación: todas las leyes deben basarse en los derechos del individuo y estar dirigidas a su protección... El origen de la autoridad de un gobierno es el “consentimiento de los gobernados”. Esto significa que el gobierno no es el soberano sino el servidor o agente de los ciudadanos que como tal no posee derechos, excepto aquellos que le fueron delegados por los ciudadanos, para un propósito específico... Las funciones propias de un gobierno se dividen en tres grandes categorías, todas ellas relacionadas con el uso de la fuerza física y la protección de los derechos del individuo: la policía para defender a los hombres de los criminales, las fuerzas armadas para protegerlos

convertido la expoliación, para protegerla, en derecho y la legítima defensa en crimen, para castigarla. ¿Cómo se ha llevado a cabo semejante perversión de la ley? ¿Cuáles son sus consecuencias? ... Cuando la ley y la fuerza mantienen a un hombre dentro de la justicia, no le imponen otra cosa que una pura negación. No le imponen más que la abstención de dañar a otros. No atentan ni contra su personalidad, ni contra su libertad, ni contra su propiedad. Tan solo salvaguardan la personalidad, la libertad y la propiedad de los demás... La ley y la fuerza se mantienen a la defensiva: defienden el igual derecho de todos. Llenan una misión cuya inocuidad es evidente, de utilidad palpable y cuya legitimidad no se discute... Tan cierto es eso, que uno de mis amigos me hacía notar que decir que la finalidad de la ley es hacer reinar la justicia, es valerse de una expresión que no es rigurosamente exacta. Debe decirse: “La finalidad de la ley está en impedir el reinado de la injusticia”. En efecto, no es la justicia quien tiene existencia propia, sino la injusticia. La una es resultado de la ausencia de la otra”. Disponible en: <http://www.hacer.org/pdf/LaLey.pdf>_Consultado en fecha 1 de septiembre de 2020.

⁵ Friedrich Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, Trad. José Vicente Torrente, 9ª ed., Unión Editorial. Disponible en: https://www.academia.edu/38030131/Los_Fundamentos_de_la_Libertad_Friedrich_A_Hayek pp. 53-54. Consultado en fecha 1 de septiembre de 2020.

de invasores foráneos, los tribunales de justicia para solucionar las disputas entre ellos de acuerdo con leyes objetivas. Existe un solo principio básico al que un individuo debe dar su consentimiento si desea vivir en una sociedad libre, civilizada: el principio de renunciar al uso de la fuerza física y delegar en el gobierno el derecho a su propia defensa física⁶.

De lo anterior se desprende que parece haber consenso en cuanto a la necesidad de la existencia de la ley penal y por tanto del derecho penal, pero que ella debe estar enfocada única y exclusivamente en la protección de los derechos de los individuos, por una parte, y para frenar el poder del Estado frente a éstos por la otra. A los fines de lograr esta protección, se hace imperativo destacar tres grandes principios que arrojan al derecho penal moderno y garantista, que constituyen la columna vertebral del mismo, como lo son el principio *nulla poena sine culpa*, el principio de legalidad y la presunción de inocencia.

1. El principio *nulla poena sine culpa*

La idea de que no hay pena sin intención, es la máxima necesaria como punto de partida para la exigencia de la responsabilidad penal individual, con las excepciones de la responsabilidad por culpa (acciones u omisiones imprudentes, negligentes o inobservancia de leyes o reglamentos) que expresamente se señalen en el ordenamiento jurídico. De esta forma, bajo este principio se prohíbe el establecimiento de la responsabilidad objetiva, y se determina que la responsabilidad penal debe derivar de una conducta querida y materializada por la persona que la realiza, donde el concepto de libre albedrío y por tanto de libertad, adquiere vital importancia. Así, la imposición de una pena requiere previamente de un juicio de reprochabilidad y éste a su vez de la culpabilidad, procurándose de esta forma un filtro fundamental para la posibilidad de sancionar al individuo. De esta forma, la idea de que solo se podrá sancionar a un hombre libre y responsable constituye un pilar fundamental o piedra angular de un Estado garantista que tiene su fundamento en el derecho penal.

2. El principio de legalidad

Si bien el principio de legalidad, no responde a la pregunta de cuáles deben ser las conductas tipificadas como delitos o qué es lo que debe considerarse para que la misma ingrese o no en la categoría de hecho punible, punto al que nos referiremos más adelante, sí es la base necesaria para ofrecer, al menos, seguridad jurídica a los ciudadanos y evitar así la persecución caprichosa por parte del Estado al individuo, por lo que constituye un mecanismo que el derecho penal se ha impuesto a sí mismo para auto limitarse, evitar excesos y mantenerse dentro del espíritu de las ideas liberales de protección al individuo. Esto además se refleja de manera especial, dentro de la concepción actual de dicho principio de legalidad, donde, tal como lo indica Ferrajoli, ya no se trata de una mera legalidad sino de una estricta legalidad “condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados”⁷.

El tan conocido principio de legalidad “*nulla crimen nulla poena sine previa lege*”, es hoy recogido tanto en numerosos ordenamientos internos como en tratados y convenios internacionales y como su nombre lo indica, establece de manera apriorística

⁶ Ayn Rand, *La virtud del egoísmo*, Trad. Luis Koifman, Dirección Editorial Ecuación, 1961. Disponible en: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbxw2xpdGljb3NlbnV1cm9wYXxneDoyN2VhZjE3MzliOTg5MDA2> Consultado en fecha 2 de septiembre de 2020.

⁷ Luigi Ferrajoli, “Primera Vista”, en: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trota, Madrid, 2001, p. 55.

cuáles son las conductas que serán consideradas como delictivas, y de qué manera será sancionado el individuo que incurra en la comisión de las mismas, lo que a todas luces limita la actuación del Estado y protege al individuo de su abuso o del arbitrio, ya que del mismo se desprenden cuatro prohibiciones fundamentales: de analogía, del derecho consuetudinario, de retroactividad legal (cuya única excepción es cuando obre a favor del reo) y de leyes y penas indeterminadas.

En este mismo sentido, conviene citar nuevamente a Ayn Rand quien señala que:

El uso de la fuerza como represalia requiere reglas de evidencia objetivas para establecer que se ha cometido un crimen y para probar quién lo cometió, así como también reglas objetivas para definir los procedimientos de los castigos y su aplicación. Los hombres que intentan castigar los crímenes sin ajustarse a tales reglas conforman una cuadrilla de linchamiento... Todas las leyes deben ser objetivas (y objetivamente justificables): los hombres tienen que saber claramente, antes de realizar una acción, qué es lo que la ley les prohíbe hacer (y por qué), qué constituye un crimen, y de qué penalidad se hacen pasibles si lo cometen⁸.

De esta forma, no queda duda que el principio de legalidad, reconoce la libertad y la racionalidad del individuo, toda vez que le permite conocer, con anticipación, cuáles son las conductas en las que no debe incurrir so pena de ser sancionado. Es decir, el establecimiento de las conductas penadas o delictivas, le brinda al individuo la posibilidad de decidir cuál camino tomar. De esta manera, el autor de un hecho punible, previamente a la comisión del delito, ha decidido voluntaria y libremente cometer el hecho y asumir las consecuencias que del mismo se desprenden. Caso contrario, la falta de voluntariedad, daría lugar a la inimputabilidad o eventualmente a alguna casual de justificación según sea el caso.

3. La presunción de inocencia

El otro principio que protege al ciudadano es la presunción de inocencia, que se ve materializado en el proceso con la máxima *in dubio pro reo*, es decir, *en caso de duda debe favorecerse al reo*. Ahora bien, antes de referirnos específicamente a este principio, debemos aclarar, que en nuestro concepto, el proceso penal existe fundamentalmente para proteger al ciudadano frente a los abusos del Estado. Es decir, el proceso tiene su razón de ser, si bien no de forma exclusiva, ya que la víctima también es fundamental, sí primordialmente para proteger al imputado de las arbitrariedades del Estado, por lo que hoy en día se entiende, que si bien no es posible una sentencia sin proceso, tampoco es suficiente un proceso cualquiera sino un debido proceso, que brinde al imputado todas las garantías necesarias y donde éste no sea objeto del proceso sino sujeto procesal.

Sobre este particular, no podemos dejar de destacar que a partir de los años noventa, surge el reclamo de la justa reivindicación de la figura de la víctima dentro del proceso penal, ante lo cual, una parte de la doctrina ha venido desarrollando la idea de que es ésta (la víctima) la verdadera protagonista del proceso penal⁹. En este sentido, discrepamos absolutamente de dicha perspectiva, ya que si bien resulta indiscutible que la víctima debe siempre ser tomada en consideración y ser acreedora del mayor de los respetos dentro del proceso, a los fines de evitar lo que se conoce como la re-

⁸ Ayn Rand, ob. cit., pp. 158-160.

⁹ Sobre esta postura conviene revisar la postura de Ricardo Manuel Rojas "El Poder Represivo del Estado. ¿Se justifica la existencia del derecho penal?", en: *THEMIS Revista De Derecho*, (35), 1997, pp. 109-125.

victimización y que resulta indiscutible el derecho que la asiste a ser reparada ante el sufrimiento de una lesión a su derecho, y que de toda acción penal que produzca un daño, nace también una acción civil, lo cierto es que el derecho penal, en su dimensión fundamentalmente punitiva, debe ofrecer garantías para que el enjuiciado en su insignificancia frente al poder del Estado pueda recibir la protección necesaria que derive en un juicio debido, donde se le brinden las máximas garantías de ejercer su derecho a la defensa.

De esta forma, encontramos que el alcance de la presunción de inocencia, o que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario, lo que equivale a que solo se es culpable cuando exista una sentencia de condena, es un principio que controla el derecho punitivo del Estado frente al individuo y se traduce en que nadie puede ser condenado por un delito mientras no se establezca plenamente su culpabilidad, lo cual trae como consecuencia la vigencia plena de la máxima “*in dubio pro reo*”, es decir, que en caso de duda debe beneficiarse al reo o lo que en el sistema del *common law* se le conoce como la vigencia de la “duda razonable”.

En efecto, la aplicación de una pena, solo puede estar fundada en la certeza real de la responsabilidad del acusado, siendo que cualquier otra circunstancia debe conllevar a la absolución. El origen y desarrollo histórico de este principio, constituye un ejemplo de lo que venimos afirmando, toda vez que refleja con su presencia, el carácter acusatorio del proceso penal que se desarrolla en los Estados garantistas, o con su ausencia, el carácter inquisitivo propio del proceso de los regímenes totalitarios. Si bien se remonta al derecho romano, siendo postulado por Trajano, su primera consagración normativa ocurre en el año de 1215 con la Carta Magna de Juan Sin Tierra. Con la Inquisición cayó en el olvido y se implementó la idea contraria, tal como lo demuestra precisamente la finalidad bajo la concepción inquisitiva del proceso, mediante la cual el proceso penal no era la obtención de la verdad y la reparación de la situación jurídica infringida sino la confesión del acusado. Sin embargo, a raíz de las ideas humanitarias y progresistas del siglo XVIII, fundamentalmente de Beccaria y Voltaire, llegamos nuevamente a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en su artículo 9 señala expresamente este principio indicando: “Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable”.

Así, y tal como lo indica Ferrajoli¹⁰, “mientras la hipótesis acusatoria prevalece solo si está confirmada, las contra hipótesis prevalecen con solo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria... este principio fundamental de la civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”, o dicho de otro modo, más vale un culpable libre que un inocente preso.

III. PENALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS

Si se ha afirmado que desde la perspectiva del pensamiento liberal, el Estado es un mal necesario y por lo tanto debe ser un Estado mínimo, reducido, ya que con su existencia limita la libertad del individuo, con el derecho penal ocurre lo mismo, por lo que debemos hablar de un derecho penal mínimo. Visto lo anterior debemos ahora enfocarnos en determinar cuáles conductas deben ser penalizadas y cuáles si lo están,

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel y otros, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011, p. 151.

deben dejar de serlo en aras a cumplir con los postulados liberales, es decir, porqué sancionar unas conductas y no otras y de qué manera hacerlo en caso de necesidad.

Para resolver estas preguntas debemos partir de tres premisas fundamentales: la primera, que el derecho a sancionar una conducta como delictiva no constituye un fin en sí mismo, sino que debe obedecer a la necesidad de hacerlo para brindar protección a los individuos que se resultan perjudicados ante la comisión de la misma; la segunda, que la tipificación y sanción penal debe constituir la última ratio y; la tercera, la necesaria separación entre moral y derecho, que se traduce no solo en la tipificación de las conductas sino en que el imputado deberá responder por lo que ha hecho y no por lo que es o lo que piensa. Así, la exteriorización material de la acción dañina es requisito fundamental para su sanción.¹¹

De igual forma, se hace imperativo recurrir al concepto de bien jurídico, el cual constituye la piedra angular para dar respuesta a nuestras preguntas. En este sentido siguiendo a Roxin¹² se puede definir el bien jurídico como

circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a “circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “intereses” de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados solo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico... se pueden derivar una serie de tesis concretas. 1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos... 2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos... 3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos.

Ahora bien, si partimos de la premisa de que conforme a la filosofía liberal los únicos derechos son la vida, la libertad y la propiedad, los bienes jurídicos que merecerán protección penal serán fundamentalmente los indicados, lo que sin embargo, no excluye la protección de bienes y servicios cuando sea estrictamente necesario hacerlo por esta vía. Es decir, cualquier conducta que atente contra los derechos de vida, libertad o propiedad de los individuos, podrá ser objeto de tipificación y sanción penal. Nótese sin embargo que utilizamos la palabra podrá y no deberá, toda vez que no por el hecho de que una conducta afecte a los bienes jurídicos indicados, necesariamente debe ser considerada como delictiva, toda vez que solo deberá serlo en la medida en que su gravedad sea tal, que afecte o atente contra los derechos individuales de las personas pero pueda trascenderlos, toda vez que en virtud a su condición del última ratio y de mínimo necesario, se debe considerar otro tipo de medidas protectoras de carácter extra penal. De esta forma, el principio de subsidiariedad del derecho penal cobra vital importancia en la concepción que éste posee dentro de los lineamientos del pensamiento liberal, en el entendido de que el mismo no puede ni debe intervenir

¹¹ En este sentido conviene señalar las posiciones doctrinarias que distinguen entre el derecho penal máximo de carácter utilitario y el derecho penal mínimo de corte preventivo. Sin embargo, aun cuando abogamos por un derecho penal mínimo consideramos que la prevención no constituye la justificación del mismo sino la protección de los derechos de los ciudadanos. En todo caso, recomendamos la obra de Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón*, donde desarrolla de manera extensa y pormenorizada las distintas posturas doctrinarias referidas a la necesidad de la existencia del derecho penal y el alcance del mismo, destacando igualmente la prohibición de las que denomina leyes penales constitutivas.

¹² Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 55-56.

“si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas”¹³, de allí que una cosa sea la responsabilidad penal y otra la civil que pueda desprenderse de los actos que realicen las personas, destacándose así la importancia del derecho civil y mercantil.

En nuestro criterio entonces, se encuentra plenamente justificada la vigencia del derecho penal dentro de la filosofía liberal, toda vez que será éste el que contribuirá a lograr el respeto de los mutuos derechos de las personas mediante la imposición de penas a quienes rompan con el equilibrio mínimo indispensable para el desarrollo de los mismos. En este sentido, y en virtud a los planteamientos ya expuestos, consideramos que no vale la pena analizar todos y cada uno de los delitos que existen en los diversos ordenamientos jurídicos sino en base a ellos analizar cada tipo penal y determinar si se adecúan o no a lo expuesto. Si lo hacen, se justifica su inclusión como delito, y en caso contrario, o no se debe penar la conducta o si ya existe debe ser descriminalizada. Sin embargo, y a título de ejemplo podemos hacer mención a algunos de ellos. Pensamos que existirá consenso en que, el homicidio o la violación e incluso ante aquellos delitos pluriofensivos o complejos que atentan tanto contra la vida (dentro de la cual se abarca la integridad personal), la libertad y la propiedad, como lo son el robo o el secuestro, deben ser considerados hechos punibles; pero no pasa lo mismo con otros delitos como los denominados delitos económicos, cuya consagración lejos de proteger un bien jurídico atenta contra éste. A título de ejemplo podemos destacar lo indicado por Rodríguez Berrizbeitia cuando afirma que

deberíamos tener presente siempre las palabras de Liszt: “El Código Penal no es un instrumento de configuración social, sino solamente un medio para la elaboración y ordenación de la coexistencia de las libertades”. Cuando analizamos los esfuerzos realizados por elaborar un tipo penal de la usura nos encontramos con un esfuerzo no solo estéril sino peligroso que al final puede tratar de concebir a toda conducta antijurídica como conducta con trascendencia penal¹⁴.

Ahondando aun más en el tema, no podemos dejar de mencionar que dentro del derecho penal, se distingue entre los delitos de acción pública y los delitos de acción privada, siendo considerados de acción pública, aquellos que trascienden la esfera de la víctima, “por su carácter indisponible y fundamental”¹⁵ y por tanto afectan a la colectividad en general, aun cuando se entienda que ésta está conformada por individuos. Serán de acción privada en cambio, aquellos que su materialización afecta de manera exclusiva a la víctima del delito y por tanto son disponibles¹⁶. En este sentido consideramos que, para ser consecuentes con las ideas liberales que aboga por el derecho penal mínimo, muchas de las conductas típicas, antijurídicas y culpables que sean de acción privada, deberían dejar de ser consideradas delitos y proceder a

¹³ Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 61.

¹⁴ Julio Rodríguez Berrizbeitia, “Algunas Consideraciones sobre la Usura”, en: Magaly Vásquez y Nelson Chacón (coord.), *Ciencias Penales: Temas actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada S.J.*, UCAB, Caracas, 2008, pp. 132-133.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 573.

¹⁶ En este sentido conviene citar a Ferrajoli en su obra ya mencionada, quien indica: “¿Qué bienes hay que valorar como disponibles y cuáles como indisponibles? Parece pacífico que la teoría más ejemplar de bienes disponibles tendría que ser la de los bienes patrimoniales privados; de modo que deberían resultar perseguibles a instancia de parte todos los delitos contra la propiedad privada: no solo la apropiación indebida, la insolvencia fraudulenta o los daños, sino también el hurto, la estafa, la receptación y otros similares”. *Idem*.

su despenalización, así como también los delitos de acción pública sobre bienes de carácter disponible, buscando respuesta en el derecho civil a la acción ilícita que se presente, en el entendido de que no toda acción ilícita es o debería ser delito.

Ahora bien, reconocemos que la solución anterior puede resultar un tanto agresiva para los defensores del derecho penal (aun cuando no para los liberales), por lo que podría resultar también conveniente y al mismo tiempo consecuente con la filosofía liberal, que algunos delitos de acción privada se mantuvieran y que conjuntamente con los delitos de acción pública que versen sobre bienes disponibles, se ofrezca la posibilidad de alternativas distintas a la materialización de un proceso, siempre y cuando se logre un acuerdo entre víctima e imputado que logre satisfacer las expectativas del primero, como lo serían los denominados acuerdos reparatorios, los cuales una vez comprobado su cumplimiento evitan el juicio penal, satisfacen a la víctima y al no haber sentencia de condena evitan el establecimiento de antecedentes criminales al imputado¹⁷.

Sin embargo, surge el problema en cuanto a la voluntad de la víctima tanto frente a los delitos de acción pública, como a los delitos de acción privada (si se mantiene la existencia de éstos). En su origen, el derecho penal deriva del derecho civil, de la misma manera en que el proceso penal surge del proceso civil. Así, inicialmente, la acción penal siempre era intentada por un particular no existiendo representación del Estado, lo cual sin embargo no significaba que los delitos no fueran de acción pública o de acción privada. En el primer caso se actuaba por acusación popular mientras que en el segundo, la acusación privada, solo podía ser intentada por la víctima. A medida que el Estado se fue haciendo más poderoso y a medida en que el proceso pasó de ser de naturaleza acusatorio, como lo fue inicialmente, a uno inquisitivo, el Estado se apodera de la acción y del proceso en general, haciendo a un lado no solo al imputado sino también a la víctima, quien queda prácticamente rezagada hasta mediados de la década de los años 50 del siglo XX. Sin embargo, encontramos que gracias a las ideas del Iluminismo que se enfrenta al estado absolutista, el proceso penal deja de ser el mecanismo de represión por excelencia y se transforma, en los estados garantistas, en el aval que tiene el individuo frente al poder del Estado¹⁸. En este sentido conviene

¹⁷ De igual forma, resulta importante destacar la existencia en diversos ordenamientos jurídicos, de opciones distintas a un juicio penal, ante la comisión de ciertos y determinados delitos. A título de ejemplo nuestro Código Orgánico Procesal Penal contempla, junto a los acuerdos reparatorios, otras dos alternativas a la prosecución del proceso como lo son la suspensión condicional del proceso y el principio de oportunidad. En el primero se podrá evitar el proceso siempre y cuando el imputado de cumplimiento a las condiciones impuestas por el juez, y en el segundo la posibilidad de no intentar la acción penal por parte del Ministerio Público previa autorización judicial.

¹⁸ Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la conocida Declaración Miranda de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso "*Miranda vs. Arizona*" (1966) mediante la cual estableció el derecho que tiene el detenido de guardar silencio, conforme a la V Enmienda de la Constitución. En efecto, sostuvo la Corte: "Podemos considerar el desarrollo histórico de este derecho como un tanteo para determinar el verdadero alcance del poder gubernamental sobre los ciudadanos. Como los nobles principios muchas veces trascienden sus orígenes, el privilegio verdaderamente ha llegado a ser reconocido en parte como un derecho sustantivo del individuo. Este derecho es una característica de la democracia. Hemos notado recientemente que el derecho contra la autoincriminación, el elemento esencial de nuestro sistema jurídico está fundado sobre un complejo de valores. Todas estas políticas apuntan a un pensamiento primordial: el fundamento constitucional que subyace bajo este privilegio es el respeto que un gobierno, ya sea estatal o federal, debe acordar a la dignidad y a la integridad de sus ciudadanos. Para mantener un adecuado balance entre el Estado y los individuos, para requerir que el gobierno soporte todo el peso... para respetar la inviolabilidad de la personalidad humana, nuestro sistema acusatorio de la justicia criminal requiere que el gobierno que intenta castigar a un

concluir este punto con la afirmación hecha por Hayek quien indica que “al liberalismo se opone el totalitarismo”¹⁹, y que es precisamente el proceso penal de características acusatorio el que se enfrenta al totalitarismo, al reconocer que los individuos tienen derechos que van más allá del poder o la gracia que el Estado les confiere.

No queda duda que la víctima, como la otra cara de la moneda, también debe ser tomada en consideración, y que la misma debe tener un rol fundamental dentro del proceso, sin olvidar sin embargo, que el protagonista es el imputado. Por ello, el derecho penal y procesal penal deben procurar la reparación de aquella. En vista de lo anterior otra idea a considerar, a los fines de mantener los principios liberales dentro del derecho penal y del derecho procesal penal, es que para el supuesto de que la representación del Estado no intente la acción, la misma pueda ser ejercida directamente por la víctima. De más está decir, que la opción de la acción conjunta se debe mantener, pero siempre el Estado debe tener la primera opción y de forma independiente a la voluntad de la víctima, toda vez que como ya se indicó, se trata de delitos que, si bien la afectan, también la trascienden. Lo anterior, sin embargo, debe materializarse en un proceso que no olvide a la víctima y que brinde una tutela judicial efectiva.

Partiendo de la idea desarrollada por Frédéric Bastiat en su artículo *Lo que se ve y lo que no se ve* consideramos que el razonamiento allí explayado, aplica al caso particular que nos ocupa. En su artículo, Bastiat desarrolla la tesis de que muchas veces lo que a primera vista parece algo positivo termina no siéndolo, indicando que “cuando la consecuencia inmediata es favorable, las consecuencias ulteriores son funestas, y vice versa”²⁰. Aplicado a nuestro asunto, si se dejara únicamente en manos de la víctima la persecución de un delito, podría suceder que ésta o bien no pueda intentar la acción o no quiera hacerlo (lo que podría suceder por diversos motivos, que van desde la imposibilidad física o mental de aquélla hasta su falta de interés o deseo de resolverlo económicamente) por lo que el autor del delito podría continuar actuando

individuo produzca la prueba contra él mediante su propio trabajo independiente, más que el expediente cruel y simple de obtenerlo de su propia boca. En suma, el privilegio se completa solamente cuando la persona tiene garantizado el derecho a permanecer silencioso a menos que decida hablar en el inalienable ejercicio de su propia voluntad... desde el inicio, si una persona bajo custodia va a ser sometida a interrogatorio, primero debe ser informada en términos claros e inequívocos que tiene derecho a permanecer en silencio. Para aquellos que no estén al tanto del derecho la notificación es necesaria simplemente para alertarlos acerca de su existencia... notificación de la existencia del derecho a permanecer silencioso debe estar acompañada por la explicación de que cualquier cosa dicha puede y será utilizada contra ese individuo en el tribunal. Esta notificación es necesaria para advertirle no solamente de la existencia del privilegio sino también de las consecuencias de renunciarlo. Es solamente a través de la conciencia de estas consecuencias que puede hacer seguridad de una verdadera comprensión del ejercicio inteligente del derecho... debe ser notificado antes de cualquier interrogatorio de que tiene el derecho a permanecer en silencio, que cualquier cosa que diga puede ser utilizada en su contra ante un tribunal, que tiene el derecho a la presencia de un abogado, y que si él no puede afrontar el costo de un abogado se le designará uno antes de cualquier interrogatorio si así lo desea ... una vez que dichas notificaciones han sido dadas, y dicha oportunidad le ha sido ofrecida, el individuo puede consciente e inteligentemente renunciar a estos derechos y convenir a responder las preguntas o efectuar una declaración. Pero a menos que o hasta tanto dichas notificaciones y renunciaciones sean demostradas por la acusación en el pleito, ninguna evidencia obtenida como resultado del interrogatorio, puede ser utilizada en su contra...”. Eduardo Jauchen, *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

¹⁹ Friedrich Hayek, ob. cit., p. 226.

²⁰ Frédéric Bastiat, *Lo que se ve y lo que no se ve*. Disponible en: <https://mises.org/es/library/lo-que-se-ve-y-lo-que-no-se-ve>, consultado en fecha 2 de septiembre de 2020.

impunemente generando nuevos daños a otras personas, que de haber sido enjuiciado hubieran podido evitarse. De lo anterior se desprende, que la solución inmediata que quizá resulta ventajosa a la víctima, se puede traducir en consecuencias ulteriores funestas a otros individuos. A título de ejemplo, piénsese en un violador, cuya víctima decide (por vergüenza, miedo o cualquier otro motivo) no intentar la acción contra el sujeto activo; si no fuese pública la acción, el violador pudiera continuar impunemente perjudicando a otras víctimas, de donde se desprende de que si bien a simple vista se da prioridad a la voluntad de la víctima lo cierto es que esa decisión resulta en realidad perjudicial²¹.

IV. LA FUNCIÓN DEL LEGISLADOR Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ

En el liberalismo, se habla también de un legislador mínimo y se rescata la figura del juez a quien se le da protagonismo, toda vez que se parte de la idea de la preeminencia del control posterior y no anterior de las conductas del individuo. Reconocemos que en el derecho penal, si somos consecuentes con lo dicho hasta ahora, donde hemos destacado la importancia del principio de legalidad, este planteamiento no tiene tanta fuerza como dentro del derecho privado, lo cual sin embargo, no obsta para poder afirmar, que el binomio derecho penal-derecho procesal penal es útil, necesario y congruente con la filosofía liberal cuando se le otorga a dicho principio el alcance debido. En efecto, tal como lo indica Ferrajoli²²:

el principio de mera legalidad, al enunciar las condiciones de existencia o vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general del derecho público, el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere solo al derecho penal. En efecto, solo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no solo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Esta es la garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado “de derecho” del derecho penal de los estados simplemente “legales”, en los que el legislador es onnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley. Y es esta diferencia la que marca hoy el criterio de distinción entre garantismo y autoritarismo penal, entre formalismo y sustancialismo jurídico, entre derecho penal mínimo y derecho penal máximo.

Incluso Hayek hace referencia a la importancia del principio de legalidad al indicar que si bien

el principal medio de coacción a disposición del poder público es el castigo. Bajo el imperio de la ley, le es lícito, mediante los métodos punitivos, invadir la esfera privada que protege a

²¹ Hacemos referencia *ex profeso* a este delito, toda vez que tradicionalmente se consideraba la violación como un delito de acción a instancia de parte, que atentaba contra la moral y las buenas costumbres, situación que en relación a la mujer ha sido superada tal como lo establece en la actualidad la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida libre de Violencia.

²² Luigi Ferrajoli, ob. cit., pp. 379. Adicionalmente indica “el principio de lesividad...es idóneo para vincular al legislador a la máxima kantiana, válida sobre todo en el campo penal, según la cual la (única) tarea del derecho es hacer compatible entre sí las libertades de cada uno. En esta línea, el art. 4 de la Declaración de derechos de 1789 establece que la libertad ‘consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo, la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley’”. p. 467.

determinada persona, si esta ha quebrantado una regla general promulgada debidamente. El principio *nulla crimen nulla poena sine lege* es, por tanto, la consecuencia más importante del Estado de Derecho²³.

Partiendo de la idea de que la norma penal debe tener contenido negativo, en el entendido de que debe indicar las conductas que no se deben realizar, se impone la consecuencia ante la comisión prohibida, para lo cual sin embargo, será fundamental la labor del juez. De esta forma, la importancia del juez resulta incuestionable como figura que permitirá la correcta aplicación del derecho, juez que sin embargo, no puede ser cualquiera sino uno debidamente formado.

Resulta imperativo destacar entonces, la figura del juez y la labor que el mismo desempeña dentro del proceso penal. Así, debemos partir en primer lugar, del concepto de verdad procesal, en el entendido de que el juez no imparte justicia sino la administra, por lo que debe limitarse a lo acreditado y probado en autos, sin nunca suplir la actividad de las partes, lo que precisamente constituye, otro de los pilares fundamentales del proceso penal acusatorio en contraposición al inquisitivo.

La manera de administrar justicia, también ha constituido uno de los grandes debates jurídico-filosóficos a lo largo de la historia. Desde el juzgamiento por parte de un jurado con un juez como director del proceso, pasando por la constitución de un tribunal mixto (compuesto por un juez profesional y dos legos), hasta llegar al juez unipersonal o cortes colegiadas, lo cierto es que cada uno de estos sistemas presenta ventajas y desventajas. Sin embargo, y aun cuando tal como ya hemos asomado, ningún sistema es perfecto, lo cierto es que consideramos que la figura del jurado, utilizada predominantemente en el sistema del *common law*, constituye la menos imperfecta posible, siempre y cuando se acompañe del principio de publicidad, es decir, que terceros puedan presenciar el debate, ya que de esta forma se materializa un doble control del ciudadano frente al poder: por una parte, la responsabilidad penal o no de un individuo será determinada por sus pares aun cuando el debate sea dirigido por el juez y; por la otra, éstos serán a su vez controlados por el público, ya que la falta de motivación de la sentencia es una de las características (y principales críticas) que se presentan ante esta forma de juzgamiento. Debemos sin embargo destacar, que la publicidad del proceso en general, cualquiera sea la constitución del tribunal, constituye un principio fundamental de todo proceso pues brinda una triple garantía: al imputado, en virtud del control que ejercen sus pares sobre su juzgamiento; para la colectividad, o resto de los ciudadanos, ya que de esta forma su control favorece la probidad de los jueces y; para el propio Estado que inspira, genera y trasmite confianza a los ciudadanos.

Ahora bien, cuando se trate de los otros sistemas, resulta incuestionable, que la motivación de la sentencia, será la parte fundamental de la actividad del juez, quien de manera lógica y razonada deberá justificar la conclusión a la que arriba, es decir, si sobresee la causa, o si absuelve o condena al imputado, todo basado en el acervo probatorio incorporado al proceso de manera lícita y libre y analizado bajo las premisas de la sana crítica y los conocimientos científicos.

De esta manera queda evidenciada la importancia del alcance de la actividad del legislador y de la del juez dentro del derecho y del proceso penal y de qué forma la correcta materialización de las mismas, resulta compatible con las ideas liberales.

²³ Friedrich Hayek, ob. cit., pp. 470-471.

V. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA Y SU NATURALEZA

¿Por qué sancionar? ¿Cómo sancionar? Trataremos de dar respuesta a ambas preguntas de manera breve.

Para abordar estos aspectos, debemos comenzar indicando que la base del derecho penal moderno es garantista y tiene su fundamento en las ideas de la Ilustración, donde se plantea, entre otras cosas, el cambio paradigmático en la concepción y naturaleza de las penas, sustituyendo aquellas infamantes por otras de rápida aplicación y menor crueldad. Pero más importante aun, es que surge el planteamiento filosófico en cuanto a la necesidad en sí misma de la pena, y por tanto en su legitimidad y en consecuencia, en el derecho a castigar. Será entonces C. Becaría, discípulo de Montesquieu quien en su insigne obra *“Tratado de los delitos y de las penas”* (1764), quien se convierta en precursor y máximo exponente de las ideas modernas de la pena, donde incluso desarrolla el concepto y la necesidad de la proporción entre el delito que se comete y la pena que se debe aplicar. Hoy, tal como lo indica Ferrajoli, se entiende que la pena establecida, no solo existe en su idea de prevención del delito sino también en cuanto a evitar el injusto castigo.

La respuesta a porqué castigar es variada y múltiple dentro de la doctrina, donde destacan la denominada Teoría Retributiva (Kant-Hegel), la teoría de la Prevención Especial (von Liszt), la teoría de la Prevención General (Feuerbach), las Teorías Unificadoras Retributivas y la Teoría Unificadora Preventiva (Roxin)²⁴ sin olvidar por supuesto las teorías abolicionistas que no justifican la pena.

Para la Teoría Retributiva, la pena responde a la idea de imponer un castigo como forma de expiación ante el mal que se haya cometido, mientras que la Prevención Especial, sostiene que se trata de disuadir de cometer el hecho punible a su posible autor, a diferencia de la Prevención General en la que se afirma que la pena actúa como advertencia a la comunidad en general. Por su parte, en las Teorías Unificadoras Retributivas convergen las tres posturas anteriores y en la Unificadora Preventiva tanto la especial como la general. Todas sin embargo coinciden en la máxima *nulla poena sine necessitate*.

En nuestra opinión, la pena se encuentra justificada toda vez que somos partidarios de la necesidad de la existencia del derecho penal y por tanto del establecimiento de ciertas conductas como punibles. Si ello es así, la ausencia de la pena haría a la norma imperfecta, lo que conllevaría a que la realización del delito no produjera consecuencias, lo que equivaldría a la eliminación de la distinción entre hecho ilícito y hecho punible, lo que tal como ya ha quedado establecido, no es conveniente, toda vez que ciertos actos traen como consecuencia daños que no pueden ser reparados económicamente. Resulta sin embargo fundamental, establecer límites a esa pena. Así la idea y el principio de proporcionalidad, resulta fundamental en el desarrollo del derecho penal en general y de la pena en particular. Tal como lo indica Hassemer

una pena desproporcionada infringiría la teoría de la retribución y con ella el principio de proporcionalidad... Una pena desproporcionada no supera el análisis crítico del riguroso programa de la teoría retributiva: es incompatible con el sentido mismo de cualquier retribución... Dicho brevemente: a la concepción retributiva sobre el sentido de la pena le es inherente limitar la pena²⁵.

²⁴ Para mayor abundamiento sobre este tema, recomendamos leer a Roxin capítulo 3 Tomo I Parte General de su obra Derecho Penal y a Ferrajoli en su obra Derecho y Razón capítulo 5 ambas obras ya citadas.

²⁵ Winfried Hassemer, *Por qué castigar. Razones por las que merece la pena la pena*, Trad. Manuel Cancio Meliá y Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 pp. 30-31.

Visto lo anterior, es nuestra opinión, que una simbiosis entre la teoría de la retribución de la pena y la teoría de la prevención especial, es lo que más se adapta a la realidad, lo que sin embargo, no significa que se trate de la Ley del Talión, sino de castigar a quien comete un delito evitando simultáneamente la venganza privada. No creemos que la prevención surta por lo general, real efecto ni en el individuo (que si creyera que lo van a atrapar no cometiera el delito) ni en la sociedad (entendida como un conjunto de individuos), mas sin embargo, se debe dejar la puerta abierta a esta opción. En este sentido, debemos destacar tal como lo indica Ferrajoli que

referido a la justificación de la pena y de sus modos de ejecución, el principio implica que tampoco la sanción penal debe tener ni contenidos ni fines morales... El estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino solo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar –reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes– la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente determinadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico²⁶.

En línea similar se pronuncia Roxin cuando afirma que “una prevención general es superflua y también es improcedente el fin cautelar o educativo de la pena”²⁷.

A pesar de lo dicho, se debe reconocer la opción de ofrecer al condenado la posibilidad de mejorar personalmente si así lo desea, así como la suspensión de la ejecución de la pena, en los supuestos en que ello favorezca su posible voluntaria reinserción social. De igual forma, el principio de progresividad, que consiste en la obtención escalonada y progresiva de beneficios que se otorgan al condenado, producto del transcurso parcial del tiempo de la pena cumplida por una parte, junto a la conducta adecuada por parte del condenado, por la otra, constituye un logro importante y significativo dentro del Estado moderno y garantista, que ofrece ventajas a aquel individuo que manifieste su deseo de superación personal. Recuértese que este caso, no se trata de que el Estado ejerza un poder indebido sobre el individuo, sino por el contrario, de que se le permita a éste, es decir, al condenado, poder volver a tener control sobre su destino.

Ahora bien, cómo castigar es la siguiente pregunta. Múltiples han sido las formas en que históricamente se han sancionado las conductas delictivas, lo que no significa que todas puedan ser aceptadas. Pena de muerte, mutilaciones, tortura, destierro, trabajos forzados, galeras, confiscación de bienes, prisión, multas, son algunas de las penas que a lo largo de la historia se han implementado e incluso se mantienen en algunos ordenamientos jurídicos. Aun cuando no lo parezca, la pena privativa de libertad, que no es de tan vieja data, toda vez que originalmente, la prisión se utilizaba solo preventivamente mientras se era juzgado, pero ante una condena la pena era otra, surge como freno a los desmanes que se cometían; sin embargo, y ante la realidad que la acompaña, en la actualidad la misma también se encuentra cuestionada. Sin embargo, creemos que se debe diferenciar entre lo que significa la prisión por una parte y su implementación por la otra, para lo cual debemos entender que una cosa es estar privado de libertad y otra que se le priven de otros derechos o bienes. La pena privativa de libertad, debe por tanto desarrollarse bajo condiciones de respeto a la dignidad del ser humano, a quien se le deben garantizar el resto de los derechos y el acceso a

²⁶ Luigi Ferrajoli, ob. cit., pp. 223-224.

²⁷ Claus Roxin, *Política Criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 96.

bienes y servicios. Adicionalmente, resulta importante destacar, que la prisión no es el único recurso al cual se debe o puede recurrir dentro del derecho penal como pena a imponer pero, como quiera que hoy representa la pena por excelencia y supone la pérdida de la libertad física personal, nos detendremos en ella.

Al ser la vida, la libertad y la propiedad los únicos derechos que reconoce el liberalismo, resulta indiscutible que ninguna pena que atente contra el respeto o la dignidad del individuo puede ser aceptada, por lo que mucho menos lo será la pena de muerte, posición que compartimos plenamente y que no afecta propiamente la necesidad de la pena. Ahora bien, la prisión, que implica pérdida de libertad ¿es posible dentro de la filosofía liberal? Creemos que sí dentro de los parámetros antes señalados, aun cuando una parte importante de la doctrina aboga por su desaparición. Si la reparación económica, que afecta la propiedad, es contemplada como una opción, la prisión, que afecta la libertad, también lo puede ser cuando la reparación económica no sea suficiente frente al daño causado, en virtud de que el mismo no logre ser absolutamente cuantificable.

Surge entonces el problema de determinar cuáles delitos se deben sancionar con penas privativas de libertad y el *quantum* de las mismas²⁸, para lo cual sin duda, se deberá recurrir, tal como ya ha sido indicado, al principio de proporcionalidad, ya que si bien el legislador tiene la facultad de restringir o limitar ciertos derechos, ello no puede significar la supresión de los mismos, y menos aun el derecho a la libertad que tal como lo señala Kant constituye, más allá de la vida, “el único derecho originario, que corresponde a todo ser humano, en virtud de su humanidad”²⁹. De esta forma, el principio de proporcionalidad, profundamente desarrollado por Robert Alexy y Robert Dworkin, entre otros, es también denominado el límite de los límites, o la prohibición de exceso, en el entendido de que la limitación de un derecho fundamental, no puede producirse de manera excesiva, injustificada e inútil. Compuesto a su vez de tres subprincipios a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha o en sentido estricto, el mismo responde, tal como nos lo indica Casal³⁰ a que

si una medida restrictiva de derechos no es apta para lograr el fin al que va dirigida, su mantenimiento implicaría un sacrificio injustificado de intereses subjetivos, como también sucede cuando lo es, pero existe la posibilidad de recurrir a una medida paralela, de igual eficacia y menos gravosa para el derecho. Y desde la perspectiva global propia de la proporcionalidad en sentido estricto, el exceso se produce porque la finalidad perseguida por la autoridad no es lo suficientemente importante como para justificar el acortamiento de libertad que entraña.

²⁸ En este sentido Ferrajoli en su ya citada obra señala: “Mientras tanto, en el transcurso del largo período en que está destinada a madurar la abolición de la pena privativa de libertad, exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria a corto plazo una drástica reducción de la misma, a través de la restricción de sus hipótesis de aplicación y el acortamiento de su duración. Esta reducción cuantitativa –no indirecta, a través de los actuales mecanismos discrecionales de indulgencia previstos en la fase de ejecución, sino directa, mediante su sustitución por tipos de penas más leves para los delitos menos graves y la reducción de la legalmente prevista para los más graves– puede representar, por tanto, a corto y medio plazo, un objetivo creíble de reforma penal. Por lo demás, la misma superación de la cárcel no podrá ser sino el fruto de un proceso gradual, ligado al proceso cultural y a la reeducación de las bases sociales de la violencia. La progresiva minimización de la duración de la pena carcelaria es una etapa indispensable de ese proceso”. Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 414.

²⁹ Citado por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2007, p. 326.

³⁰ Jesús María Casal, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Caracas, 2017, p. 196.

De esta forma, tanto el legislador al sancionar una conducta y establecer una pena, como el juez a la hora de dictar una condena, deben, cada uno dentro del marco de sus atribuciones y competencias, considerar todos los elementos del principio de proporcionalidad. Sin duda, la gravedad de la conducta sancionada se refleja tanto en la naturaleza como en el *quantum* de la pena, la cual a su vez siempre oscila entre dos límites en virtud de la valoración de las circunstancias del caso particular, que precisamente será parte de la valoración judicial. Sin embargo, al ser el derecho un objeto cultural, la gravedad de la conducta y por tanto la pena impuesta deberán reflejar los valores de la sociedad en la que se desarrollan, lo cual, sin embargo, no obsta para que exista consenso en relación a ciertos y determinados delitos, tal como se desprende del denominado derecho penal internacional o derecho internacional penal, que hacen alusión a ciertos y determinados hechos que por la gravedad de los mismos son considerados *ius cogens*.

De todo lo anterior se desprende, que solo los delitos más graves deberán ser sancionados con penas privativas de libertad, las cuales a su vez, deberán reflejar la importancia que a la conducta tipificada la sociedad le atribuye, tomándose siempre en consideración los derechos que merecen protección, en este caso, la vida, la libertad y la propiedad, así como cualquier otro bien o servicio que se estime debe ser protegido, siempre bajo el principio de proporcionalidad al cual hemos venido haciendo referencia. De esta manera, se hace imperativa la revisión de la criminalización de las conductas, en el entendido de la necesidad de un derecho penal mínimo y que en ningún caso se podrá establecer la pena de muerte o la cadena perpetua, así como que, ante el buen comportamiento del penado y el cumplimiento de parte de la pena, el mismo pueda optar a la posibilidad de disfrutar, en diversos grados, de una libertad anticipada.

VI. CONCLUSIONES

Si partimos de las ideas fundamentales de que el derecho a sancionar no es un fin en sí mismo, sino que obedece a la necesidad de brindar protección a los individuos que se ven perjudicados por la comisión de alguna conducta que atente contra sus derechos; que la tipificación de la conducta como delincuencia y la sanción penal deben constituir la *ultima ratio*; y que resulta imprescindible la separación entre moral y derecho, por lo que el imputado debe responder por lo que ha hecho y no por lo que es o lo que piensa, requiriéndose por tanto la exteriorización material de la acción dañina como requisito fundamental para su sanción; el derecho penal y el derecho procesal penal, no son un contrasentido ni representan una amenaza para las ideas liberales si se desarrollan en un Estado mínimo y garantista de los derechos de los individuos, constituyendo por el contrario, herramientas muy valiosas para el aseguramiento y materialización de la filosofía liberal y el respeto de los derechos fundamentales, ya que servirán de freno a un Estado que tiende a desbordarse, estableciendo reglas claras al *ius puniendi* del Estado, ese derecho de perseguir y de castigar que el mismo detenta, y que le ha sido atribuido por los propios ciudadanos en aras a lograr mayor armonía entre los individuos y evitar la venganza privada o la justicia por propia mano.

Lo anterior, sin embargo, requiere aceptar a su vez: 1. la necesidad de un derecho penal mínimo; 2. la revisión y el replanteamiento de algunas de sus instituciones paradigmáticas, donde no haya cabida a la responsabilidad penal objetiva, el principio de legalidad brinde reglas objetivas, y por tanto seguridad, y la presunción de inocencia ampare al individuo frente a un poder limitado del Estado de perseguir y de castigar dentro de un proceso penal de naturaleza acusatorio, donde el imputado sea

sujeto y no objeto procesal; 3. el principio de subsidiaridad del derecho penal, donde la ley penal tiene su razón de ser única y exclusivamente para proteger los derechos de los individuos por una parte, y para frenar el poder del Estado frente a éstos por la otra y; 4. la importancia del principio de proporcionalidad como elemento fundamental y por tanto de necesaria presencia y consideración tanto en el establecimiento o categorización de las conductas como delictivas como en relación a las penas que se impongan o deriven de su comisión.

Así, cualquier conducta que atente contra los derechos de vida, libertad o propiedad de los individuos, podrá ser objeto de tipificación y sanción penal, en la medida en que su gravedad afecte o atente contra los derechos individuales pero también los trascienda, toda vez que en virtud a su condición de ultima ratio y de mínimo necesario del derecho penal, se deben considerar otro tipo de medidas protectoras de carácter extra penal preferiblemente, todo ello sin olvidar a la víctima y sus intereses y a su necesaria y legítima reparación.

De esta forma, el legislador al tipificar las conductas como delictivas, debe considerar los parámetros anteriormente indicados, mientras que la figura del juez, cobra vital importancia, junto a la participación ciudadana, en la administración de justicia. Finalmente, y ante casos de extrema gravedad, se justifica la imposición de una pena, incluso privativa de libertad, y solo de manera excepcionalísima ante la comisión de algún crimen atroz como lo son el genocidio, los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra o de agresión, la cadena perpetua, mas no la pena de muerte, ello como criterio de retribución o castigo por el mal realizado por una parte y con la idea preventiva particular por la otra, siempre bajo las consideraciones de respeto a la dignidad del condenado y con la posibilidad de obtener una libertad anticipada y/o controlada si fuere el caso.

LAS PAUTAS DE BELFAST SOBRE AMNISTÍA Y RESPONSABILIDAD: UNA GUÍA QUE OFRECE EL DERECHO INTERNACIONAL AL LEGISLADOR PARA LA FORMULACIÓN DE AMNISTÍAS

Eduardo Trujillo Ariza*

SUMARIO

I. Las pautas de belfast como insumo para el legislador. 1. Origen y propósitos de las pautas. 2. El efecto deseado en el legislador. A. Efecto educativo. B. Efecto ejemplificador. II. Algunos elementos resaltantes de las Pautas de Belfast sobre la concepción actual de amnistías y responsabilidad. 1. La función de las amnistías. 2. Los delitos elegibles. 3. El alcance temporal. 4. El método de aprobación. IV. Consideraciones finales.

El presente trabajo, escrito especialmente para el libro homenaje al profesor Pedro Nikken, pretende la difusión de las Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad¹ como herramienta pedagógica hecha por la doctrina del derecho internacional, para contribuir a la labor del legislador en los procesos de preparación, redacción, promulgación y ejecución de leyes de amnistía.

No es una pretensión del texto hacer un análisis pormenorizado de los aspectos listados en las referidas Pautas de Belfast, sino tan solo, poner de relieve su existencia ante la comunidad jurídica venezolana en base a dos razones.

La primera es la pertinencia de su revisión por parte de la comunidad jurídica nacional, en el marco de los intentos por recuperar la vigencia efectiva de la Constitución de 1999 en Venezuela y en aras de difundir contenidos esenciales del derecho internacional de los derechos humanos.

La segunda, por la conexión del contenido de las Pautas con las actividades de negociación, paz y derechos humanos que en vida realizó el académico Pedro Nikken,

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Director del Centro de Derechos Humanos de la UCAB. Profesor de las cátedras Derechos Humanos y Derecho Constitucional Venezolano I en la UCAB. Asociado a la firma Ferreras & Bello.

¹ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, “Las Pautas de Belfast sobre Amnistías y Responsabilidad”, Irlanda del Norte, 2013. Disponible en: <http://studylib.es/doc/7664755/las-pautas-de-belfast-sobre-amnist%C3%ADa-y-responsabilidadvv>; consultado en fecha 19 de noviembre de 2020.

en cuyo homenaje se ha preparado este texto, ante sus invaluable contribuciones en el ejercicio del derecho, no solo para Venezuela sino para otros pueblos del continente americano.

Algunas personas suelen pensar en impunidad y perdones indebidos al mencionarse la palabra amnistía. La formulación de las amnistías como instrumento jurídico es compleja y tiende a hacerse más compleja aún ante el fenómeno de globalización de las sociedades y en consecuencia del derecho.

A continuación, se presentan algunos aspectos relevantes contenidos en las Pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad para la legítima formulación de amnistías.

I. LAS PAUTAS DE BELFAST COMO INSUMO PARA EL LEGISLADOR

1. Origen y propósitos de las pautas

Antes de hacer referencia expresa al origen y propósito de las Pautas de Belfast, debe recordarse que la amnistía, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido definida por la oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos como aquellas medidas jurídicas que tienen como efecto:

- A) La posibilidad de impedir el enjuiciamiento penal y, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía; o
- B) La anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada².

Las Pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad constituyen un documento generado por un grupo de personas expertas³ y de reconocida trayectoria en las áreas de derechos humanos, resolución de conflictos y justicia transicional, quienes se dieron a la tarea de crear este documento guía sobre los elementos a tomar en cuenta al momento de dictar leyes de amnistía, dentro de los linderos permitidos por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal.

El propósito descrito en el propio texto de las Pautas es ayudar a todos aquellos que tratan de tomar o evaluar decisiones sobre amnistías y responsabilidad durante o después de situaciones de conflicto y represión⁴. El solo enunciado del propósito ya establece una distinción preclara, al no pretender influir en la toma de decisiones sobre amnistía y responsabilidad previamente al desarrollo de situaciones de conflicto y represión.

² Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. ACNUDH, *Instrumento del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, Nueva York, Ginebra, 2009, p. 5. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf; consultado en fecha 19 de noviembre de 2020.

³ Las siguientes personas fungieron como co-redactoras de las Pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad: Barney Afako, Mahnoush H. Arsanjani, Christine Bell, Chaloka Beyani, Michael Broache, Colm Campbell, Mark Freeman, Tom Hadden, Brandon Hamber, Hurst Hannum, David Kretzmer, Suzannah Linton, Kieran McEvoy, Louise Mallinder, William A. Schabas, Ronald C. Slye y Yasmin Sooka.

⁴ Instituto de Justicia Transicional. Universidad del Ulster, ob. cit., p. 1.

Lo dicho es relevante, ya que ante las particularidades de los textos en los que se dictan amnistías, es imposible e impropio, otorgar tales beneficios ante hechos jurídicos futuros e inciertos. Es esa una primera recomendación a tomar en cuenta.

El documento que recoge las pautas establece cinco propósitos que orbitan en las ideas de:

- A. Identificación de obligaciones en materia de derechos humanos;
- B. Explicación de las amnistías en el campo judicial;
- C. Reconocer la función positiva que tienen;
- D. Formas de complementación de la responsabilidad y;
- E. Recomendar enfoques que favorezcan participación pública.

Pensar en amnistías sin un marco regulatorio en el campo del derecho internacional público que marque los linderos, no es adecuado. De hecho, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, erigen fronteras que ancladas en principios del derecho internacional limitan la promulgación de amnistías.

En el derecho venezolano, el proceso de constitucionalización de esos límites, linderos o fronteras que impone el derecho internacional público en las amnistías, se ve materializado en el artículo 29 de la Constitución, que impone una exclusión expresa al otorgamiento del beneficio de amnistía ante los delitos que hayan comportado la comisión de crímenes de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos⁵.

Además de los límites obligacionales que implica el otorgamiento de amnistías por parte de un Estado, los propósitos de las Pautas dejan ver como esta figura jurídica puede tener un efecto positivo al presentarse como un instrumento de justicia transicional. De igual forma, es importante la idea de estructuración de las instituciones estatales para complementar responsabilidades, lo cual también es uno de los instrumentos para fomentar políticas transicionales en el campo de la justicia.

Bajo la idea del principio de independencia judicial y contraloría ciudadana, en el último propósito de las Pautas, resalta la recomendación de enfoques que permitan la participación pública de las decisiones para aprobar y conceder amnistías, lo que implica que para que tal medida tenga durabilidad y aceptación en la sociedad, han de tenerse en cuenta estudios previos y no solo circunscribirse al cumplimiento del acto de otorgamiento de amnistía, según esté previsto en la legislación del país que se trate.

Si bien los propósitos de las Pautas enuncian lo que estas pretenden ser, las personas expertas que las han redactado han dejado muy claro que no son las Pautas de Belfast, al afirmar que

ellas no se estructuran como lista de control para determinar la aceptabilidad de una amnistía, sino como elementos que pueden combinarse y equilibrarse entre sí para elaborar o lograr con eficacia una evaluación sobre la aceptabilidad general de una amnistía⁶.

2. El efecto deseado en el legislador

Las 18 Pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad han sido estructuradas en 4 temáticas:

- A) Principios generales;
- B) Alcance de las amnistías;

⁵ Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

⁶ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, ob. cit., p. 5.

- C) Condiciones de la amnistía; y
- D) Adopción, implementación y revisión de amnistías.

Al hacer una revisión global de las Pautas, se ratifica la idea que las mismas no han sido preparadas como una lista de control o formulación taxativa a cumplir al momento de preparar una ley de amnistía. A su vez, una virtud de ellas es el acto de sintetizar en un solo documento, temas de necesario abordaje por quienes tienen la tarea de preparar un beneficio legislativo de tal entidad como es la amnistía.

Por mera ignorancia, algún cuerpo legislador puede tender a preparar y promulgar una ley de amnistía sin una revisión previa del derecho internacional, lo cual, en un contexto de globalización del derecho⁷, la economía y las sociedades en general, resulta al menos inconveniente. La inconveniencia de tal actuar es evidente, si se contrasta, por ejemplo, a nivel interamericano la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la idea de emitir una ley de amnistía sin tener en cuenta lo dicho en tal materia por ese tribunal internacional.

La Corte Interamericana en los casos Barrios Altos y La Cantuta contra Perú, precisó que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸.

Lo anterior, es un estándar jurisprudencial vinculante para los casos concretos decididos por la Corte, pero que tiene una evidente pretensión de permear como un estándar de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos en los países que forman parte del sistema interamericano de derechos humanos, como es el caso de Venezuela⁹, más allá del inefectivo proceso de huida que este Estado venezolano ha intentado avanzar respecto de dicho sistema internacional de protección de derechos humanos. Es ese un estándar de protección que las Pautas de Belfast indirectamente invitan a revisar antes de promulgar una ley de amnistía.

⁷ Miguel Carbonell, Rodolfo Vásquez, Peter Evans, David Held, Roberto Toscano, Marco Revelli, Michelangelo Bovero, Luigi Ferrajoli, Geoffrey Brennan, Bruno S. Frey, Francisco J. Laporta, Marisa Iglesias Vila, *La Globalización y el Orden Jurídico, Reflexiones Contextuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 16.

⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Reparaciones*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41; Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 142.

⁹ Foro por la Vida, “Foro por la Vida y organizaciones sociales ante la amenaza del gobierno nacional de retirarse de la CIDH”, Caracas, mayo 2012. Disponible en: <https://observatoriodeconflictos.org/ve/oc/wp-content/uploads/2012/05/FxVVIDH.pdf>, consultado en fecha 19 de noviembre de 2020. Si bien es cierto que en fecha 10 de septiembre de 2012 fue presentada la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por el entonces canciller de la República Nicolás Maduro, quien luego en su mandato presidencial procedería en denunciar la Carta de la Organización de Estados Americanos, en fecha 27 de abril de 2017, tales acciones carecen de efectividad en el orden interno y en el orden internacional. Los argumentos de la inefectividad a nivel constitucional orbitan en la idea que la Convención Americana y la Carta de la OEA al ser tratados sobre derechos humanos, tienen rango constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, por tanto, tales normas solo pueden ser modificadas a través de las formas de modificación de la Constitución. Lo anterior es comentado, sin desmedro de los actos hechos por el Estado venezolano durante el año 2019 a través de la Asamblea Nacional, tendientes a la reinserción de Venezuela al sistema interamericano.

El documento de Belfast en el catálogo de fuentes del derecho internacional puede ser tenido como doctrina¹⁰, o como una formulación de *softlaw* que sirve como marco interpretativo, pero en mayor medida, de guía al legislador para cumplir efectivamente su función.

Especial mención merece la amnistía como herramienta típica a ser usada en sistemas de justicia transicional, puesto que ayuda a las sociedades a hacerse cargo de los abusos del pasado, evitando la impunidad.

La justicia transicional como campo de trabajo multidisciplinario, en ocasiones recurre a las leyes de amnistía como uno de los elementos típicos a ser usados en los procesos de transición del conflicto armado a la paz, o del autoritarismo a la democracia.

En opinión de quien suscribe este artículo, el desarrollo hecho durante los siglos XX y XXI de la justicia transicional como campo de trabajo¹¹, ha permitido una discusión comparada de casos de leyes de amnistía que ha favorecido la reunión del comité de personas expertas que han producido las Pautas de Belfast de amnistía y responsabilidad.

Respecto de los efectos que las Pautas pueden producir en el legislador que genera la amnistía, es nuestra opinión que el documento tal como ha sido previsto, siempre que sea consultado de buena fe, puede tener tres efectos puntuales, sin desmedro de causar otro u otros efectos directos o colaterales.

Puntualmente, los efectos a los que se pretende hacer referencia son el: A. efecto educativo; B. efecto ejemplificador; y C. efecto disuasivo.

A. Efecto educativo

Las Pautas de Belfast han sido estructuradas en un ambiente académico, por tanto, es indubitable su pretensión educativa y formativa al enunciar de forma prolija pero certera, las consideraciones esenciales que quienes estén interesados en promulgar una ley de amnistía, han de tener en cuenta.

B. Efecto ejemplificador

Sin entrar a plantear un caso concreto, las Pautas derivan en el pensamiento de quien las lee, un escenario casuístico en donde de manera inconsciente o consciente, el lector puede hacer un ejercicio mental sobre los elementos útiles del documento a tomar en cuenta, al momento de hacer uso de la amnistía en el contexto en el que se encuentra.

C. Efecto disuasivo:

Ya que las Pautas inducen al cambio o al desistimiento del propósito de emitir leyes de amnistía que no revistan con los criterios técnico-jurídicos descritos en el documento. Este efecto implica un llamado directo al legislador para cumplir en la medida que el contexto en el que se trabaje la ley de amnistía, lo permita.

La anterior enunciación de efectos de las Pautas de Belfast deseados en el legislador es una visualización proyectada con sentido académico, sobre cómo esta guía de acción puede influir en positivamente en las personas encargadas de emitir las.

¹⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Capítulo II. Competencia de la Corte. Art. 38.

¹¹ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. *Justicia Transicional en Venezuela, Una aproximación para la materialización del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos*, CDH, 2020, p. 14.

II. ALGUNOS ELEMENTOS RESALTANTES DE LAS PAUTAS DE BELFAST SOBRE LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE AMNISTÍAS Y RESPONSABILIDAD

Este trabajo no tiene la finalidad de reproducir o hacer una presentación extensiva de todos los puntos que presentan las Pautas de Belfast, sin embargo, si se estima relevante mencionar 4 elementos resaltantes de dicho documento, quizás embebidos por los sesgos típicos de ejercer el derecho en el contexto venezolano, país en el que durante los últimos 15 años, se ha recurrido a la figura de la amnistía en los términos previstos en la Constitución¹² y han ocurrido también, intentos inacabados de hacer uso de esa institución legal¹³.

Los elementos resaltantes para mencionar son: 1. la función de las amnistías; 2. los delitos elegibles; 3. el alcance temporal y; 4. el método de aprobación.

1. La función de las amnistías

El texto de Belfast parte de la base que las amnistías pueden ser utilizadas para varios propósitos en *épocas* de conflicto armado, o como parte de transiciones políticas¹⁴.

Vale la pena recordar que las amnistías suelen ser utilizadas en el marco de persecuciones judiciales o condenas derivadas de delitos calificables como políticos o por cualquier otro, cuya persecución haya iniciado la autoridad de un país con una intencionalidad política. Lo dicho, permite aterrizar los posibles efectos positivos de la amnistía.

En las Pautas de Belfast se mencionan varios efectos tales como el animar a combatientes a rendirse y desarmarse, persuadir a gobernantes autoritarios a transferir el poder, fomentar confianza, liberar presos políticos, entre otros. En los aquí enunciados y los contenidos en el texto de las Pautas, se presenta a la amnistía en términos generales como un incentivo.

El incentivo es un elemento catalizador para la realización de hechos deseados, como todos los descritos previamente. También puede entenderse el incentivo como el hecho que mueve a desear o a hacer algo¹⁵.

Se observa entonces, como la amnistía bien utilizada puede socialmente servir de pivote para el restablecimiento de condiciones razonables de vida ante crisis de conflictos armados o de manejo autoritario del poder político.

En la esfera individual los efectos son evidentes, ya que implican la excarcelación de personas condenadas o procesadas y al mismo tiempo, plantean la posibilidad inimputabilidad de sujetos que presuntamente hayan cometido delitos según el ordenamiento jurídico que se trate.

La pauta en la que se habla de la función de las amnistías introduce una dicotomía de apreciación sobre la amnistía, ya que afirma que en los contextos donde las amnistías cubren delitos graves, resulta relevante la distinción entre amnistías legítimas e ilegítimas¹⁶.

¹² Venezuela. *Ley Especial de amnistía*, publicada en Gaceta Oficial N° 5.870 Extraordinario, 31 de diciembre de 2007.

¹³ Venezuela. *Ley de Amnistía y Garantías Constitucionales para los militares y civiles que colaboren o hayan colaborado en la restitución del orden constitucional*. Enero, 2019.

¹⁴ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, ob. cit., p. 8.

¹⁵ Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española.

¹⁶ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, ob. cit., p. 8.

El mayor enemigo de la amnistía es la impunidad. Ante ello, en contextos de comisión de crímenes internacionales y/o graves violaciones a los derechos humanos, se habla de amnistía ilegítimas sobre aquellas que no plantean condiciones a los perpetradores para el acceso a tal beneficio legal.

Tal como refieren las Pautas de Belfast, las amnistías ilegítimas son aquellas que tienen el efecto de prevenir investigaciones y asegurar la impunidad de responsables de delitos graves. Un ejemplo de una amnistía ilegítima es el caso del Decreto Ley 2.191 de 1978 dictado en la República de Chile¹⁷, en el que precisamente se evidenció el deseo y el efecto de prevenir investigaciones en contra de las autoridades civiles y militares que en aquel momento gobernaban ese país.

La calificación que contrasta a las amnistías ilegítimas es la de las legítimas. No hay un baremo exacto que pueda calificar una amnistía como legítima, sin embargo, su configuración y motivación es la que denotará esos visos de deseada legitimidad.

En el texto de las Pautas la referencia a amnistías legítimas, guarda relación con la creación de condiciones institucionales tendientes a la protección sostenible de derechos humanos¹⁸. Este es un punto que puede ser tenido como de inflexión, ya que la necesidad de recurrir a amnistías, usualmente se presenta en contextos de debilidad institucional y de violaciones a derechos fundamentales.

Estructurar una amnistía que indirectamente solidifique la institucionalidad democrática y pretenda una proyección inmediata y futura de derechos humanos, es una característica que coadyuva en calificarla como legítima.

Finalmente, sobre este punto, la legitimidad de la amnistía es valorada si la misma incluye la participación de los perpetradores beneficiarios en medidas de verdad, justicia y reparaciones.

La verdad, justicia y reparación se han convertido en ejes transversales de los derechos fundamentales, una vez que han ocurrido violaciones de estos. En la participación y ayuda del perpetrador de violaciones a derechos humanos en estos procesos, está el pivote que plantea la amnistía para lograr tal efecto positivo y consecuencia quedar bañada de legitimidad en la jurisdicción interna e internacional.

2. Los delitos elegibles

Circunscribir el otorgamiento de las amnistías a tipos penales claramente determinados, es clave para evitar la inseguridad jurídica y la impunidad. Por ello, la pauta número siete hace una mención expresa a este punto.

La delimitación clara de los delitos elegibles ayuda a impedir o al menos, minimizar los posibles conflictos en obligaciones de derecho nacional y derecho internacional de los derechos humanos, derivados de la aplicación de la amnistía¹⁹. Minimizar conflictos o colisiones legales, ayuda a la idea de seguridad jurídica previamente expuesta.

No marcar los linderos de los delitos que pueden ser objeto de amnistía, da cabida a interpretaciones que permitirían que eventuales perpetradores de graves violaciones de derechos humanos, fuesen sujetos de los beneficios de la ley, sin prestar la debida colaboración al establecimiento de la verdad, justicia y reparación que merecen las víctimas.

¹⁷ Manuel Guzmán Vial, "Decreto Ley N° 2.191, de 1978 sobre Amnistía", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 1, Chile, 1991, pp. 115-123.

¹⁸ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, ob. cit., p. 8.

¹⁹ *Ibid.*, p. 11.

En contraposición, una persona beneficiada por una ley de amnistía, pudiese también ser una víctima de una persecución penal viciada e intencionada con fines ilegítimos, por ello, el análisis de contexto es esencial al momento de pensar en los delitos elegibles para una amnistía.

Las Pautas ofrecen tres recomendaciones sobre cómo pueden elegirse delitos susceptibles de ser amnistiados, manteniendo una buena técnica en la propuesta de ley. Textualmente expresan:

- A. Indicando expresamente los delitos que se excluyen del alcance de la amnistía.
- B. Concediendo amnistía a una lista no exhaustiva de delitos políticos o relacionados con conflictos, pero añadiendo guías sobre como distinguir entre delitos políticos y ordinarios.
- C. Concediendo amnistía a una lista exhaustiva de delitos.

Del citado listado, es un patrón evidente la necesidad de indicar expresamente los delitos a amnistiar. Sería un importante error plantear una amnistía en blanco sin especificar los tipos penales que serán objeto del beneficio, ya que ello traería una confusión importante a posibles personas beneficiarias, víctimas y a las propias autoridades al momento de ejecutar la ley.

Son también susceptibles de ser incorporadas en la amnistía, beneficios en torno a los procesos civiles o administrativos que hayan sido iniciados en contra de los beneficiarios por causa de la persecución penal que se les inició, o por causas conexas a los hechos que dieron cabida a ella.

De igual forma, respecto de este tema, en las Pautas se presenta la exclusión de ciertos actos como amnistiabiles, lo que pueden servir para fortalecer la legitimidad de la amnistía en cuestión, tales como hechos que constituyan crímenes internacionales graves, otros actos graves de violencia y actos o delitos motivados en el deseo de lucro personal o malicia²⁰.

En el marco del derecho venezolano, hay una exclusión expresa más allá que no esté incluida en el texto de la amnistía. Esa exclusión expresa es el citado artículo 29 de la Constitución, en el que se impide el otorgamiento de amnistías a personas que hayan cometido violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad; sobre esta disposición constitucional se hará mención nuevamente al hacer referencia al control judicial de las amnistías.

3. El alcance temporal

La limitación temporal de la aplicación de la amnistía es otro interesante e importante tema de técnica legislativa al que se hace referencia en las Pautas de Belfast. Bajo la premisa de evitar la ambigüedad, se recomienda delimitar las fechas inicial y final del periodo en el que se hayan cometido delitos elegibles²¹.

Delimitar el inicio y fin de hechos cometidos es importante para la seguridad jurídica, ya que garantiza la certeza del periodo en el que los hechos cometidos son susceptibles del beneficio de la amnistía. De estar ausentes esos linderos de inicio y fin, se corre el riesgo de saturar el sistema de justicia ante análisis injustificados por solicitud del beneficio.

La selección de las fechas de aplicación también puede afectar la legitimidad de la ley, puesto que si caprichosamente se excluyen periodos en los que fueron cometidas determinadas conductas, pudiese argumentarse la ilegitimidad de la amnistía.

²⁰ *Ibid.*, p. 12.

²¹ *Ibid.*, p. 14.

Nuevamente el análisis de contexto para la determinación de los límites temporales es necesario, ya que si el contexto, por ejemplo, es de un conflicto armado, debe tenderse al beneficio de ambas partes respecto de la amnistía.

Por otra parte, la no limitación temporal del fin de la amnistía puede dar cabida a supuestos fácticos de no regulación del derecho, de conductas que son llamadas a ser típicas y antijurídicas. Un ejemplo de esta preocupación se observó en el proyecto de Ley de Amnistía hecho por la Asamblea Nacional de Venezuela en el año 2019²².

En dicho proyecto de ley, bajo ofertó amnistiar en blanco²³ a todas las personas que colaboraran en el restablecimiento del orden democrático en Venezuela, en el marco de la crisis político-constitucional que vive el país en virtud de la ilegitimidad de las elecciones presidenciales del 20 mayo de 2018.

Uno de los grandes problemas de tal oferta en el proyecto de ley, es que no estableció límites temporales para el otorgamiento de la amnistía, entre otros defectos. Ello se tradujo en la proyección de no regulación por el derecho de conductas que pueden ser consideradas como delitos.

Lo dicho fue una de las grandes críticas hechas por organizaciones de sociedad civil venezolana a dicho proyecto y con este ejemplo, se hace evidente la necesidad de alinear las fechas de inicio y fin de las amnistías, para evitar efectos colaterales impropios y en sí mismo, la ilegitimidad de la amnistía que se trate.

4. El método de aprobación

Un aspecto singular que se plantea en las Pautas de Belfast es el método de aprobación y la consulta pública del texto que contiene la amnistía. La singularidad de este punto deviene de la incorporación de la idea de consulta pública como una fórmula para dar mayor legitimidad a la decisión de amnistiar²⁴.

El método de aprobación es el que dicte el ordenamiento jurídico interno del país que se trate, bien sea a través de procedimientos legales o incluso, constitucionales. En consecuencia, habrá una previsión de derecho positivo que sirva como guía de pasos a seguir para que la amnistía entre en vigencia en el Estado que se trate.

Punto especial a considerar es la posibilidad de consulta pública. En las Pautas se afirma que para el caso de acuerdos de paz que contengan amnistías²⁵, puede resultar útil para bañar de legitimidad el contenido del acuerdo, una consulta popular a través de un referéndum.

Aun cuando la consulta puede ser de utilidad, las propias Pautas advierten que la consulta en sí misma, es insuficiente para garantizar la legitimidad o la legalidad de una amnistía que por lo demás, infrinja el derecho interno o internacional²⁶.

²² Venezuela. Proyecto de *Ley de Amnistía y Garantías Constitucionales para los militares y civiles que colaboren o hayan colaborado con la restitución del orden constitucional*. Enero, 2019.

²³ CDH. UCAB, “*Consideraciones del CDH UCAB ante el Proyecto de Ley de Amnistía*”, Caracas, 2018. Disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/recursos/Consideraciones%20del%20CDH%20UCAB%20ante%20el%20Proyecto%20de%20Ley%20de%20Amnistia.pdf, consultado en fecha 19 de noviembre de 2020.

²⁴ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, ob. cit., p. 18.

²⁵ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la construcción de una PAZ estable y duradera, *ABC, del acuerdo de paz*, Bogotá, 2016. Disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/cartillaabcdelacuerdofinal2.pdf>, consultado en fecha 19 de noviembre de 2020.

²⁶ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, ob. cit., p. 19.

Si bien la consulta pública en el caso de acuerdos omnicomprendivos puede dar mayores visos de legitimidad, el peligro de este mecanismo es que el rechazo popular del texto siempre es una posibilidad y al ser imperativo el cumplimiento del principio democrático, sería cuesta arriba inobservar el pronunciamiento hecho en el referéndum o consulta.

Un tipo de consulta que se considera puede ser más efectivo es la consulta pública a interesados, tal como por ejemplo ocurre en el ordenamiento jurídico de Venezuela, en el que, dentro del proceso de formación de leyes, existe la oportunidad de consulta pública de textos legales. Esa oportunidad permite que personas naturales y jurídicas interesadas emitan opinión y recomendaciones sobre el proyecto de ley que se trate.

Bajo la idea de consulta pública de ley, la sociedad civil organizada, más fuerte en unos países que en otros, o incluso víctimas, tienen una oportunidad de oro para disentir, observar o apoyar una amnistía.

En todo caso, es rescatable la idea de posibilidad de consulta pública de la amnistía como una fórmula que dependiendo del contexto en el que se le quiera dar cabida, puede servir para facilitar su promulgación, o como mecanismo de prevención para evitarla al ser contraria a derecho y/o ilegítima.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AMNISTÍAS

El control judicial de las amnistías es especialmente importante, sobre todo para quienes se acogen a este beneficio y tienen una condena penal, abierta una investigación del mismo tipo, o un juicio en proceso.

Es igualmente importante el control judicial para las potenciales víctimas de perpetradores de delitos y/o violaciones de derechos humanos en algunos de los supuestos descritos, ya que la efectiva aplicación de la amnistía pudiese generar impactos negativos en ellos, tales como la impunidad.

Una de las importancias del control judicial, es que las amnistías que tienen efectos penales, como es en la mayoría de los casos, se requiere un paso por el tamiz del juzgado penal que conoce del caso, para que, en términos operativos, verifique que están cumplidos los supuestos del beneficio contenido en la ley en el caso bajo su análisis y ordene la excarcelación, sobreseimiento o cualquier otra forma de terminación del proceso penal, en cualquiera de sus fases.

En las Pautas de Belfast se listan una serie de efectos judiciales que pueden tener las amnistías, a saber²⁷:

- Prevenir el inicio de nuevas investigaciones criminales.
- Interrumpir juicios e investigaciones criminales en curso.
- Educir sentencias penitenciarias.
- Liberar presos.
- Otorgar indultos.
- Eliminar antecedentes penales.
- Excluir la responsabilidad civil.

Los efectos mencionados tienen un enfoque en el proceso y en la persona beneficiaria de la amnistía de una forma evidente e indubitable, no obstante, no debe pasarse por alto la idea que una persona potencialmente beneficiaria de una amnistía puede ser también, potencialmente víctima y/o victimario; y es en el marco de esa posibilidad, que se desea hacer un breve análisis sobre los efectos judiciales.

²⁷ *Ibid.*, p. 18.

Quien resulta beneficiado por una amnistía puede ser una víctima de un contexto de represión política, quien, sin haber cometido delito en estricto derecho, ha sido procesada y eventualmente condenada; lo mismo puede ocurrirle en caso de ser un combatiente armado que ha sido apresado por el enemigo.

Por otra parte, quien resulta beneficiado de una amnistía, puede ser también una persona que ha cometido actos considerados como delitos, que eventualmente también puedan ser tenidos como violaciones de derechos humanos y en el marco de un proceso de reconciliación nacional, se haya dictado la amnistía que da cabida a la obtención de una liberación o terminación de la investigación penal.

En las amnistías, el cuerpo legislador es el llamado a tener los mayores cuidados y reparos en la estructuración de este beneficio. Las Pautas de Belfast, como ha sido enunciado, son una guía al legislador en su tarea, aunque en buena medida, son también una guía para la actuación estatal, para la sociedad civil organizada y para todas aquellas personas interesadas o que guarden relación con una iniciativa de tal naturaleza.

Si bien el parlamento, es el poder público llamado a tener el mayor cuidado, no es menos cierto que la actividad del Poder Judicial y específicamente de los juzgados especializados en materia penal, son también guardianes del ordenamiento jurídico al momento de aplicar normativa contenida en una ley de amnistía. Ese carácter de guardianes, también los tendrán los tribunales con competencia constitucional sobre la misma materia de la amnistía.

Es tan relevante la revisión que hacen los juzgados en materia de amnistías, en el caso de procesos ya abiertos o casos con sentencia definitivamente firme, que su decisión, de ser no conforme a derecho, puede implicar:

1. Una privación ilegítima de libertad, para el caso de personas procesadas o condenadas, cuyo caso sea efectivamente subsumible en los supuestos de la ley de amnistía.
2. Liberar a perpetradores de violaciones de derechos humanos, en el supuesto que no se hagan exclusiones debidas conforme a los límites que impone el derecho internacional de los derechos humanos, o que tales personas no hayan colaborado efectivamente con la justicia y la verdad.

La representación fiscal, la defensa, potenciales víctimas y sociedad civil organizada son los actores que, junto con el Tribunal, suelen procurar que no ocurran ninguno de los supuestos mencionados en la aplicación de una ley de amnistía.

En el texto de las Pautas, se incluye una mención referida a las amnistías que incluyen eximentes de responsabilidad civil, para cuyo caso, recomienda la consideración de programas de reparaciones administrativas para ofrecer remedios a las víctimas²⁸.

Finalmente, en el texto de Belfast sobre este punto, se habla de la gradación de beneficios que pueda implicar una amnistía para perpetradores de violaciones a derechos fundamentales y en consecuencia, trae a colación la categorización de beneficiarios.

En sentido de lo dicho, las Pautas sugieren que perpetradores de delitos graves puedan recibir reducciones de pena y en el caso de los delitos menos graves, los perpetradores puedan recibir una amnistía total²⁹.

²⁸ *Ibíd.*, p. 18.

²⁹ *Ibíd.*, p. 19.

El espíritu del referido planteamiento busca un enfoque escalonado, tendiente a generar una proporcionalidad en las consecuencias penales de aplicación de la amnistía. A decir de las Pautas, ello sería un elemento que contribuye a darle legitimidad a la amnistía.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las Pautas del Belfast sobre amnistía y responsabilidad son sin duda alguna, un valioso instrumento de guiatura para el legislador que desea acometer la tarea de la promulgación de una ley de amnistía.

Al dar una revisión al texto, se observa como lo que parece un simple concepto con efectos jurídicos concretos, en aras de tener una legitimidad real en la aplicación práctica, no solo depende de un simple cumplimiento de un proceso de validez formal, sino que tiende a complejizarse.

La afirmación sobre la complejidad del proceso para emitir una amnistía deviene del hecho que pretende regular conductas humanas en contextos en donde la institucionalidad y el ordenamiento jurídico previamente concebido, no han podido dar una respuesta y por eso se recurre a instrumentos como la amnistía, en aras de dar esa respuesta que la sociedad pide.

De una revisión del texto de Belfast y de esta breve interpretación académica que ha tratado de darse, se evidencia que el análisis de contexto muy importante a la hora de avanzar sobre la emisión de una amnistía, ya que las circunstancias alrededor del país y el momento en el que se pretende avanzar en su promulgación siempre son de revisión casuística y no estandarizada.

Las amnistías no son un fin en sí mismo, son un mero instrumento, típico de justicia transicional, para la consecución de anhelos sociales tendientes a la obtención de la verdad, la justicia y la reparación en contextos en los que se han producido violaciones de derechos fundamentales.

En tiempos modernos el derecho internacional cobra mayor relevancia ante el proceso globalizador y de interconexión de Estados y personas en general, por ello, los estándares internacionales en materia de amnistías y responsabilidad son un eslabón que no puede ser inobservado en la formulación de estas leyes.

Para finalizar, preparar una amnistía no es tarea sencilla pero tampoco es una labor imposible. Textos como las Pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad constituyen una contribución a la adecuación de procedimientos internos de los Estados a estándares internacionales de protección de derechos humanos, los cuales durante la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, han servido al mundo occidental para mejorar procesos de aplicación del derecho cuya verdadera finalidad sea beneficiar a las personas y sociedades.

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE GENOCIDIO

Alí Daniels*

SUMARIO

I. Introducción. II. La Primera Guerra Mundial. III. Período entre guerras. IV. La Segunda Guerra Mundial. V. Los juicios de Nuremberg. 1. Primer borrador (Secretariado). 2. Segundo borrador (Comité ad hoc). 3. Texto final (Sexto Comité o Comité Legal). VII. La Corte Internacional de Justicia. VIII. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. IX. Conclusiones.

*El caso es que la lluvia de mi trabajo cayó sobre
una llanura en barbecho, solo que esta lluvia
fue una mezcla de la sangre y las lágrimas
de ocho millones de inocentes en todo el mundo.
¡También se incluyeron las lágrimas
de mis padres y mis amigos!
Raphael Lemkin en *Totally Unofficial*.*

I. INTRODUCCIÓN

Si bien debemos partir de la triste constatación que la noción de crímenes atroces¹ no es algo nuevo para la humanidad, lo cierto es que históricamente la persecución de los mismos no fue una preocupación del derecho, y así, los objetivos en el ámbito

* Abogado (UCAB). Especialista en derecho administrativo por la misma universidad. Director de la organización no gubernamental Acceso a la Justicia. Ha sido profesor derecho internacional humanitario (UCAB) y de derechos humanos (UNIMET). Tienes publicaciones arbitradas en temas relativos al derecho administrativo, militar, bancario, derechos humanos y en filosofía del derecho.

¹ “El término “crímenes atroces” se refiere a tres crímenes internacionales definidos jurídicamente: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Las definiciones de los crímenes pueden encontrarse en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, entre otros tratados” a esta definición nosotros agregamos el crimen de agresión, también establecido en el Estatuto de Roma. Vid. Oficina de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Genocidio y la Responsabilidad de Proteger, *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención*, 2014. Disponible en: https://www.un.org/es/preventgenocide/adviser/pdf/Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes_SP.pdf, consultado el 25 de noviembre de 2020.

penal estaban más vinculados a la represión de acciones individuales, y como medio de control social, que a la sanción de masacres, saqueos y violaciones que, bajo la excusa de defender el honor de una nación, un dios, una religión o cualquier otra consideración se han cometido periódicamente.

Así entonces, salvo contadísimas excepciones, ante la comisión de crímenes a gran escala, la regla a seguir era la impunidad bajo la expresión “justicia del vencedor”.

Obviamente, el hecho de que estos crímenes generalmente se hacían bajo la cobertura de órdenes regias, razones de estado y similares pretextos, pone en evidencia las razones por las que el derecho, sujeto a los mismos condicionamientos, no consideró necesario regular tales situaciones, y cuando excepcionalmente lo hacía, se regía por las reglas del derecho ordinario sin considerar las obvias diferencias entre una acción individual y el asesinato sistemático o generalizado de un grupo de personas por su simple pertenencia a una etnia u otro elemento diferenciador según el ejecutor.

Además de lo dicho, existen otras razones para esta grave omisión, pero una de las más importantes, sin dudas, era la inexistencia de una rama del derecho lo suficientemente desarrollada para acompañar la persecución de delitos de tal envergadura, y en ese sentido, fue necesario, primero la consolidación de los estados nacionales, y a partir de allí, la de las reglas por la que se regían sus relaciones.

De ahí entonces, la necesidad del desarrollo de un derecho internacional lo suficientemente evolucionado que permitiese en primer lugar un cambio de paradigmas en la ciencia jurídica, por un lado, y en segundo lugar, la construcción de un pensamiento de globalidad sobre las acciones humanas que permitiese ver más allá de las fronteras nacionales e hiciese posible estructuras que superasen los límites de los poderes de cada país.

Así, hubo que esperar hasta el advenimiento del derecho internacional humanitario para que se iniciase todo un proceso que significó un verdadero giro copernicano para el derecho en general, al establecerse en 1864 el primer tratado internacional cuyo fin primordial era la protección de la persona humana (hecho que nunca dejará de sorprendernos), al establecer condiciones básicas para el tratamiento de heridos y del personal sanitario en tiempos de conflictos armados internacionales.

Este breve tratado, de apenas 10 artículos, significó la creación de una nueva rama del derecho internacional, llamado ahora derecho internacional humanitario, que abrió, con muchas dificultades, la brecha para que se iniciase la discusión sobre otras áreas de protección a la persona².

Este último enfoque, implicaba también una manera diferente de tratar lo jurídico en el ámbito internacional, restringido como estaba hasta ese momento a una aséptica y limitada relación entre estados, lo que hace que pase a ocuparse de situaciones tan increíblemente novedosas como la protección del personal sanitario, y, sobre todo, el sufrimiento humano³.

² Este Convenio, además fue el primer tratado internacional que quedó abierto para la firma de los países que quisieran hacer parte del mismo, es decir, es un antecedente del multilateralismo. Vid. Alberto Costi, “The parallax view: A critical history of the origins of the Geneva Conventions”, en: *NZACL Yearbook* 10, 2004, pp. 213-230. Disponible en: https://www.wgtn.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/nzacl-yearbooks/yearbook-10,-2004/Costi_Geneva.pdf, consultado el 25 de noviembre de 2020.

³ El sufrimiento de los heridos en conflictos armados era tan secundario que la discusión fundamental en la aprobación del Convenio de 1864 fue si se debía o no declarar neutral al personal sanitario, dada la resistencia a esta idea por parte de algunos países. Vid. Jean Pictet, “The first Geneva convention”,

En el caso que nos ocupa, el de la evolución del concepto de genocidio, resulta necesario, antes de llegar a él, mencionar que en general, hasta el siglo XIX no había un concepto de lo que hoy llamamos crímenes atroces, y por ello, junto con el derecho humanitario, esta búsqueda empieza por su consecuencia más cercana, esto es, por la determinación de lo que podía considerarse un crimen de guerra.

En ese sentido, lo dicho se constata cuando se aprecia que la primera vez que se utiliza el concepto de crimen de guerra es en 1872 por parte de Johann Caspar Bluntschli⁴ en su obra *Derecho internacional moderno de los Estados civilizados*, al hacer referencia a las acciones de los francotiradores en la guerra franco prusiana de 1870, y nos ayuda a comprender cómo ha tenido que ir poniéndose al día la ciencia jurídica en esta materia, y cómo, además, el derecho internacional humanitario obligó a que tales conceptos emergieran en el debate jurídico.

Por otro lado, los mismos fundadores de lo que hoy llamamos el Comité Internacional de la Cruz Roja, y por tanto, participantes en la redacción del convenio de Ginebra de 1864, tuvieron que intervenir en tales discusiones, y así, por ejemplo, Gustave Moynier, segundo presidente del Comité⁵, en un principio consideró (1870), con un poco de ingenuidad, que las violaciones al convenio de Ginebra debían ser sancionadas por la presión y condena de la opinión pública, así como por la elaboración de parte de los estados de la normativa interna que tratase la materia, pero con el estallido y los desmanes de la ya citada guerra franco-prusiana, rápidamente cambió de opinión y en 1872 propuso el establecimiento de un tribunal internacional que juzgara tales crímenes, propuesta que lamentablemente no tuvo eco entre los gobiernos de la época.

Con los citados, se establecieron los postulados fundamentales de lo que sería la discusión de los años siguientes, a saber, que existían crímenes cuya gravedad y alcance estaban mucho más allá de lo que las legislaciones nacionales habían reconocido hasta entonces, y en segundo término, que era necesario concebir nuevas estructuras, fuera de las nacionales, que determinasen la responsabilidad de quienes los cometían.

II. LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

A pesar de que con frecuencia se describe la primera guerra mundial como un momento fallido para el reconocimiento y juzgamiento de crímenes atroces, ello en realidad es un exceso en la medida en que luego de la misma sí existía una opinión pública, así como el estudio de diversos juristas⁶, con criterios a favor del juzgamiento

en: *International review of the red cross*, 1964, pp. 421-425. Disponible en: https://www.loc.gov/law/mlr/pdf/RC_Aug-1964.pdf, consultado el 26 de noviembre de 2020.

⁴ Daniel Marc Segesser y Myriam Gessler, “Raphael Lemkin and the international debate on the punishment of war crimes (1919 – 1948)” en: *Journal of Genocide Research*, 7(4), December, 2005, pp. 453-468.

⁵ Originalmente se llamó Comité para el socorro de los heridos y partir de 1876 pasó a llamarse con su nombre actual. Moynier fue su segundo presidente, luego de la breve presidencia de Guillaume-Henri Dufour, y estuvo en el cargo 46 años (es quien por más tiempo ha ejercido el mismo), siendo responsable de la conformación del CICR como una gran organización internacional, así como del desarrollo del derecho internacional humanitario hasta su muerte en 1910. Tan poco conocida como su propia figura es su larga rivalidad con el fundador Henri Dunant. Vid. Caroline Moorehead, *Le réveur et le bâtisseur*. Disponible en: http://www.redcross.int/FR/mag/magazine2010_2/22-23.html, consultado el 26 de noviembre de 2020.

⁶ Daniel Marc Segesser y Myriam Gessler, ob. cit., p. 453.

to de los responsables, en particular, de los crímenes de guerra, y en ese sentido se cita que David Lloyd George llegó a primer ministro británico inmediatamente luego de finalizada la guerra, con la promesa de llevar ante la justicia al kaiser Guillermo⁷.

Más concretamente, la Comisión de Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Ejecución de Penas creada por la Conferencia de paz de París en 1919, realizó un reporte⁸ para esta última donde se hizo una lista de los crímenes cometidos bajo la denominación de “Violaciones a las leyes y usos de la guerra” entre los que estaban violaciones a los Convenios de Ginebra y de la Haya, y otros tales como masacres, provocar hambruna deliberada en la población civil, prostitución forzada y trabajos forzados a la población civil⁹, cometidos contra las “elementales leyes de humanidad”¹⁰.

De igual manera la Comisión recomendó la creación de un Alto Tribunal internacional conformado por los estados vencedores, pero como señalan Segesser y Gessler, la enumeración de crímenes no estuvo acompañada de un concepto de crimen de guerra, y esto, junto con las dudas respecto a si podría ser considerado un crimen el iniciar un conflicto armado, fue determinante para que el grupo de cuatro líderes que dirigió la Conferencia declinara las recomendaciones hechas por la Comisión¹¹.

Otra consecuencia no menor del reporte de la Comisión es que de acuerdo con su propia admisión, el mismo incentivó a un joven llamado Raphael Lemkin, a estudiar derecho, y en particular derecho penal¹², y quien luego tendría una participación decisiva en la conceptualización de este tipo de crímenes, como veremos.

Por otra parte, el intento de obtener justicia realizado por los llamados juicios de Leipzig para juzgar a autores de crímenes de guerra de nacionalidad alemana, si bien puede ser considerado un fracaso en términos de su principal finalidad (en los 9 juicios, solo se procesaron a 12 personas y apenas condenaron a 6, siendo la mayor impuesta la de dos años cárcel¹³), estableció un precedente importante, pues si bien siempre en estos casos siempre se utiliza el lugar común de la injusticia que conlleva un tribunal de vencedores, esta experiencia demostró que no era mejor uno por parte de los vencidos dado que apenas se juzgaron a unos pocos militares. La mayoría de ellos, subalternos. Lo mismo aplica para los llamados juicios de Constantinopla, en los que se trató de juzgar a los responsables de lo que ahora llamamos el genocidio armenio y que fue también un rotundo fracaso, aunque por razones completamente diferentes¹⁴.

⁷ *Ídem*. De hecho, esto quedó estipulado expresamente en el artículo 227 del Tratado de Versalles, pero Holanda, país en el que se refugió el kaiser se negó a extraditarlo. Vid. Javier Chinchón Alvarez, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenon, Sevilla, 2007. pp. 83-84.

⁸ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties (1919), *Report Presented to the Preliminary Peace Conference in American Journal of International Law*, Vol. 14, Nos. 1/2, 1920 pp. 95-154. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/63159c/pdf/>, consultado el 26 de noviembre de 2020.

⁹ *Ibíd.* pp. 114-115

¹⁰ *Ibíd.* p. 115.

¹¹ Daniel Marc Segesser y Myriam Gessler, ob. cit., pp. 453-454.

¹² *Ibíd.* p. 454.

¹³ Claud Mullins, *The Leipzig trials*, Witherby, London, 1921, pp. 191 ss. Disponible en: <https://archive.org/details/leipzigtrialsac00mull/page/n5/mode/2up>, consultado el 2 de noviembre de 2020.

¹⁴ Aunque hubo algunas condenas de dirigentes de alto perfil, el cambio de gobierno luego de la toma del poder por los llamados “Jóvenes Turcos” liderados por Kemal Atatürk hizo de estos juicios una bandera nacionalista, finalmente resuelta por una toma de rehenes británicos que luego fueron can-

Adicionalmente, esta experiencia puso de manifiesto el principal argumento de los cometidos crímenes atroces, esto es, la obediencia debida, pues en los casos más graves, aunque se comprobó la comisión de delito se declaró que los imputados habían actuado ejecutando órdenes y por tanto no eran responsables, pero, por otro lado, no se juzgó a quienes dieron las órdenes. A partir de entonces este argumento ha sido empleado *ad nauseam* por los perpetradores a pesar de que el derecho internacional hace tiempo lo desechó a partir del Acuerdo de Londres en 1945, en cuyo artículo 8 establece que el seguimiento de órdenes no exime de la responsabilidad penal¹⁵.

III. PERÍODO ENTRE GUERRAS

De los casos mencionados, el que tuvo una gran atención por la opinión pública de la época, fue el armenio, por el juicio llevado a cabo contra Soghomon Tehlirian, quien había asesinado al que fuera el gran visir del imperio otomano, Taalat Pasha, pues el primero le atribuía responsabilidades en las acciones contra el pueblo armenio¹⁶.

Este hecho, que puso de nuevo en la discusión pública los inefectivos de los mecanismos utilizados para determinar responsabilidad de graves crímenes, trajo un movimiento de intelectuales y juristas apoyando la realización de soluciones concretas al problema. De este modo, Maurice Travers, un abogado francés, publicó el primer tomo de su obra sobre derecho penal internacional¹⁷, y consecuencia de la propuesta de profesor de la Universidad de Lovaina, Edouard Descamps, el Comité Asesor de Juristas de la Liga de las Naciones recomendó la creación de una corte internacional de justicia para tratar aquellos crímenes que constituyesen una ruptura con el orden público internacional o la leyes universales de la naciones¹⁸, no sin oposición parcial, pues algunos como Lord Phillimore, si bien estaba de acuerdo con juzgar los crímenes de guerra, no consideraba que el provocar un conflicto armado pudiese considerarse como tal¹⁹.

Sin embargo, aunque el Consejo de la Liga de las Naciones prefería remitir el asunto al estudio de entidades especialistas en la materia, la Asamblea de la Liga consideró que el tema no estaba lo suficiente maduro por cuanto la mayoría de los representantes de los países consideraba que todavía no existía tal cosa como un derecho penal internacional²⁰. Obviamente, este argumento no tenía sentido, pues si debía desarrollarse este derecho, era la misma Liga la responsable de tal encargo, por

jeados por los imputados que iban a ser sometidos a juicio. A partir de ese momento Turquía niega la existencia del genocidio armenio. Vid. Vaché Thomassian, *The constantinople war crimes trials: the legal response to the armenian genocide*. Disponible en: <https://ayfwest.org/news/the-constantinople-war-crimes-trials-the-legal-response-to-the-armenian-genocide/>, consultado el 28 de noviembre de 2020.

¹⁵ “*The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires*”. United Nations. *Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis*. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b39614.html>, consultado el 26 de noviembre de 2020.

¹⁶ Daniel Marc Segesser y Myriam Gessler, ob. cit., pp. 453-454.

¹⁷ *Ibid.*, p. 454.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 455.

²⁰ *Ídem*.

lo que más que argumento sustantivo en realidad era una muestra de falta de voluntad política para llevar a cabo esa labor.

Paralelamente a estos acontecimientos, Raphael Lemkin, terminaba su doctorado en la Universidad de Lwów (actual Lviv) en 1926 y de ahí pasó a dar clases en la Universidad Libre de Varsovia al año siguiente y en 1929 obtuvo el nombramiento como fiscal en la misma ciudad²¹. Allí coincidió con Emil Rappaport, profesor de derecho penal en la misma universidad y quien también era juez de la corte de apelaciones de Varsovia. Este último era además presidente del capítulo polaco de la Comisión internacional para la cooperación judicial y vicepresidente de la Asociación internacional de derecho penal, organizaciones a las que se unió Lemkin²².

El encuentro de estos dos estudiosos del derecho penal fue muy fructífero, pues ambos colaboraron en la redacción del código penal polaco de 1932, sino también en comentario conjunto sobre dicha norma²³.

En 1927, el capítulo polaco de la Comisión por la cooperación judicial internacional organizó la primera conferencia internacional para la unificación del derecho penal en la ciudad de Varsovia. Allí se aceptó la propuesta de Rappaport de lo que se denominaba *delicta iuris gentium* y en ese sentido se declaró que la piratería, la falsificación de moneda, el tráfico de esclavos, el tráfico de mujeres y niños, el uso intencional de instrumentos capacidad de constituir un peligro público, el tráfico de narcóticos, y el tráfico de publicaciones obscenas eran crímenes perseguibles en todo lugar bajo el principio de jurisdicción universal²⁴.

Estas conclusiones fueron llevadas ante la quinta conferencia internacional para la unificación del derecho penal realizada en Madrid en 1.933, y en ella, aunque aparentemente Lemkin no estuvo físicamente, sí presentó una propuesta según la cual entendía que no todas las violaciones al derecho internacional podían ser juzgada según el principio de la jurisdicción universal, sino aquellas que implicasen algo “Tan particularmente peligroso como para representar una amenaza para los intereses, sea de naturaleza material o de naturaleza moral, de toda la comunidad internacional”²⁵. Por ello plateaba regresar al concepto original de usar conceptos que involucrasen el producir un peligro público y que debían incluir actos de barbarie, actos de vandalismo, provocación de catástrofes e interrupción internacional de las comunicaciones internacionales, así como la propagación contagios para seres humanos, animales o vegetales. Más importante aún señalaba que también debían incluirse las violaciones de derechos humanos, los actos de exterminio y la destrucción de un bienes culturales y obras de arte como hechos sujetos a persecución en razón del principio de jurisdicción universal²⁶.

Con lo expuesto se manifiesta el primer acercamiento de Lemkin al tema y también conoce su primer fracaso al respecto, pues la conferencia prefirió discutir la propuesta del jurista francés Jean André Roux de concentrarse en el terrorismo, lo cual resultó en algo irónico, dado que precisamente ese tema sigue siendo discutido hasta el día de hoy y con los mismos fallidos resultados.

²¹ *Ibíd.*, p. 456.

²² *Ídem.*

²³ *Ídem.*

²⁴ *Ibíd.*, p. 457.

²⁵ “so particularly dangerous as to present a threat to the interests, either of material nature or of a moral nature, of the entire international community”, *Ídem.*

²⁶ *Ídem.*

IV. LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Luego de esta experiencia, Lemkin no aborda más el asunto, hasta que en 1939 Alemania ataca Polonia y tiene que huir apresuradamente de la capital polaca. Luego de esto, logró escapar primero hasta Lituania y luego a Suecia, donde dio clases durante año y medio en la Universidad de Estocolmo sobre el tema que había estado estudiando en esa época, es decir, derecho financiero. Sin embargo, la dura experiencia vivida lo llevó a recopilar leyes y decretos alemanes respecto de los pueblos sometidos por estos, lo que posteriormente sería la base de su libro “el Gobierno del eje en la Europa ocupada”. Posteriormente, se le presentó una oferta de trabajo en la Universidad de Duke, por lo que luego de transitar por la Unión Soviética y Japón llegó a Estados Unidos en 1941²⁷.

En ese contexto, el debate académico del momento trata en la sanción de los crímenes de guerra, y a partir de allí Lemkin inició sus estudios sobre ese tema, ampliando tal materia con el agregado de analizar la guerra de agresión y los crímenes que luego serán conocidos por delitos de lesa humanidad. Al mismo tiempo, la Asamblea Internacional de Londres, constituida por distinguidos juristas como Hans Kelsen y Albert Levy, resaltaban la necesidad que la agresión fuese considerada un crimen internacional y sus autores juzgados por ello²⁸.

Esto, además, se complementaba con la conclusión del jurista polaco-americano Sheldon Glueck de que no solo las violaciones al derecho internacional humanitario debían ser castigadas sino también delitos como las matanzas masivas, los crímenes contra los judíos y en general todas las violaciones a los principios del derecho penal observados en los países civilizados²⁹.

En el marco de estas propuestas, tuvo un papel muy destacado la Comisión de crímenes de guerra de Naciones Unidas, creada en 1943, y cuyo nombre, por razones obvias, hace exclusiva alusión a la unidad de los países aliados que la crearon y no la organización que hoy conocemos bajo ese nombre. Lemkin, por su parte, no se unió a estos debates hasta 1944, enfocado como estaba en terminar su libro sobre el régimen aplicado en la Europa ocupada que fue recibida como una enfática imputación sobre los crímenes cometidos por los gobiernos del eje durante la guerra³⁰.

De este modo, el libro tiene como objetivo demostrar cómo la utilización de un concepto utilitario de la ley, para dar una impresión de una actuación legítima al estar basada en una norma, permitió todo tipo de atrocidades. Así, Stone ha subrayado el papel central que el derecho desempeñó en lo que después se llamaría holocausto, pues estableció el entramado que hizo propicio la persecución de millones de seres humanos, y de ahí el interés de Lemkin de analizar en su obra todo el enunciado de normas que habilitaron tales horrores³¹. En ese sentido, también debe destacarse cómo un jurista como Lemkin, entendió que este uso del derecho contrario a los más elementales principios de humanidad debía ser combatido, precisamente utilizando el derecho como instrumento para que tal desviación no volviese a ocurrir.

Es entonces, cuando realiza este análisis que Lemkin introduce el concepto que no solo influirá el debate jurídico hasta nuestros días, sino otros muchos campos del

²⁷ *Ibid.*, pp. 458-459.

²⁸ *Ibid.*, pp. 459.

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ibid.*, p. 460.

³¹ Dan Stone, “Raphael Lemkin on the Holocaust”, en: *Journal of Genocide Research*, 7(4), 2005, p. 541.

conocimiento por las implicaciones que tiene. Al efecto indica expresamente que “nuevas concepciones requieren nuevos términos” y pasa a introducir el término genocidio, y al respecto debe aclararse que no intentó crear un nuevo delito sino agrupar unos ya existentes dentro de una nueva categoría³².

Lemkin explica que esta nueva palabra, que describe “la destrucción de una nación o de un grupo étnico”³³ está constituida por la unión la palabra griega *genos* (raza, tribu) y la latina *cide*, sufijo derivado de la palabra *caedo*, cuyo infinitivo es *caedere* (matar, asesinar) que denota tal acción. En el pie de página que comenta esta explicación agrega que también podría utilizarse la expresión “etnocidio” cuya primera parte se derivada griego etnos (pueblo, nación)³⁴.

Luego pasa a explicar que genocidio es:

un plan coordinado de diferentes acciones dirigidas a la destrucción de los cimientos esenciales de la vida de los grupos nacionales, con el objetivo de aniquilar a tales grupos. Los objetivos de tal plan serían la desintegración de la política e instituciones sociales, de la cultura, la lengua, los sentimientos nacionales, la religión y existencia económica de grupos nacionales, y la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de las personas que pertenecen a dichos grupos³⁵.

Debe subrayarse que se trata de la descripción de lo que es un genocidio en términos amplios, sin pretensiones de considerarlo como un tipo penal con las exigencias que este requiere, pues el libro Lemkin es de denuncia de los crímenes cometidos en la guerra y los horrores de la ocupación, por lo que no tiene una perspectiva jurídica, de ahí la expresión “objetivos” y no “con la intención de” tan esencial para el derecho penal, por lo que el desarrollo posterior de la idea tendrá cambios en ese sentido.

Así entonces, en este concepto de genocidio, se divide en dos elementos: la existencia de un plan que implique una acción sistemática por parte de quienes lo ejecuten, y que por tanto exige una actividad coordinada a gran escala. Sobre esto debe destacarse que Lemkin no atribuye la ejecución del plan a una entidad determinada, sino que deja la cuestión en tal sentido abierta. En segundo término, en el concepto se tratar de enumerar los objetivos de la aniquilación para evidenciar que la misma no es solo física, sino que persigue eliminar cualquier elemento cultural, religioso o político que pueda ser vinculado con el grupo perseguido, y así no se trata solo de eliminar al grupo sino también borrar lo que la humanidad tiene de este.

Los mecanismos de persecución no son detallados, y ese precisamente, es parte del desarrollo del concepto en la medida en que casos particulares que se irían documentando durante el proceso de elaboración de la idea de genocidio se incorporarían al mismo, demostrando la diversidad de manifestaciones que acompañan a este atroz crimen.

Lo relativo al objetivo de acabar con la cultura, lo que luego sería definido como genocidio cultural, siempre fue resaltado por Lemkin en la medida en que entendía

³² Daniel Marc Segesser y Myriam Gessler, ob. cit., p. 461.

³³ Raphael Lemkin, *Axis rule in occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government. Proposals for Redress*, Lawbook Exchange, Clark, 2005, p. 79

³⁴ *Ídem*.

³⁵ “a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objectives of such a plan would be disintegration of the political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such groups”. *Ídem*.

que la desaparición física de los grupos sujetos a este crimen era apenas uno de los fines de los perpetradores, para quienes cualquier manifestación cultural que reflejase la identidad de las víctimas revivía todo lo que los perpetradores querían acabar, y por lo mismo, tales expresiones debían ser perseguidas tanto como la vida de quienes las hacían posibles. Esto, evidentemente, era el reflejo de lo vivido en la segunda guerra mundial donde no solo se perseguía al judío, si no, a todo lo judío, por lo que no bastaba el horror de matar seres inocentes, sino que además debía acabarse con cualquier rastro de su paso en el pensamiento de la humanidad.

Esta percepción tan perversa del aniquilamiento de grupo de personas y de lo que estas representan y aportan a la cultura, fue algo que a partir de este momento siempre estuvo presente en la mente de Lemkin, y por ello, siempre que pudo trató de incorporar tal idea dentro del concepto de genocidio que actualmente se conoce, aunque su éxito no fue el esperado por él.

Finalmente, también debe destacarse lo que algunos han denominado el “ataque sincronizado” que se deriva del enunciado de Lemkin, es decir, la suma de un conjunto de acciones coordinadas en diferentes campos: físico, biológico y cultural³⁶. Se trata de una articulación de mecanismos en diferentes campos de modo de lograr eliminar la impronta de ese grupo perseguido. Esto último es lo que hace que el genocidio sea llamado el “crimen de crímenes” en la medida en que, al pretender eliminar todo rastro de un grupo de seres humanos, en realidad se afecta la entidad misma de lo que llamamos humanidad, cuya identidad como tal, depende precisamente de su propia diversidad. Así entonces, negar parte de la diversidad humana es negar a la propia humanidad.

V. LOS JUICIOS DE NUREMBERG

Con la finalización de la guerra, se efectúan los juicios de Nuremberg, y en los mismos, Lemkin, quien se había incorporado a la delegación norteamericana que participó en ellos, tuvo una gran influencia, logrando que entre las imputaciones a los nazis que fueron sujetos de estos procesos, estuviera el genocidio, a pesar de tener la oposición de otras delegaciones³⁷. Sin embargo, su éxito fue parcial, porque en las sentencias no recogieron esta imputación, de modo que no hubo un reconocimiento por parte de los tribunales de Nuremberg de la existencia del genocidio como tipo penal³⁸, provocando una gran decepción en Lemkin³⁹.

Sin embargo, esto no lo amedrentó, pues seis meses antes de las sentencias de Nuremberg, ya Lemkin había escrito un artículo para la *American Scholar* sobre el genocidio, lo que junto a su libro sobre la Europa ocupada y el apoyo de importantes periódicos norteamericanos⁴⁰, serían las principales herramientas para su siguiente misión: la Organización de Naciones Unidas.

³⁶ Vid. Thomas Butcher, “A ‘synchronized attack’: On Raphael Lemkin’s holistic conception of genocide” en: *Journal of Genocide Research*, Vol. 15, No. 3, 2012, pp. 253-271.

³⁷ Así por ejemplo, la delegación británica objetó la imputación por genocidio, alegando que dicha palabra no estaba en el Diccionario Oxford. Vid. Daniel Marc Segesser y Myriam Gessler, ob. cit., p. 463.

³⁸ *Ídem*.

³⁹ “*Even my most modest expectations were thwarted*” (incluso mis más modestas expectativas fueron frustradas). Vid. Raphael Lemkin, *Totally unofficial. The autobiography of Raphael Lemkin*, Yale University Press, 2013. p. 120.

⁴⁰ *Ídem*.

VI. LA CONVENCION

De este modo, se preparó para que actuar en la primera sesión regular de la Asamblea General y tratar que se aprobase un tratado internacional sobre el genocidio. Lo primero que hizo fue redactar un proyecto de resolución en el que se estableciera la redacción del tratado como una prioridad de la organización, cosa que efectuó en un sofá del salón de delegados de la organización, y hecho esto, lo presentó a algunos embajadores afines a la idea para que hicieran la propuesta formal y se incluyeran en la agenda. Después de un cuidadoso análisis sobre quienes serían los posibles apoyos de la iniciativa, consiguió la firma de los representantes de Panamá, Cuba y la India, siendo él mismo quien llevó la propuesta ante el secretariado de la organización para que fuese incluida en la agenda de la Asamblea⁴¹. Luego, Lemkin contactó varias delegaciones con representación en el comité que aprobaba la agenda para que el punto se incluyese, lo que finalmente se logró, a partir de una declaración de apoyo por parte de Estados Unidos⁴².

En ejecución de esta decisión, se remitió el borrador de resolución a un comité legal en donde se discutió, sobre todo, si debía aceptarse o no la palabra genocidio y sustituirla por exterminio, pero luego de una elocuente exposición por parte de un miembro de la delegación de Arabia Saudita, la propuesta de cambio fue desechada y se mantuvo el término genocidio. Luego de la aprobación del comité legal, se elevó el proyecto a la Asamblea General donde fue aprobado por unanimidad el 11 de diciembre de 1946⁴³.

Además de establecer que debía redactarse un “proyecto de convenio”, respecto al concepto de genocidio, la Resolución dice lo siguiente:

El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas.

Muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o políticos han sido destruidos parcial o totalmente.

El castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional.

La Asamblea General, por lo tanto,

Afirma que el genocidio es un crimen del Derecho Internacional y que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza.

Ahora bien, se cita extensamente esta Resolución por varias razones: la primera porque desvincula el genocidio del conflicto armado que era el precedente que podía desprenderse de los juicios de Nuremberg aunque no se utilizase el término; en segundo lugar, porque establece como genocidio algo que luego fue eliminado de la Convención, esto es, la destrucción total o parcial de grupos políticos, lo que ha dado lugar a una discusión sobre este particular; y en tercer término porque califica al genocidio como un crimen en el ámbito del derecho internacional, sin que por ello hubiese la necesidad de que estuviese en los códigos nacionales para ser perseguido,

⁴¹ *Ibid.*, pp. 122-123.

⁴² *Ibid.*, p. 126.

⁴³ *Ibid.*, pp. 129 ss.

que era precisamente lo que esperaba Lemkin fuese la posición de los tribunales de Nuremberg.

Esta Resolución también resulta trascendente en la medida en que coloca el genocidio, ya no como algo a cargo de los estados individualmente considerados, sino que lo pone también como una responsabilidad de la comunidad internacional. Este pequeño avance, será uno de los primeros pasos del derecho internacional en el dificultoso camino de manejar la idea de soberanía como un absoluto, y sobre todo para cambiar el paradigma de considerarlo como un fin en sí mismo.

Por lo expuesto, no sorprende que luego, tanto en instrumentos posteriores como en jurisprudencia vinculada al tema, se cite esta Resolución, dada su aprobación unánime, como elemento necesario para justificarla como concreción normativa de principios nacidos de la costumbre internacional⁴⁴.

1. Primer borrador (Secretariado)

A pesar de que la Resolución 96 (I) había encargado al Consejo Económico y Social la redacción del proyecto de Convención, el Secretario General de la organización le pidió a la División de Derechos Humanos que se asumiera la tarea de redactar un borrador inicial⁴⁵, y así se obtuvieron dos proyectos, uno del Consejo y otro del Secretariado. En ambos, debemos decirlo risueñamente, estuvo la mano de Lemkin⁴⁶. El del Secretariado, como veremos tuvo mejor ventura, y puede ser considerado como un texto base con la intención de ser posteriormente desarrollado en las sucesivas discusiones, por lo que su redacción se percibe intencionalmente minimalista a tales fines. En ese sentido, el borrado indicaba en su artículo 1 que el propósito la “Convención es evitar la destrucción de grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos de seres humanos” y que debía entenderse por genocidio (art. 2) como un “acto dirigido contra de los antes mencionados grupos de seres humanos, con el propósito de destruirlo en todo o en parte, o de evitar su preservación o desarrollo”

Luego se pasa a enumerar, cuales sería esos actos, a saber:

1. Causar la muerte de miembros de un grupo o lesionar su salud o su integridad física (masacres, mutilaciones, condiciones de vida, privación de medios de vida).
2. Restringir los nacimientos (esterilización, segregación u obstáculos a los matrimonios).
3. La destrucción de características específicas de un grupo (traslado forzoso de niños, exilio forzado, prohibición de uso del lenguaje, destrucción sistemática de libros, destrucción sistemática de monumentos).

Como puede apreciarse, ya en este borrador, Lemkin mantiene lo relativo a grupos políticos presente, como vimos, presente en la Resolución 96 (I), y elimina la expresión “otros grupos” de esta última. Asimismo, se incluye el genocidio en el ámbito cultural, aunque con la oposición de los otros expertos que participaron en la redacción del texto, Vabres y Pella, por considerar estos que tal inclusión implicaría una extensión indebida del concepto de genocidio⁴⁷.

⁴⁴ Vid. William Schabas, *Genocide in International Law: the crime of crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 56.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁶ Raphael Lemkin, ob. cit. p. 152.

⁴⁷ William Schabas, ob. cit., p. 61.

2. Segundo borrador (Comité ad hoc)

Para acelerar el proceso y cumplir con el compromiso de entregar el proyecto de Convención para la siguiente Asamblea regular, Lemkin propuso el establecimiento de un Comité ad hoc, y así luego de que la Asamblea General, en su Resolución 180 (II) requirió al Consejo Económico Social adelantar sus trabajos en la redacción del proyecto y no esperar las observaciones de los estados respecto del borrador del Secretariado, el Consejo estableció un Comité ad hoc a principios de 1948 integrado por China, Francia, Líbano, Polonia, la Unión Soviética, Estados Unidos y Venezuela⁴⁸. Sin establecerlo formalmente, la base de la discusión fue el proyecto del Secretariado, y quizá no lo consideraron necesario pues en la Resolución 180 (II) se establecía expresamente que este borrador debía ser tomado en consideración.

Las primeras sesiones del Comité se destinaron a discutir un documento presentado por la Unión Soviética llamado “Principios Básicos” y luego a discutir la propuesta de convención presentada por China. Sesionó de abril a mayo de 1948⁴⁹. Todo lo anterior generó importantes cambios al proyecto de Secretariado.

Así el Comité decidió mantener la propuesta inicial de incluir a los grupos políticos como sujetos de genocidio, e incluyó el elemento causal o motivo que no había sido incluido en el proyecto previo, haciendo referencia a que el delito se cometiese en razón del origen racial o nacional, las creencias religiosas o las opiniones de los miembros de los grupos objeto de genocidio. Del mismo modo, en su artículo 3 se mantuvo el considerar como tal el genocidio cultural.

De este modo, el texto del segundo borrador, en lo que atañe al concepto de genocidio quedó en los siguientes términos:

Artículo 1

El genocidio es un crimen bajo el derecho internacional sea cometido en tiempos de paz o de guerra.

Artículo 2

En esta Convención genocidio es la cualquier de los siguientes actos deliberados cometidos con la intención de destruir un grupo nacional, racial, religioso o político, en razón de su origen nacional o racial, creencia religiosa o la opinión política de sus miembros.

1. Asesinato de miembros de un grupo
2. Afectar la integridad física de miembros de un grupo
3. Infringir a miembros de un grupo medidas o condiciones de vida para causar su fallecimiento.
4. Imponer medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro de un grupo.

Artículo 3

En esta Convención genocidio también es cualquier acto deliberado cometido con la intención de destruir el lenguaje, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso en razón de su origen nacional o religioso o por las creencias religiosas de sus miembros tales como:

1. Prohibición del uso del lenguaje del grupo en el uso cotidiano o en las escuelas, o la impresión o circulación de publicaciones en el lenguaje del grupo.
2. Destruir o impedir el uso de librerías, museos, escuelas, monumentos históricos, lugares de adoración u otras instituciones culturales u objetos del grupo.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 72.

3. Texto final (Sexto Comité o Comité Legal).

Terminadas las labores del Comité ad hoc, se remitió el texto aprobado al llamado Comité legal o Sexto Comité, el cual discutió el proyecto desde el 28 de septiembre al 2 de diciembre de 1948. Luego de la discusión artículo por artículo de la Convención se remitió a un subcomité que luego lo devolvió al Comité Legal que fue el que finalmente presentó la versión definitiva a la Asamblea General⁵⁰.

Los más importantes cambios realizados por el Comité Legal respecto al concepto de genocidio empezaron con el artículo 1 que fue modificado completamente y sustituido por una propuesta de Holanda, según la cual además de la fórmula que establecía el genocidio como crimen bajo el derecho internacional, incluyó la obligación de los estados contratantes de prevenir y sancionar⁵¹ el mismo. Este llamado a la prevención, Schabas lo califica intrigante en la medida en que en el resto de la Convención no se establece mecanismo alguno para hacerlo operativo de manera expresa y que además en los debates para incluir esta obligación, a propuesta de Bélgica y de Irán no se puede concluir nada sobre el ámbito de obligaciones que comportaría tal deber de prevención⁵².

Asimismo, se introdujo la idea de que el genocidio ocurre aun cuando la destrucción del grupo perseguido fuera parcial, y entre los grupos perseguidos se agregó el término étnicos y se eliminó el muy discutido concepto de grupo políticos presente desde la Resolución 96 (I). Se eliminó el elemento causal según el cual el genocidio se cometía en razón del origen racial, nacional, religión u opiniones políticas de sus miembros, siendo sustituidos por la expresión “como tal” calificadas por Schabas como “enigmáticas palabras”.

Esto último, en realidad no tiene nada de enigmático, pues como lo explica el propio Lemkin, tal expresión emergió ante el planteamiento de eliminar la motivación en el delito por parte de algunas delegaciones, cosa que sorprendió a Lemkin quien al efecto expresó que el elemento motivación en la caracterización de un delito estaba claro tanto en las escuelas de derechos como en los libros de texto, por lo que agradeció el planteamiento hecho por el embajador venezolano Víctor Manuel Pérez Perozo, de cambiar la redacción previa sobre esto y sustituirla como “como tal” pues estas breves palabras, de acuerdo con el diplomático, fortalecerían “el elemento de intención y establecería el énfasis en el significado de los grupos como elementos básicos de la sociedad mundial que deben ser preservados”. El planteamiento fue aprobado por unanimidad, manteniéndose de este modo la intención a través de esta fórmula de compromiso⁵³.

Respecto a los actos que constituyen genocidio, se agregó la lesión no solo a la integridad física, sino también a la mental de los miembros de un grupo, y se introdujo el traslado forzoso de niños de un grupo partiendo de lo ocurrido en ese sentido en los países cristianos bajo el control del imperio otomano donde este hecho fue recurrente durante siglos⁵⁴. El Comité también determinó en sus discusiones que la lista de actos considerados genocidio debía ser considerada taxativa y no indicativa⁵⁵.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁵¹ *Ibid.*, p. 81.

⁵² *Ídem.*

⁵³ “The words ‘as such’ would strengthen the element of intent, he said, ‘and would lay emphasis on the significance of the groups as basic elements of world society which must be preserved’”. Raphael Lemkin, ob. cit., p. 165.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 167.

⁵⁵ William Schabas, ob. cit., p. 82.

Además, el Comité eliminó el genocidio cultural bajo el argumento de algunos delegados que ello era materia que debía de ser asumida por las Naciones Unidas como un tema de derechos humanos más que de sanción del delito de genocidio⁵⁶.

Finalmente, el Comité pasó a discutir, lo que según la lógica debió ser lo primero, pero que debido a acuerdo⁵⁷ se había dejado para el final: el preámbulo de la Convención. Algunos países no querían que hubiese un preámbulo del todo, y otros, como la Unión Soviética tenía una propuesta muy larga que hacía alusión al fascismo, al nazismo y los juicios de Nuremberg. Ante estas posiciones se presentó un preámbulo elaborado por la delegación venezolana donde no se hacía mención de una ideología particular debido que genocidios como hecho histórico habían ocurrido mucho antes de la existencia del fascismo y del nazismo, y que de igual forma omitía mención alguna a los juicios de Nuremberg porque el genocidio debía considerarse distinto a los crímenes contra la humanidad juzgados en estos procesos. Esta explicación, y el hecho de que la presidencia del Comité hizo votar la propuesta de Venezuela como un todo para evitar agregados a la misma por parte de otras delegaciones, hizo que tal planteamiento fuese aprobado en los mismos términos en los que fue presentado⁵⁸.

Con mucha vergüenza escribimos sobre esta brillante página de la diplomacia venezolana contribuyendo de manera efectiva en la lucha contra el genocidio, en abismal contraste con su posición actual de oponerse a resoluciones del Consejo de Derechos Humanos que buscan seguir combatiendo una atrocidad que incluso colaboró en definir⁵⁹. Oscuros tiempos para la justicia.

Hecha entonces la discusión sobre los aspectos sustantivos de la Convención se remitió a un subcomité para que incluyese los aspectos formales y protocolares del mismo⁶⁰.

El texto final fue presentado ante la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948 y aprobado sin votos en contra convirtiéndose de este modo en el primer tratado internacional de derechos humanos, noción que estamos seguros, Lemkin no compartiría en la medida en que para él lo relativo al genocidio era algo aparte a los derechos humanos, pero mucha de esta posición tuvo que ver con el hecho de que él asumió, no sin alguna razón, que la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por cierto, al día siguiente) podía ser un obstáculo para la aprobación de la Convención, por lo que hizo varias declaraciones separando conceptualmente ambos instrumentos⁶¹.

⁵⁶ *Ídem*

⁵⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 85-87.

⁵⁹ Vid. Tal Cual Digital, *Venezuela fue el único voto adverso en Consejo de DDHH sobre Responsabilidad de Proteger*. Disponible en: <https://talcualdigital.com/venezuela-fue-el-unico-voto-adverso-en-consejo-de-ddhh-sobre-responsabilidad-de-proteger/>, consultado el 26 de noviembre de 2020.

⁶⁰ Lemkin se arrepintió el resto de su vida no haber participado en este subcomité, porque el mismo incluyó lo que él llamó “caballos de Troya” al establecerse en el artículo 14 que la Convención tendría una duración de 10 años prorrogables por períodos de 5 años (lo que lleva a la cuestión de si un delito internacional podía tener “vigencia”), y sobre todo, por el artículo 15 según el cual si el número de estados partes de la Convención llegaba a menos de 16 por la denuncia de estados partes, la Convención cesaría de estar en vigor, lo que hizo que Lemkin entendiera como misión de su vida el lograr el mayor número de ratificaciones. Vid. Raphael Lemkin, ob. cit., pp. 175-176.

⁶¹ Más en serio que en broma llegó a decir que la Declaración era una “cita” mientras que la Convención era “un matrimonio” dado el carácter educativo y no vinculante que tenía la primera en contraste con el carácter normativo y obligatorio de la Convención. “*The Declaration on Human Rights is only an enunciation of general principles. It has no binding force as international law. It contains no provi-*

Sin embargo, tal visión en la actualidad no resulta acertada en la medida en que el genocidio no es más que la manifestación de una sistemática y generalizada violación de derechos humanos, y en ese sentido, no deja de ser lamentable que el primer instrumento internacional de los derechos humanos haya nacido como consecuencia de atrocidades como el genocidio.

Por otro lado, al convertir el genocidio como un fin a ser combatido por los estados y al estar obligados los mismos a no establecer norma alguna que lo hiciera posible, el genocidio es un punto de partida para toda una serie de mecanismos que a partir de ese momento se han establecido para cambiar la idea de soberanía como un fin en sí mismo, a una soberanía al servicio del respeto de los derechos humanos y en contra de la violación a estos⁶².

De este modo el texto final de la Convención en cuanto a la definición de genocidio quedó de la siguiente manera:

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena,

Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad,

Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional,

Convienen en lo siguiente:

Artículo I

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

VII. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Todavía la Convención no había entrado en vigor (lo cual ocurriría el 12 de enero de 1951), cuando la Asamblea General tuvo que elevar una consulta ante la Corte

sions for enforcement, and being a declaration it cannot be enforced as law. It cannot be signed by representatives of governments or ratified by parliaments, because it is not a treaty of nations. The Declaration on Human Rights is only a date, but the Genocide Convention is a marriage”. Ibid., p. 171.

⁶² “Lemkin thus challenged ‘the whole fabric’ of the international legal order by contesting the absolutist vision of sovereignty as end. He sought to reconstitute that order, with sovereignty redefined, reimagined as means to human-centered ends, and subordinated to his new concept of genocide in the hierarchy of values”. Perry Bechky, “Lemkin’s Situation. Toward a rhetorical understanding of genocide”, en: *Brooklyn Law Review*, Vol. 77, 2012, p. 551. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815713, consultado el 29 de enero de 2021.

Internacional de Justicia respecto a las reservas parciales que algunos estados estaban presentando respecto a la Convención, y a tal efecto en una Resolución aprobada el 16 de noviembre de 1950, la organización remitió el tema a la Corte, y está en una Opinión Consultiva emitida el 28 de mayo de 1951, es decir, después de la entrada en vigencia de la Convención estableció lo siguiente:

¿Cuál es el carácter de las reservas que pueden formularse y las objeciones que pueden plantearse a los mismos? La solución debe encontrarse en las características especiales de la Convención sobre el Genocidio. **Los principios subyacentes a la Convención son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados incluso sin ninguna obligación convencional.** Se pretendía que la Convención tuviera un alcance universal. Su propósito es puramente humanitario y civilizador. Los Estados contratantes no tienen ventajas o desventajas individuales ni intereses propios, sino simplemente un interés común⁶³. (Énfasis propio)

De este modo, la naciente Convención, que de acuerdo con el derecho internacional clásico solo era vinculante para los estados que lo ratificaran, gracias a su vinculación, fundamental en este caso, con el derecho internacional humanitario, como la misma Corte apunta, y cuyos principios, desde su inicio eran reconocidos como originarios de la costumbre internacional, y que lo mismos tratados que los recogían no era más expresión de esta. Tal posición sin duda es lo que descansa en este primer paso para el establecimiento del llamado *ius cogens*, es decir, aquellas normas de carácter imperativo para los estados aun cuando no hubiesen ratificado el tratado que los contiene.

Con esta declaración, ahora sí de manera clara y contundente, el genocidio se presenta como una limitación real y efectiva contra una visión absoluta de la soberanía, que encuentra ante tal delito, no solo la obligación de combatirlo sino además de incorporarlo a su ordenamiento independientemente de su voluntad soberana, lo que no es poco para una idea que apenas pocos años antes todavía carecía de nombre propio.

VIII. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA Y EL ESTADUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La primera vez que se aplicó la Convención a un caso concreto fue a través el Tribunal Penal Internacional para Ruanda al juzgar a Jean Paul Akayesu, y en la decisión de la Sala de Juicio I, respecto del concepto de genocidio, se estableció que la violación sexual era una manifestación de este delito, tanto porque podía ir acompañado del asesinato de las víctimas como por el hecho de que les causaba daños físicos y mentales a las mismas. En tal sentido son muy explícitas las conclusiones del tribunal:

Con respecto, en particular, a los hechos descritos en los párrafos 12 (A) y 12 (B) de la Acusación, es decir, violación y violencia sexual, la Sala desea subrayar el hecho que a su

⁶³ “What is the character of the reservations which may be made and the objections which may be raised thereto? The solution must be found in the special characteristics of the Convention on Genocide. The principles underlying the Convention are recognised by civilised nations as binding on States even without any conventional obligation. It was intended that the Convention would be universal in scope. Its purpose is purely humanitarian and civilising. The contracting States do not have any individual advantages or disadvantages nor interests of their own, but merely a common interest”. Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/decisions/advisory-opinion/1951/1951/desc>, consultado el 28 de enero de 2021.

juicio constituyen genocidio al igual que cualquier otro acto siempre que fueron cometidos con la intención específica de destruir, total o parcialmente, un grupo, dirigido como tal. De hecho, la violación y la violencia sexual ciertamente constituyen una imposición de graves daños físicos y psíquicos a las víctimas e incluso, según el Sala, una de las peores formas de infligir daño a la víctima ya que sufre tanto daño corporal como mental. A la luz de todas las pruebas que tiene ante sí, la Sala está satisfecha de que los actos de violación y violencia sexual descritos anteriormente, se cometieron únicamente en contra de mujeres tutsis, muchas de las cuales fueron sometidas a las peores humillaciones públicas, mutiladas, y violadas varias veces, a menudo en público, en las instalaciones comunales de la Oficina Comunal o en otros lugares públicos y, a menudo, por más de un agresor. Estas violaciones resultaron en lesiones físicas y destrucción psicológica de las mujeres tutsis, sus familias y sus comunidades. La violencia sexual fue una parte integral del proceso de destrucción, específicamente dirigida contra las mujeres tutsis y contribuyendo específicamente a su destrucción y a la destrucción del Grupo tutsi en su conjunto⁶⁴.

De igual modo en el párrafo 701 de la decisión, la Sala invoca el texto de la Convención, así como los trabajos preparatorios de la misma para analizar los grupos que pueden ser objeto del crimen de agresión, llegando a la conclusión de que la intención de la Convención es que tales grupos sean “estables y permanentes” y por lo tanto los Tutsis, en tanto grupo étnico estaban incluidos dentro de tales premisas⁶⁵.

Por otro lado, en lo que atañe al Estatuto de Roma, su aprobación y entrada en vigencia (el 1° de julio de 2002), sin duda ha marcado un hito en la historia del derecho internacional y en la lucha contra la impunidad en materia de genocidio y los demás delitos en ella recogidos. Sin embargo en lo que respecta a la conceptualización del concepto objeto de estas líneas, el Estatuto se limita a repetir el enunciado de la Convención, expresando de este modo el consenso que sobre esta materia existe en la comunidad internacional y el peso que, a pesar de los años transcurridos, la Convención sigue teniendo en la materia, con independencia de que los fines de la misma, esto es la prevención y la persecución de los responsables de este delito, sobre todo en el primer caso hayan sido un completo fracaso y tenido muy limitado alcance respecto del segundo.

Por ello, si bien la Corte Penal Internacional a la fecha no conocido todavía un caso en el que se impute el delito de genocidio, sí se ha contribuido en el marco del Estatuto, a través de la Asamblea de Estados Partes, con el desarrollo del concepto, mediante el mecanismo establecido en el artículo 9 del Estatuto, por el cual, con una

⁶⁴ “With regard, particularly, to the acts described in paragraphs 12(A) and 12(B) of the Indictment, that is, rape and sexual violence, the Chamber wishes to underscore the fact that in its opinion, they constitute genocide in the same way as any other act as long as they were committed with the specific intent to destroy, in whole or in part, a particular group, targeted as such. Indeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm. In light of all the evidence before it, the Chamber is satisfied that the acts of rape and sexual violence described above, were committed solely against Tutsi women, many of whom were subjected to the worst public humiliation, mutilated, and raped several times, often in public, in the Bureau Communal premises or in other public places, and often by more than one assailant. These rapes resulted in physical and psychological destruction of Tutsi women, their families and their communities. Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole” Vid. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio I, *The prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. Case No. ICTR-96-4-T. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>, consultado el 29 de enero de 2021.

⁶⁵ *Ídem*.

mayoría de dos terceras partes de los miembros de dicha Asamblea, puede establecer este órgano los Elementos de los crímenes, a los efectos de ayudar “a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6,7 y 8 del presente Estatuto”.

De este modo, en la Asamblea de Estados partes celebrada en Nueva York del 3 al 10 de septiembre de 2002, se aprobaron los primeros Elementos de los crímenes, luego revisados en 2010 en la Asamblea de Estados parte realizada en Kampala entre mayo y junio de ese año.

En este documento se establecen con un poco más de claridad los elementos que deben estar presentes en cada uno de los casos establecidos en el Estatuto y que se consideran como delito de genocidio, y en ese sentido debe destacarse que en cada caso, el último de los elementos es común a todos ellos, al indicarse “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción” y en tal supuesto la introducción del capítulo señala que la expresión “en el contexto de” incluye a “los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse”; y que la expresión “manifiesta” debe ser algo objetivo no sujeto a la interpretación; y que respecto a la intencionalidad aún “reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular”.

Ello debe relacionarse con el párrafo 3 de la Introducción general de los Elementos en el que se indica que “La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso”. Esto último es relevante porque lo que distingue al genocidio es precisamente que la elección de las víctimas no se hace respecto de sus circunstancias individuales sino por pertenecer al grupo que los perpetradores desean eliminar, y por ello, a los efectos de determinar esta voluntad bajo esas condiciones, deben examinarse los hechos y circunstancias, como por ejemplo lo sistemático del ataque contra el grupo, que evidencien esa intencionalidad⁶⁶.

IX. CONCLUSIONES

A pesar de que la intención de erradicar de la faz de la tierra a grupos enteros de seres humanos por considerarlos una amenaza para sus perpetradores no es algo nuevo en la historia universal, el hecho de que esto no haya sido considerado como un delito con identidad propia hasta el siglo XX dice mucho de lo que hasta ese momento el derecho concebía como justicia, y con independencia de cuál fuese el contenido de esa idea, está claro que no involucraba el respeto a la dignidad inmanente del ser humano, cuya cosificación es precisamente uno de los elementos distintivos del genocidio.

Pese a lo anterior, tiene mérito que, a raíz de los desmanes causados tanto en la primera como en la segunda guerra mundiales, el desarrollo del derecho internacional y la férrea voluntad de las víctimas (entre las que, sin dudas, debemos incluir a Lemkin) haya finalmente permitido crear el ambiente necesario para conceptualizar el genocidio, condenarlo y establecer su prevención y su sanción como una obligación de los estados.

En ese sentido, la entrada en vigencia de la Convención no es el cierre del triste capítulo de las atrocidades de la segunda guerra mundial, sino, por el contrario, el ini-

⁶⁶ José Luis Pérez Triviño, “La noción de intención en la definición de genocidio”, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV/2 Madrid, julio-diciembre 2012, pp. 163-177. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4043425.pdf>, consultado el 29 de enero de 2021.

cio de un nuevo movimiento de lucha por la defensa de los derechos humanos y por la redefinición del concepto de soberanía. De ahí que el genocidio sea el comienzo de las discusiones para generar un giro copernicano respecto a la soberanía de los estados, que de un fin en sí mismo, pasó a tener obligaciones en razón de la aprobación de la Convención, y luego a partir de su definición como *ius cogens*, perdió la discrecionalidad de firmar o no un tratado para concebir un delito internacional como tal.

Asimismo, la forma en la que se logró la aprobación de la Convención, con el claro liderazgo de Raphael Lemkin, pero acompañado decisivamente por todo un tejido de organizaciones sociales de diversa índole, puso de manifiesto la fuerza de lo que ahora llamamos sociedad civil, y cómo una acción concertada de diversos actores con una finalidad de protección de la persona humana puede generar resultados más allá de lo que individualmente podríamos obtener. En tal circunstancia, la Convención es toda una lección sobre estos esfuerzos conjuntos.

Evidentemente, el desarrollo normativo posterior a la Convención tiene sus reveses, sobre todo respecto de su efectividad, pero al reconocerse como genocidio actos de violencia sexual contra las mujeres, se pone de manifiesto que el camino en tal sentido, el camino sigue siendo el correcto, aunque falta mucho por recorrerlo de forma exhaustiva.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA

Andrea Santacruz S.*

SUMARIO

I. Venezuela ante la Corte Penal Internacional. II. Venezuela antes del Covid-19. III. El estado de alarma en Venezuela, consideraciones fácticas. IV. Consideraciones sobre la realidad en la que se desarrolla el estado de alarma en Venezuela. 1. Algunos indicios de ocurrencia de crímenes de lesa humanidad.

Hablar de crímenes atroces nos hace recordar escenas terribles del holocausto Nazi, o los genocidios en Camboya y Ruanda, los crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia, en la República Democrática del Congo, y más recientemente, situaciones en Ucrania, la frontera de Bangladesh con Myanmar, Sudán o Burundi. Todas esas escenas evidencian la pérdida de la dignidad humana de las víctimas en manos de sus victimarios.

Es por ello, que la comunidad internacional se comprometió desde el final de la Segunda Guerra Mundial con el respeto a los derechos humanos, y el reconocimiento de la dignidad humana de todas las personas sin distinción alguna, en tiempos de paz y de guerra. Ya en 1945, Naciones Unidas establecía entre sus propósitos el “desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...”¹.

Pedro Nikken lo decía en los siguientes términos:

Lo que en definitiva desencadenó la internacionalización de los derechos humanos fue la conmoción histórica de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas. La magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse

* Abogada, *Summa Cum Laude* (Unimet). Maestría en Gerencia Tributaria de Empresas, graduada con honores (Unimet). Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (UCV). Actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora y jefa del Departamento de Estudios Jurídicos de la Unimet.

¹ Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>, consultado en fecha 20 de junio de 2020.

a cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección².

El compromiso de la comunidad internacional por la dignidad humana se profundizó con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y demás pactos internacionales en materia de derechos humanos, entre los que destacamos, conforme al tema que estamos considerando, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, firmada el 9 de diciembre de 1948, pero que entró en vigor el 12 de enero de 1951, y de la que Venezuela es parte. En esta Convención se afirma que el genocidio es un delito internacional “contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena...”, y en el artículo 1 de la Convención, se indica que la comunidad internacional “...se comprometen a prevenir y a sancionar”³.

Todo lo antes señalado parece haber rendido frutos. Steven Pinker en su libro, *The better angels of our nature, why violence has declined*, señala que después de la Segunda Guerra Mundial y durante la primera década del siglo XXI, han disminuido las guerras (civiles e interestatales) y los genocidios⁴, y a su entender los factores que han permitido que ello ocurra son: “gobiernos estables, democracias, apertura al comercio e ideologías o filosofías humanistas que han colocado los intereses de los individuos por encima de la lucha entre grupos”⁵. Pero aclara, y estamos de acuerdo con ello, que la disminución de la violencia ha sido causada por condiciones políticas, económicas e ideológicas que han estado presentes en culturas y tiempos específicos, que, si varían de manera regresiva, la violencia puede aumentar⁶. Esto nos indica que estamos en un mundo menos violento, pero que ello depende de decisiones humanas, por lo tanto, variables, en consecuencia, no se puede dar por sentado que se ha ganado la batalla por un mundo mejor, pues, aunque hay menos violencia, no podemos decir que hay menos crueldad en los actos que efectivamente ocurren.

Debemos destacar que utilizaremos en este trabajo los términos delitos y crímenes como sinónimos, aun cuando el Estatuto de Roma para referirse a las “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, utiliza el término crimen, con el cual estamos de acuerdo, pues parece indicar mayor gravedad que un delito. Debemos recordar que en materia penal nacional los hechos punibles se clasifican en delitos y faltas, siendo los primeros considerados de mayor gravedad que los segundos.

Ahora bien, el genocidio no es el único crimen internacional, y que solo existiera una convención sobre este, evidencia una deuda⁷, hoy saldada, de la comunidad in-

² Pedro Nikken, *El concepto de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>, consultado en fecha 18 de enero de 2021.

³ Naciones Unidas, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 9 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>, consultado en 9 de diciembre de 2020.

⁴ Steven Pinker, *The better angels of our nature, why violence has declined*, Penguin Books, Estados Unidos de Norteamérica, 2012, p. 302.

⁵ “*The decline of genocide over the last third of a century, then, may be traced to the upswing of some of the same factors that drove down interstate and civil wars: stable government, democracy, openness to trade, and humanistic ruling philosophies that elevate the interests of individuals over struggles among groups*” (traducción propia), *Ibid.*, p. 342.

⁶ *Ibid.*, p. 361.

⁷ Se conoce acerca de intentos por avanzar en la convención sobre crímenes de lesa humanidad y la imposibilidad de lograr esto, aunque en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de

ternacional, pues no fue sino hasta 1998 cuando, en el Estatuto de Roma, se describieron, junto al genocidio los crímenes de lesa humanidad, de guerra y se enumeró el de agresión. Todos igualmente graves, todos atroces, todos “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”⁸.

El genocidio y el crimen de guerra están definidos en el artículo 6 y 8 del Estatuto, respectivamente. Mientras que el crimen de agresión fue definido por los estados parte del Estatuto de Roma en 2010, en la Conferencia de Revisión al Estatuto de Roma celebrada en Kampala, y es en la décima tercera Asamblea de Estados Parte, específicamente el 15 de diciembre de 2017, cuando se activa la competencia de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante, CPI o Corte) para juzgar el mismo, y desde el 17 de julio de 2018 es posible el juzgamiento ante la Corte de los individuos responsables de este crimen⁹.

La situación de Venezuela no tiene características de ninguno de los delitos internacionales graves previamente señalados, de hecho, en el informe sobre las actividades de examen preliminar de 2019, la Oficina de la Fiscal de la CPI señalaba expresamente que se estaría analizando si los hechos ocurridos en el país en el 2017 podrían constituir crímenes de lesa humanidad, “en los términos del artículo 7 del Estatuto”¹⁰. El 14 de diciembre de 2020, en el informe sobre las actividades de examen preliminar de 2020, señalaron que “la Fiscalía concluyó que existe fundamento razonable para creer que se cometieron crímenes de competencia de la Corte en Venezuela desde al menos abril de 2017...”¹¹, específicamente

... la Fiscalía ha concluido que la información disponible en esta etapa brinda un fundamento razonable para creer que, al menos desde abril de 2017, autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno han cometido los crímenes de lesa humanidad...¹².

Esto nos lleva a plantear nuestra reflexión considerando solo el crimen de lesa humanidad. Para ello es necesario dar una definición de este, en concordancia con lo establecido en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Por lo tanto, hablaremos de dicho crimen cuando los actos listados en el prenombrado artículo¹³ ocurran en el contexto

guerra y de los crímenes de lesa humanidad, se evidencia el reconocimiento de ambos como delitos internacionales graves. Para más información, puede revisar la convención, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>. También se conoce el uso del término crimen de lesa humanidad como parte de la jurisprudencia de los tribunales para la Ex-Yugoslavia, para Ruanda, para Sierra Leona, y las Salas especiales de los Tribunales de Camboya. Para más información, puede revisar la convención, disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/66bb47/pdf/>. Consultado en fecha 18 de enero de 2021.

⁸ Venezuela. *Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, publicada en Gaceta Oficial N° 5.507 Extraordinario, del 13 de diciembre de 2000.

⁹ Coalición por la Corte Penal Internacional, *Crimen de Agresión*. Disponible en: <http://www.coalitionfortheicc.org/es/crimen-de-agresion#:~:text=EL%20CRIMEN%20DE%20AGRESI%C3%93N,guerras%20agresivas%20%2D%20bajo%20ciertas%20condiciones>, consultado en fecha 19 de enero de 2021.

¹⁰ Oficina de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades de examen preliminar; 2019*, La Haya, 5 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-PE-Report-VEN-SPA.pdf>, consultado en fecha 14 de junio de 2020.

¹¹ Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*, La Haya, 14 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>, consultado en fecha 18 de enero de 2021.

¹² *Ídem*.

¹³ “... a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho

de un ataque generalizado o sistemático, en contra de una población civil, con conocimiento de dicho ataque.

El mismo artículo 7, en su numeral 2, literal b, precisa que, al referirse a un ataque contra una población civil, se refiere a la comisión de actos conforme a una política estatal o de una organización. Por lo tanto, el asesinato de una persona por tortura en una sede policial, si es un hecho aislado, una acción espontánea del funcionario actuante, contrariando la política estatal de respeto a los derechos humanos; será una violación grave de derechos humanos y un delito cometido por el o los funcionarios, pero no estaremos frente a un crimen de lesa humanidad. Es decir, no toda violación de derechos humanos es un crimen de lesa humanidad.

No es objeto de esta reflexión explicar cada uno de los elementos del crimen de lesa humanidad, pero, debe quedar clara la idea de que este es un crimen que puede ocurrir en tiempos de paz o de guerra, que para su perfeccionamiento requiere que se satisfagan los elementos contextuales (ataque sistemático o generalizado, en contra de una población civil)¹⁴, así como la intencionalidad expresada en la definición antes dicha.

I. VENEZUELA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Sobre la situación de Venezuela existen dos exámenes preliminares en curso ante la Corte Penal Internacional, denominados Venezuela I y Venezuela II. El primero, lo inició de oficio la Fiscalía de la CPI, el 8 de febrero de 2018, cuando tras recibir información de múltiples fuentes, anunció que abría el examen por la situación que ocurría en Venezuela, por lo menos, desde abril de 2017. El 27 de septiembre de ese mismo año, la Fiscalía recibió la remisión de la situación de Venezuela, por seis Estados parte: la República Argentina, Canadá, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Paraguay y la República del Perú, pero dichos Estados, basándose en el informe presentado por el Secretario de la Organización de Estados Americanos y un panel de expertos independientes, afirmaban que los crímenes habían ocurrido desde febrero de 2014¹⁵, por lo que había una variación de la temporalidad de los hechos, que ha sido considerada por la Fiscalía de la CPI.

internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física...” (Art. 7 del Estatuto de Roma).

¹⁴ Para más información sobre este tema recomendamos revisar el Manual sobre el Derecho a la Protección Internacional en Crisis Mayores, realizados por Civilis Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello y Acceso a la Justicia. Disponible en: <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2019/11/Manual-Derecho-a-la-Proteccion-Internacional-2019.doc-1.pdf>, consultado en fecha 18 de enero de 2021.

¹⁵ Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*, La Haya, 14 de diciembre de 2020, p. 2. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>, consultado en fecha 18 de enero de 2021.

Sobre el examen preliminar antes señalado, la Fiscalía de la CPI ha dicho:

...Específicamente, y sin perjuicio de otros crímenes que la Fiscalía pueda determinar en una etapa posterior, la Fiscalía ha concluido que la información disponible en esta etapa brinda un fundamento razonable para creer que, al menos desde abril de 2017, autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno han cometido los crímenes de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, con arreglo al apartado e) del párrafo 1 del artículo 7; tortura, conforme al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7; violación y/u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, con arreglo al apartado g) del párrafo 1 del artículo 7; y persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, de conformidad con el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma. De lo expuesto por la Fiscalía se podía desprender que la población civil, presumiblemente bajo ataque, sería la población opositora al gobierno liderado por Nicolás Maduro, aquellos que, por ejemplo, ejerciendo su derecho a la manifestación, libertad de expresión y reunión habrían sido encarcelados, torturados, sometidos a crímenes sexuales o por razones de género, perseguidos, lesionados o asesinados...¹⁶.

Al respecto, la Misión Internacional Independiente de la Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, en las conclusiones detalladas que hicieron públicas durante septiembre de 2020, indica:

2084. Las violaciones y los crímenes documentados en el presente informe 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 forzada 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.²⁰⁸⁵ Algunas de las mismas conductas también pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución...¹⁷.

Sobre esto la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (de ahora en adelante ACNUDH), señaló en su informe del 15 de julio de 2020 que:

35. Sucesivas leyes y reformas legislativas **han facilitado la criminalización de la oposición y de cualquier persona crítica al Gobierno mediante disposiciones vagas**, aumentos de sanciones por hechos que están garantizados por el derecho a la libertad de reunión pacífica, el uso de la jurisdicción militar para personas civiles, y restricciones a ONGs para representar a víctimas de violaciones de los derechos humanos¹⁸ (ACNUDH, 15 de julio de 2020, resaltado propio).

¹⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷ Misión Internacional Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, 15 de septiembre de 2020, p. 433. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf, consultado en fecha 21 de septiembre de 2020.

¹⁸ Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Independencia del sistema de justicia y acceso a la justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco*, Ginebra, 15 de julio de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_54_UnofficialSpanishTranslation.pdf, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

El 13 de febrero de 2020, el Estado venezolano bajo el gobierno de Nicolás Maduro, en su carácter de Estado parte, pues ratificó el Estatuto de Roma el 7 de junio de 2000, remitió la situación por considerar que estaban ocurriendo crímenes de lesa humanidad en nuestro territorio, como consecuencia de la aplicación de ilegales medidas coercitivas o sanciones adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América, desde 2014¹⁹.

Algunos defensores de derechos humanos y expertos en materia de derecho internacional penal consideraron que había sido una actuación del gobierno que controla las fuerzas del Estado, para pasar de victimario a víctima y retrasar el proceso que avanzaba previamente, y sobre el que la Fiscalía había anunciado respuestas a principio del 2020²⁰. Dichas respuestas están relacionadas con el avance o no en el examen preliminar, y llegaron con una nota de prensa publicada el 5 de noviembre de 2020, en la que se indicaba que el examen preliminar Venezuela I avanzaba a la fase tres, y lo decía en los siguientes términos:

...Respecto de la situación de Venezuela I, la Fiscal informó a la delegación que la Fiscalía ha concluido su evaluación relativa a la competencia material y determinó que existía fundamento razonable para creer que en Venezuela han ocurrido crímenes de competencia de la Corte. En este sentido, la Fiscalía solicitó información sobre procedimientos nacionales relevantes y su conformidad con los requisitos del Estatuto de Roma...²¹.

Debemos recordar que el examen preliminar consta de cuatro fases, y en el caso de Venezuela I, al momento de la remisión que hizo el Estado venezolano, se encontraba en fase dos.

En el informe sobre exámenes preliminares del 14 de diciembre de 2021, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, dejó claro que Venezuela I y II serían tratadas como situaciones distintas, lo cual también se desprendía de la nota de prensa que se señaló previamente. Además, debemos destacar que Venezuela I avanzó a fase tres, mientras Venezuela II permanece en fase dos. Por último, la Fiscalía en el caso de Venezuela I anticipa “concluir el examen preliminar a fin de determinar si existe fundamento razonable para proceder a una investigación durante la primera parte de 2021”²², es decir, pasar o no a investigación; mientras que en el caso de Venezuela II “tiene la intención de concluir su análisis de la competencia material durante la primera mitad de 2021”²³, es decir, avanzar o no a la fase tres.

¹⁹ Corte Penal Internacional, *Venezuela II*, La Haya, 2020. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/venezuelaII>, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

²⁰ “...La Fiscalía espera finalizar su examen relativo a la competencia material a comienzos de 2020. Si el examen resultara en una constatación positiva, la Fiscalía procederá a realizar un examen sobre la admisibilidad...” Oficina de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, 2019, p. 7.

²¹ Corte Penal Internacional, *La Fiscal de la CPI, Sra Fatou Bensouda, recibe a una delegación de alto nivel de la República Bolivariana de Venezuela en el contexto de sus exámenes preliminares en curso*, La Haya, 5 de noviembre 2020. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1544&ln=Spanish>, consultado en fecha 19 de enero de 2021.

²² Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*, La Haya, 14 de diciembre de 2020, p. 6. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-i-spa.pdf>, consultado en fecha 18 de enero de 2021.

²³ Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020, Situaciones en la fase dos (competencia material)*, La Haya, 14 de diciembre de 2020, p. 4. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-ii-spa.pdf>, consultado en fecha 18 de enero de 2021.

II. VENEZUELA ANTES DEL COVID-19

Venezuela es un Estado que ha firmado y ratificado pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo al Estatuto de Roma. En nuestra opinión el Estatuto es un tratado en materia de derechos humanos, pues coincidimos con el planteamiento de Carlos Ayala Corao en cuanto a que este es un tratado que pretende proteger a las víctimas de violaciones de derechos humanos, y poner fin a la impunidad y así contribuir a la prevención de dichas violaciones, cuando ocurren como parte de un crimen. Ayala Corao lo señala en los siguientes términos:

...los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son tratados relativos a los derechos humanos. Tal es el caso de los tratados sobre derechos humanos tanto del sistema universal (ONU) como del Sistema Interamericano (OEA). Sin embargo, en otros casos, aunque los tratados no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, sí tienen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)...²⁴.

Sabemos que Venezuela está en deuda con el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, pues en el informe de ACNUDH en 2019, entre las recomendaciones se precisaba la necesaria ratificación de estos²⁵.

Lo antes señalado, nos permite afirmar que el problema en Venezuela no es la falta de normas que protejan derechos humanos, pues el artículo 23 de la Constitución señala claramente que todos los pactos internacionales relativos a derechos humanos son parte del ordenamiento jurídico nacional²⁶. Además, contamos con una Constitución que establece un amplio catálogo de derechos, estemos de acuerdo o no con ello, y tiene una norma como la del artículo 19 que establece claramente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Pero, aun así, se reconoce que en el país están ocurriendo graves violaciones de derechos humanos. De hecho, el gobierno liderado por Nicolás Maduro, admite que en el país ocurren incluso crímenes de lesa humanidad.

No es objeto de este trabajo agotar los informes internacionales que han señalado esto, por lo que solo haremos referencia al informe de país realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y publicado en febrero

²⁴ Carlos Ayala Corao, *Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos*, pp. 51-52. Disponible en: <https://www.academia.edu/search?utf8=%E2%9C%93&q=LAS+CONSECUENCIAS+DE+LA+JERARQUIA+CONSTITUCIONAL+DE+LOS+TRATADOS+RELATIVOS+A+DERECHOS+HUMANOS+>, consultado en fecha 10 de agosto de 2020.

²⁵ Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, Ginebra, 4 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S>, consultado en fecha 20 de julio de 2020.

²⁶ Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 36.860, del 30 de diciembre de 1999. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf, consultado en fecha 30 de octubre de 2020: "...tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

de 2018, titulado “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela” y el más reciente informe de la ACNUDH, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 15 de julio de 2020.

La CIDH señalaba en las conclusiones de su informe que:

Desde hace varios años, la Comisión viene observando un progresivo debilitamiento de la institucionalidad democrática y la situación de derechos humanos en Venezuela que ha tenido una profundización e intensificación alarmantes en los últimos dos años y especialmente, en el 2017²⁷.

En ese informe la CIDH destaca la falta de independencia del poder judicial y el desconocimiento del principio de separación de poderes, así como el quiebre institucional, consideraciones que son muy importantes para entender las preocupaciones que se expondrán sobre el estado de alarma decretado en Venezuela desde el 13 de marzo del 2020.

La falta de independencia del poder judicial es un tema que también expuso ACNUDH, en el que indica:

El ACNUDH sigue preocupado por la falta de independencia que padece el sistema de justicia en la República Bolivariana de Venezuela, como fue manifestado en sus informes anteriores por los órganos de tratados y de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas, durante el examen periódico universal de la República Bolivariana de Venezuela²⁸.

En ese informe, se hizo referencia igualmente a la injerencia de tribunales de instancias superior sobre el resto de las instancias, destacando la incidencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre los tribunales penales. También se refirió a estímulos de corrupción de los jueces y a injerencias externas en sus decisiones.

ACNUDH hizo veintitún nuevas recomendaciones, que se suman a las dieciséis del informe presentado el 2 de julio de 2020 y a las veintitrés del informe del 5 de julio de 2019, con lo cual se evidencia que no han ocurrido mejoras en la situación de Venezuela en materia de derechos humanos, sino que por el contrario tiene muchas obligaciones que atender para lograr un mejor escenario en este sentido.

Algunas de las graves violaciones de derechos humanos han alcanzado la cúspide de crímenes de lesa humanidad, que como se indicó previamente es uno de los crímenes atroces, y es por ello que se desarrollan los exámenes preliminares indicados previamente.

Todo esto ocurre en el marco de una Emergencia Humanitaria Compleja o como también se conocen, Emergencia Política Compleja. Civilis Derechos Humanos establece:

Son complejas porque comprenden tres razones principales. Una multiplicidad de causas, que se encuentran en la interrelación de diversos factores políticos, económicos y socio-culturales. Su impacto es de carácter omnicompreensivo, es decir afecta gravemente todos los órdenes de la vida, con un fuerte efecto destructivo y desestructurador. Y, por último, requiere de una respuesta internacional basada en un mandato múltiple, que permita actuar

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*, 2018, p. 253. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>, consultado en fecha 20 de julio de 2020.

²⁸ Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Independencia del sistema de justicia y acceso a la justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco*, Ginebra, 15 de julio de 2020, p. 2. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_54_UnofficialSpanishTranslation.pdf, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

en varios frentes, como son la acción humanitaria (incluyendo la provisión de bienes y servicios esenciales para la subsistencia, así como la protección de las víctimas), la diplomacia de alto nivel, o incluso la escolta de la ayuda²⁹.

Feliciano Reyna definía la Emergencia venezolana en el diálogo interactivo que se realizó el 5 de julio de 2019, ante el Consejo de Derechos Humanos. Él indicaba:

Desde 2013, 6 órganos de tratados, 10 procedimientos especiales, la Oficina de ACNUDH, la CIDH y más de 100 Estados que intervinieron en el último Examen Periódico Universal de Venezuela, emitieron más de 1.000 recomendaciones, que el gobierno ignoró, para corregir las persistentes violaciones a los derechos humanos, entre ellas una represión feroz contra la disidencia. A partir de 2015, este incumplimiento desembocó en una Emergencia Humanitaria Compleja, cuya existencia aún niega el gobierno del Sr. Nicolás Maduro y sobre la que también guardó silencio la mayoría de las agencias de Naciones Unidas en el terreno.

Es compleja porque tiene origen en factores políticos que socavaron las estructuras del Estado, la economía y el bienestar de la población. Es una emergencia porque, debido al derrumbe de las estructuras, la mayoría de la población está sometida a una situación de arbitrariedad e inseguridad como producto de una violación sistémica de derechos humanos por abusos, privación deliberada y violencia. Y es humanitaria porque, al caer las estructuras, colapsaron las capacidades internas para garantizar las más mínimas condiciones de vida, creando una escala masiva de necesidades humanitarias, que estimamos afecta a más de 10 millones de personas dentro del país, y la crisis de refugiados más grande de la historia de América Latina con más de 4 millones de personas, a las que podrían sumarse 2 millones más en corto plazo.

En fin, la emergencia humanitaria deriva, en gran medida, de políticas y prácticas de las autoridades venezolanas que han escondido datos epidemiológicos sobre la crisis de salud y datos sobre desnutrición, y han también hostigado y hasta detenido a quienes exponen la realidad en el país, incluyendo profesionales de la salud³⁰.

Lo dicho por Feliciano Reyna, resume perfectamente el escenario en el que aparece en Venezuela el COVID-19, un escenario complejo, que dependiendo de las políticas que se tomaran podría empeorar o tal vez evidenciar una muestra de mejoras en el marco de la pandemia mundial. Lamentablemente, ha empeorado.

III. EL ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA, CONSIDERACIONES FÁCTICAS

El 13 de marzo de 2020, se decretó en Venezuela el estado de alarma, justificado en la calamidad pública que implica la pandemia mundial del COVID-19 y la aceptación de dos casos confirmados en el país; lo primero indicado en el decreto que fue publicado días después a la fecha de su anuncio, y lo segundo, señalado en alocución pública por Delcy Rodríguez.

El 31 de diciembre de 2020 fue publicado el Decreto 4.413, en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6610, en el que se decretó una vez más el estado de alarma. Debemos destacar que de conformidad con lo establecido en el artículo 338 de la Cons-

²⁹ Civilis Derechos Humanos, *Las emergencias humanitarias complejas son de carácter político*, 2017. Disponible en: <https://www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico>, consultado en fecha 10 de octubre de 2020.

³⁰ Feliciano Reyna. *Feliciano Reyna ante el Consejo de DDHH de la ONU: La mayoría de la población está sometida a violaciones de derechos humanos*, 2019. Disponible en: <http://www.accionsolidaria.info/website/feliciano-reyna-ante-el-consejo-de-ddhh-de-la-onu-la-mayoria-de-la-poblacion-esta-sometida-a-violaciones-de-derechos-humanos/>, consultado en fecha 10 de octubre de 2020.

titución, en concordancia con el 9 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, el estado de alarma tiene una duración de treinta días prorrogables por treinta días más, pero, siguiendo una inconstitucional práctica avalada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el Poder Ejecutivo ha decretado y prorrogado el estado de alarma en once oportunidades: seis decretos³¹ y cinco prórrogas³².

Esta práctica se desprende de lo realizado con el estado de emergencia económica decretado en 2016, y en el que aún nos mantenemos después de transcurridos más de cinco años. De hecho, fue decretado una vez más el 26 de diciembre de 2020, siendo así la trigésima primera oportunidad en la que se decretó o prorrogó el mismo, de acuerdo con lo señalado por la ONG Acceso a la Justicia³³.

Ninguno de los decretos del estado de alarma ha sido aprobado por la Asamblea Nacional. Recordemos que los estados de excepción implican poderes extraordinarios y excepcionales para el Poder Ejecutivo, tras la decisión justificada que este toma, pero no es un cheque en blanco, por lo tanto, hay límites. Dos de los establecidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Estados de Excepción son, el control judicial del Tribunal Supremo de Justicia y control político de la Asamblea Nacional. Deben cumplirse ambos.

Carlos Ayala Corao señala que haber incumplido con el deber de remitir el decreto a la Asamblea Nacional, para que esta decidiera aprobarlo o no, incide sobre la calificación que él da al estado de excepción actual como estado de facto. Consideramos que esto es correcto, y entendemos que ello deviene no solo del incumplimiento de dicho deber, que genera la inconstitucionalidad del decreto, sino también de otras consideraciones como: “la ausencia de las regulaciones que reglamentan los derechos no enunciados pero que quedan restringidos, la auto-habilitación presidencial de facultades legislativas, la delegación de facultades regulatorias a sus ministros”³⁴.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA REALIDAD EN LA QUE SE DESARROLLA EL ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA

Visto lo anterior, queremos señalar algunas consideraciones sobre lo propicio que puede ser el estado de alarma en Venezuela para la ocurrencia de crímenes de lesa humanidad, que sirvan de reflexiones para el debate.

En primer lugar, debemos indicar que un estado de excepción o emergencia ocurre cuando la normalidad del Estado constitucional de derecho se ve afectado por circunstancias extraordinarias como una guerra o una pandemia mundial, como la que se vive actualmente. Es por esto, que la comunidad internacional en diversos pactos y tratados internacionales³⁵ hace referencia a los mismos y, el ordenamiento interno también lo ha desarrollado, basado en la idea de proteger la seguridad de la nación, sus ciudadanos y las instituciones.

³¹ Gaceta Oficial Nos. Extraordinarios 6519, 6535, 6.554, 6570, 6590 y 6610.

³² Gaceta Oficial Nos. Extraordinarios 6.528, 6542, 6560, 6579 y 6602

³³ Acceso a la Justicia, *El estado de excepción y emergencia económica en el camino a la dictadura*, Caracas, 12 de enero de 2021. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/el-estado-de-excepcion-en-el-camino-a-la-dictadura/>, consultado en fecha 19 de enero de 2021.

³⁴ Carlos Ayala Corao, *Retos de la pandemia del COVID-19 para el estado de derecho, la democracia y los derechos humanos*, 2020, p. 14. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/05/RETOS-DE-LA-PANDEMIA-COVID-News-Feature-Articles-2020-SPA.pdf>, consultado en fecha 10 de agosto de 2020.

³⁵ Ver: el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En la Constitución, encontramos los estados de excepción en el capítulo II del título VIII, titulado “de la protección de la Constitución”, por lo que pareciera que el constituyente adoptó la idea de Carl Schmitt, expuesto por Giorgi Agamben³⁶, en cuanto la dictadura comisarial, según la cual el estado de excepción permite proteger a la constitución, por lo tanto, podría incluirse en los fundamentos junto a la seguridad de la nación y los demás indicados.

Ahora bien, es amplio el debate que ha existido sobre quién debe ser el guardián de la Constitución. En un escrito anterior señalábamos, que Schmitt consideraba que el guardián de la Constitución era el presidente. Por su parte, Kelsen señalaba que era un tribunal constitucional, mientras que Heller planteaba que en la práctica debía ser usado el examen de proporcionalidad, basado en la idoneidad de la medida, necesidad o existencia de un medio alternativo y la proporcionalidad de la restricción del ejercicio del derecho³⁷.

En definitiva, el estado de excepción pretende un retorno al estado de normalidad lo más pronto posible y con el menor daño posible al Estado constitucional de derecho, todo ello conforme a los límites dados por los principios consagrados tanto en el ordenamiento nacional e internacional³⁸ y en el listado de derechos que no pueden ser restringidos. Por lo tanto, la propuesta de Schmitt parece demasiado lesiva, la de Kelsen insuficiente, pero al unirse con la de Heller, pareciera derivar en el control político y judicial que se exige en el ordenamiento jurídico nacional para los estados de excepción.

Todo lo aquí señalado responde a un ideal, pero, la realidad nos indica que el estado de alarma en Venezuela llegó en un momento de quiebre institucional, en el que el Poder Judicial no es independiente del Poder Ejecutivo, por lo que mal puede hacer su trabajo de control judicial, y estamos frente a un Poder Legislativo desconocido, al ser declarado en desacato por el Tribunal Supremo de Justicia y habersele eliminado su función legislativa, y una Asamblea Nacional Constituyente que además de haber sido elegida contrariando las normas constitucionales, no se ha limitado a su función sino que ha actuado como un Poder Legislativo paralelo. Por lo tanto, el control político tampoco ocurre.

³⁶ Giorgio Agamben, *Estados de excepción, Homo Sacer, II, I*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2005.

³⁷ Leticia Vita, “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932”, en: *Lecciones y Ensayos*, N° 99, 2017. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/99/quien-debe-ser-el-guardian-de-la-constitucion.pdf>, consultado en fecha 10 de agosto de 2020.

³⁸ Sobre los principios, Jesús María Casal señala: El límite sustancial o material de las facultades extraordinarias que ostentan las autoridades durante los estados de excepción se encuentra, fundamentalmente, en los principios generales que los rigen: los de necesidad, proporcionalidad, temporalidad y gradualidad. (Jesús María Casal, *Los estados de excepción en la Constitución de 1999*, p. 46. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDCONS/1/rdcons_1999_1_45-54.pdf, consultado en fecha 10 de octubre de 2020). Igualmente, Hidelgard Rondón de Sansó expone como principios: heterogeneidad, irresistibleidad (incapacidad e inoperancia), lesividad, necesidad (gravedad de la situación e inexistencia de medios para hacer frente a la situación) y, principio de razonabilidad y proporcionalidad (Rondón de Sansó, *Los estados de excepción en el Derecho venezolano*, 2016, p. 8-14. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/7/rvlj_2016_7_273-334.pdf, consultado el 30 de agosto de 2020). Y la Observación General 29, sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el principio de temporalidad, necesidad y proporcionalidad (Comité de Derechos Humanos, Observación general N.º 29, Estados de emergencia (artículo 4), 2001. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>, consultado en fecha 10 de octubre de 2020).

Además, la normalidad en Venezuela no es el Estado constitucional de derecho, por lo que evidentemente, el estado de alarma no podría procurar regresar a él. Y, ¿qué ha hecho y pretendería hacer el estado de alarma?, hacerse permanente, cumpliendo así con el riesgo planteado por Alan Greene³⁹, riesgo que incluso corren las democracias más sólidas del mundo en este momento. Carlos Ayala Corao señala que “durante esta pandemia causada por el COVID-19, aun Estados democráticos parecen haberse acostumbrado a controlar más intensamente a sus ciudadanos; pero ni los Estados ni los ciudadanos deben acostumbrarse a ello”⁴⁰.

Para algunos sería innecesario mantener un estado de alarma en Venezuela, pues el Poder Ejecutivo controla prácticamente todos los poderes nacionales, viola los derechos humanos con total impunidad e incluso se presume que se han cometido crímenes de lesa humanidad, y no hay nadie juzgado ni condenado, de forma justa, por ello. Pero la realidad es que el control político que otorga el estado de alarma, aunque sea un estado de excepción desnaturalizado conforme a lo ya dicho, permite unas dosis de aceptación por parte de algunos Estados del mundo. ¿Cómo es esto?

Michael Levitt, ganador del Premio Nobel de Química en 2013 señaló en una entrevista a BBC Mundo que “los líderes pareciera que entraron en pánico incluso más que la población”, aunque “la cantidad de muertes por COVID-19 es similar a la que se produce en una temporada muy fuerte de gripe”⁴¹.

De lo anterior, más allá del desacuerdo en cuanto a la sensación de minimización de la Pandemia, queremos destacar el pánico, ese miedo que impulsó a los Estados a tomar medidas incluso reñidas con los derechos humanos, y que obligó a ACNUDH junto a los Procedimientos Especiales y Órganos de Tratados a hacer públicas las Directrices relativas a la COVID-19⁴².

Decisiones como las del Presidente de la República de El Salvador, Nayib Bukele, sobre el arresto y decomiso de los vehículos de quienes incumplieran la cuarentena, no usaran mascarillas y condujeran sin justificación; así como las del presidente de Filipinas, quien ordenó ejecutar a quienes violaran la cuarentena; o en Bangladesh donde al que viole la cuarentena se le obliga a hincarse ante la autoridad estatal; son muestras de medidas violatorias de derechos humanos en respuesta a la Pandemia⁴³.

Y, ciertamente los ejemplos, en su mayoría, son de países autoritarios, pero el repudio del resto de los Estados no ocurrió con la fuerza necesaria, por ello es tan importante lo expuesto por Carlos Ayala Corao, los países del mundo no pueden acostumbrarse a la limitación excesiva del ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos, ni estos a aceptarlo, ni siquiera en situaciones tan complejas como las

³⁹ Alan Greene. *Derogating from the European convention on human rights in response to the coronavirus pandemic: if not now, when?*, 2020. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3593358, consultado en fecha 20 de julio de 2020.

⁴⁰ Carlos Ayala Corao, *Retos de la pandemia del COVID-19*, ob., cit., p. 22.

⁴¹ Margarita Rodríguez, *Cuarentena por coronavirus | “El daño ocasionado por el confinamiento será mucho mayor que cualquier daño del covid-19 que se haya evitado”*: Michael Levitt, nobel de Química 2013, en BBC el 12 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52998830>, consultado en fecha 25 de julio de 2020.

⁴² Para más información puede revisarlas en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19Guidance.aspx>, consultado en fecha 25 de julio de 2020.

⁴³ Andrea Santacruz y Angélica Calzadilla, *Reflexiones sobre la criminalización en el contexto de las pandemias, especial énfasis en la situación de Venezuela*, 2020. Disponible en: <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2020/04/Reflexiones-sobre-la-criminalizaci%C3%B3n-en-el-contexto-de-las-pandemias.pdf>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020.

actuales, pues ello abre una puerta a permitir violaciones de derechos humanos e incluso crímenes atroces, en contextos en los que la seguridad sea puesta por encima de la libertad, y ello no es permisible, pues las personas no pierden su dignidad nunca.

Los Estados por miedo, por solidaridad o incluso por evitar ser evaluados por otros, en cuanto a sus acciones en la Pandemia, podrían ser menos duros con otros Estados, tal y como hemos visto hasta ahora. Incluso, ACNUDH no ha hecho referencia expresa a los Estados al hablar sobre las situaciones de derechos humanos en el contexto de Pandemia.

Pareciera entonces que mantener el estado de alarma, colocaría a Venezuela en un punto menos llamativo a los reclamos y la justicia internacional. Ciertamente no ha cesado la presión internacional en asuntos como la exigencia de condiciones electorales para las elecciones parlamentarias, pero poco se ha dicho sobre la criminalización en tiempos de COVID-19, la profundización de la Emergencia Humanitaria Compleja en este contexto y de los posibles crímenes de lesa humanidad que siguen ocurriendo durante el mismo.

1. Algunos indicios de ocurrencia de crímenes de lesa humanidad

Al inicio de este escrito señalamos los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad: el ataque, que sea sistemático o generalizado, y en contra de una población civil. Haremos una breve referencia a los mismos, específicamente considerando el acto de encarcelamiento ocurrido en el marco del estado de alarma. No señalaremos el elemento subjetivo del tipo asociado a la intencionalidad, pues consideramos que basta con destacar los elementos contextuales, para señalar que el estado de alarma es un escenario propicio para que sigan ocurriendo crímenes que podrían calificarse como de lesa humanidad.

Los encarcelamientos que han ocurrido en el marco del estado de alarma han estado relacionados a delitos comunes, a la criminalización hacia quienes están contagiados con COVID-19 o quienes incumplan la cuarentena y la criminalización de quienes en el ejercicio de sus derechos a la libertad de expresión, pensamiento, asociación política, reunión y manifestación se consideren disidentes o contrario a los intereses del gobierno. Esta clasificación deriva de la información conocida a través de medios de comunicación y redes sociales.

La criminalización antes indicada, ha sido ejercida por el Poder Ejecutivo Nacional y el Municipal. Al primero no plantear las medidas de restricción al ejercicio de los derechos de forma clara, ha dado carta blanca a acciones como las del alcalde del Municipio Maracaibo, que aseguró que quienes incumplieran la cuarentena serían arrestados y del Municipio Chacao, quien planteó que las personas que la vulnerarán serían trasladadas a la sede policial municipal para una charla formativa⁴⁴.

Recientemente, en el marco de una fiesta que se desarrollaba en la urbanización Altamira, del Municipio Chacao, el 8 de agosto de 2020, el alcalde declaró en redes sociales, que los jóvenes que participaban en esta fueron trasladados a la sede policial y puestos a la orden de la fiscalía, por lo que se presume que se siguió el procedimiento establecido en materia de detención en flagrancia. El alcalde indicó "...seremos contundentes con actividades como estas, no permitiremos que en este Municipio se lleven a cabo este tipo de actividades, que ponen en riesgo no solo a las personas que asisten sino al entorno..."⁴⁵; pero la contundencia tal y como se utilizó implica el uso

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ Ver: <https://twitter.com/duquegustavoS/status/1292253495282872323>

excesivo del derecho penal en clara contravención del principio de legalidad, mínima intervención, subsidiariedad, principios propios del Estado constitucional de derecho que debería tratar de mantenerse, aun en estas difíciles circunstancias.

Detener a personas que incumplan la cuarentena, sin que ello sea un delito previamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico, implica una violación del principio de legalidad que no es posible vulnerar aun en estados de excepción y deriva en la privación ilegal e inconstitucional del derecho a la libertad⁴⁶. El ejemplo de lo hecho por el alcalde representa una violación de derechos humanos, pero no un crimen de lesa humanidad.

Ahora bien, también han ocurrido detenciones o encarcelamientos en contravención de las normas internacionales. Según Médicos Unidos de Venezuela, han sido arbitrariamente detenidos 12 empleados hospitalario por exigir medidas de seguridad para ejercer su trabajo⁴⁷; el Foro Penal afirma que por razones políticas han sido detenidas 240 personas, desde el 1 de enero y el 30 de junio de 2020, “de esta cifra de personas arrestadas entre enero y junio, a la fecha de cierre de este reporte, 113 personas permanecen privadas de libertad y 14 se encuentran en desaparición forzada”⁴⁸; PROVEA y Laboratorio de Paz señalaron que entre el 13 de marzo y el 13 de mayo de 2020, por lo menos, 85 personas habían sido arbitrariamente detenidas y precisaban:

...se pudo constatar al menos 85 detenciones de carácter arbitrario que no cumplieron con los procedimientos del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa en su integridad. Contra periodistas, comunicadores y miembros de medios de comunicación se realizaron 22 detenciones; Contra funcionarios públicos o personas vinculadas a funcionarios de oposición 11 detenciones; médicos o personal de salud 12 detenciones; trabajadores de las empresas públicas 3 detenciones; defensores de derechos humanos 4 detenciones; educadores 3...⁴⁹.

Debemos destacar que conforme a la información recabada por PROVEA y Laboratorio de Paz, los periodistas o comunicadores sociales fueron detenidos por las publicaciones que hicieron en redes sociales o por cubrir determinados hechos como parte de su trabajo, específicamente protestas ciudadanas. De igual forma, ambas ONGs señalaron que constataron la existencia de un “patrón de persecución y hostigamiento contra personas críticas de diferentes gremios y sectores de la sociedad civil”⁵⁰. ACNUDH además indicó que “ha podido verificar patrones de desapariciones forzadas por un breve periodo de tiempo, detenciones arbitrarias y prisión incomunicada”⁵¹ entre junio de 2019 y mayo de 2020, período que analizó en el informe que presentó ante el Consejo de Derechos Humanos, el 15 de julio de 2020.

⁴⁶ Para profundizar sobre esto recomendamos: Andrea Santacruz y Angélica Calzadilla, ob. cit.

⁴⁷ Herminia Fernández, *Médicos y enfermeros en Venezuela son detenidos y amenazados tras protestar por falta de insumos*, 10 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200809-venezuela-medicos-enfermeras-amenaza-covid19>, consultado en fecha 10 de octubre de 2020.

⁴⁸ Foro Penal, *Reporte sobre la represión en Venezuela, Junio 2020*, Venezuela, Junio 2020. Disponible en: <https://foropenal.com/reportesobre-la-represion-en-venezuela-junio-2020/>, consultado en fecha 14 de julio de 2020.

⁴⁹ PROVEA y Laboratorio de Paz, *Informe: Patrones de violación de derechos civiles durante 2 meses Estado de Alarma en Venezuela*, Venezuela, 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/informe-patrones-de-violacion-de-derechos-civiles-durante-2-meses-estado-de-alarma-en-venezuela>, consultado en fecha 18 de julio de 2020.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Independencia del sistema de justicia y acceso a la justicia*, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales

Vemos entonces que el acto de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, ocurre en Venezuela, durante el estado de alarma, y que las víctimas son civiles que tienen como característica común que ejercen sus derechos en contravención a lo impuesto por el gobierno de Nicolás Maduro, es decir, pueden ser considerados opositores de este o disidentes, por lo tanto, parecería una acción en contra de una población civil determinada.

Esta idea se ve reforzada por las conclusiones de la Misión Internacional independiente de la Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela que indica:

...los crímenes enumerados anteriormente se cometieron, respectivamente, en cumplimiento de las siguientes dos políticas estatales distintas:

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...⁵².

Pero, ¿esta política ocurre como parte de un ataque generalizado o sistemático?

Lo generalizado del ataque deviene de la masividad y gran escala de este. El Foro Penal ha registrado un total de 15.543 detenciones por razones políticas entre 2014 y el 10 de agosto de 2020⁵³. Esta “línea de conducta”, como lo establece el Estatuto de Roma, parece continuar activa en tiempos del estado de alarma. Este es un indicio que podría orientar la idea de que en el país está ocurriendo un ataque generalizado.

Por su parte, y aunque bastaría con considerar al ataque como generalizado, también es posible señalar que los patrones antes expuestos, son indicios de que estaríamos ante un ataque sistemático, ya que este es así “cuando el ataque se comete siguiendo un patrón o de conformidad con un proceso metódico contra ciertas víctimas por su condición civil. Este patrón requiere de premeditación, estructuras y una organización creada para cumplir estos fines.”⁵⁴

Un ataque es una línea de conducta que responde a una política estatal. La masividad de los casos de encarcelamiento, los patrones establecidos por ACNUDH sobre detenciones arbitrarias, incomunicación y desapariciones forzadas, nos permiten presumir que los encarcelamientos ocurridos durante la pandemia, por razones políticas,

en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco, Ginebra, 15 de julio de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_54_UnofficialSpanishTranslation.pdf, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

⁵² Misión Internacional Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, 15 de septiembre de 2020, p. 434 y 435. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf, consultado en fecha 21 de septiembre de 2020.

⁵³ Foro Penal. *La represión en Venezuela en cifras, datos del Foro Penal, al 10 de agosto de 2020*, Venezuela, agosto 2020. Disponible en: <https://foropenal.com/wp-content/uploads/2020/08/cifras-de-represion-al-10082020-definitiva.pdf>, consultado en fecha 20 de agosto de 2020.

⁵⁴ Civilis Derechos Humanos, CDH-UNIMET, CDH-UCAB y Acceso a la Justicia, Manual sobre el Derecho a la Protección Internacional en Crisis Mayores, Venezuela, abril 2019, p.59. Disponible en: <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2019/11/Manual-Derecho-a-la-Proteccion-Internacional-2019.doc-1.pdf>, consultado en fecha 10 de octubre de 2020.

no son hechos aislados, responden a una política del Estado, política a la que también se refirió la Misión Internacional Independiente de Determinación de Hechos, tal y como se indicó previamente, y se desprende del avance a fase tres del examen preliminar de la situación identificada como Venezuela I ante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, sobre lo cual también hablamos previamente.

El estado de alarma no podría ser considerado como el disparador de los crímenes, pues hemos visto que los exámenes preliminares se han iniciado antes de su decreto, pero es un escenario favorable para su agravamiento.

Señalemos los factores de riesgo que Naciones Unidas ha expuesto en su publicación “Marco de análisis para CRÍMENES ATROCES. Una herramienta para la prevención”, como factores que evidencian la posibilidad de que estén o vayan a ocurrir crímenes atroces. Naciones Unidas establece como factores comunes de cualquier crimen atroz:

- 1) Situaciones de conflicto armado u otras formas de inestabilidad.
- 2) Registro de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- 3) Debilidad de las estructuras del Estado.
- 4) Motivos o incentivos.
- 5) Capacidad para cometer crímenes atroces.
- 6) Ausencia de factores de mitigación.
- 7) Circunstancias propicias o acciones preparatorias.
- 8) Factores desencadenantes⁵⁵.

Al leer cada uno de los factores, se evidencia en Venezuela la existencia de todos ellos, pues hay inestabilidad política, junto a una crisis económica y social; el quiebre de las instituciones estatales; el registro de violaciones graves de derechos humanos; el deseo de mantenerse en el poder, por los incentivos que este da, así como por el interés económico vinculado a la gran corrupción denunciada por Transparencia Venezuela en su informe Gran Corrupción y Derechos Humanos⁵⁶. Un Estado fuerte con capacidad general de ejercicio de la fuerza; que no cumple con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, tal y como se evidencia del incumplimiento de las recomendaciones de ACNUDH o incluso de la inejecución de las sentencias condenatorias del Estado por violaciones de derechos humanos emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debemos destacar que entre las circunstancias propicias o acciones preparatorias se indica expresamente la “imposición de leyes de emergencia o medidas de seguridad extraordinarias que menoscaban los derechos fundamentales”⁵⁷. Recordemos que el estado de alarma, como todo estado de excepción, conforme al ordenamiento jurídico venezolano, es un decreto con rango, valor y fuerza de ley, que limita o restringe el ejercicio de derechos fundamentales, pero que, en el caso venezolano, como

⁵⁵ Naciones Unidas, Marco de análisis para CRÍMENES ATROCES. Una herramienta para la prevención, 2014. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-Spanish.pdf, consultado en fecha 17 de noviembre de 2020.

⁵⁶ Para ampliar la información puede revisarlo en: <https://transparencia.org.ve/gran-corrupcion-y-derechos-humanos/>

⁵⁷ Naciones Unidas, Marco de análisis para CRÍMENES ATROCES. Una herramienta para la prevención, 2014. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-Spanish.pdf, consultado en fecha 17 de noviembre de 2020.

ya fue expuesto, podría menoscabar dichos derechos. Por lo tanto, estaríamos en un escenario propicio.

Y, además, Naciones Unidas establece como factores desencadenantes a los “cambios repentinos que afectan a la economía o la fuerza de trabajo, como consecuencia, entre otras cosas, de crisis financieras, desastres naturales o epidemias”⁵⁸.

Vistos los factores comunes, señalemos los específicos: “Indicios de ataque generalizado o sistemático contra una población civil... Indicios de un plan o política de ataque contra una población civil”. Sobre estos ya hablamos anteriormente.

Es posible que los crímenes de lesa humanidad estuvieran ocurriendo antes de la declaratoria del estado de alarma, pero al analizar los factores de riesgo vemos que dicho estado de alarma, decretado como consecuencia de una pandemia, es un escenario propicio para que sigan ocurriendo e incluso se agraven, porque

Los ataques pueden avanzar a un ritmo más rápido si los agresores tienen un plan claro y la capacidad inmediata para ejecutarlo. También pueden ocurrir hechos o circunstancias imprevisibles que cambien las condiciones o lleven a un grave deterioro de una situación...⁵⁹.

Nuestra pretensión con este escrito es traer al debate académico los indicios de la posible ocurrencia de crímenes de lesa humanidad y los factores de riesgo de un posible deterioro profundo de la situación de Venezuela, en el marco del estado de alarma decretado como consecuencia de la Pandemia por el COVID-19. Al final la determinación o no de ocurrencia de crímenes de lesa humanidad y sus respectivos responsables dependerá de una instancia jurisdiccional como la Corte Penal Internacional. Pero aun así, el debate es necesario para las víctimas, para la sociedad en general, pues es oportuno cuestionarse sobre la realidad que vivimos, plantearla ante el mundo, llamar la atención para que se realice todo lo necesario para evitar el agravamiento, la continuidad y en definitiva la repetición de hechos que atenten contra la dignidad humana.

⁵⁸ Naciones Unidas, Marco de análisis para CRÍMENES ATROCES. Una herramienta para la prevención, 2014, p. 17. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-Spanish.pdf, consultado en fecha 17 de noviembre de 2020.

⁵⁹ Civilis Derechos Humanos, CDH-UNIMET, CDH-UCAB y Acceso a la Justicia, Manual sobre el Derecho a la Protección Internacional en Crisis Mayores, Venezuela, abril 2019, p.56. Disponible en: <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2019/11/Manual-Derecho-a-la-Proteccion-Internacional-2019.doc-1.pdf>, consultado en fecha 10 de octubre de 2020.

MILITARIZACIÓN Y POLITIZACIÓN DE LAS POLICÍAS EN VENEZUELA. SUS EFECTOS SOBRE LA REPRESIÓN Y EL CRIMEN DE PERSECUCIÓN EN VENEZUELA A LA LUZ DE LA SITUACIÓN I BAJO EXAMEN PRELIMINAR DE LA FISCALÍA ANTE LA CPI*

Fernando M. Fernández**

SUMARIO

I. Metodología. II. Introducción. III. Marco teórico. IV. Marco histórico. V. El marco constitucional de lo militar y sus efectos distorsionantes en lo policial. VI. El marco legal y el dualismo institucional. VII. Determinación de los hechos y confirmación de las violaciones de derechos humanos y los crímenes. VIII. Caracterización del estado dual venezolano y la persecución de disidentes, opositores y de cualquiera que no sea leal al “proceso” por medio de la policía militarizada. X. Las milicias, los operativos letales y los colectivos paramilitares XI. Conclusiones.

I. METODOLOGÍA

1. Como metodología de trabajo, se ha realizado una minuciosa y profunda revisión documental de gacetas y documentos oficiales¹, estudios monográficos especia-

* Contribución al Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken coordinado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

** Miembro activo de la Coalición Internacional por la Corte Penal Internacional y como tal actuó con diversas ONG, como Amnistía Internacional, para lograr la aprobación del Estatuto de Roma en 1998. Desde entonces ha dictado innumerables charlas, diplomados, talleres y cursos de todos los niveles sobre los crímenes internacionales, el procedimiento penal y los aspectos criminológicos de tales hechos punibles, tanto en diversas universidades e instituciones nacionales como extranjeras. Ha colaborado permanentemente con los diferentes eventos del Modelo de Naciones Unidas (MUN) en universidades y liceos. Asimismo, ha escrito diversas monografías especializadas y numerosos artículos de divulgación. Redactó el Código de Derecho Penal Internacional (CODEPI) introducido en la Comisión de Política Interior de la Asamblea Nacional el 10-08-16. Es miembro activo de Amnistía Internacional Venezuela (AIVEN) desde finales de los años 70's y fue Presidente de su Junta Directiva. Actualmente es Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Monteávila donde dicta seminarios sobre Derecho Penal Internacional.

¹ Sin embargo, cabe acotar que la búsqueda de sentencias, leyes y reglamentos deben ser realizadas mediante portales privados como Pandectas Digital y Vlex, dadas las insuficiencias de los portales oficiales y el atraso de sus registros.

lizados de universidades y ONG, fuentes académicas y otras fuentes públicas creíbles. También se han revisado las declaraciones públicas de funcionarios y dirigentes políticos del gobierno y el PSUV, se han revisado portales especializados. Además, se han tomado informes de organismos internacionales y realizado consultas a expertos.

2. En cuanto a las fuentes abiertas creíbles se debe anotar el hecho de que muchos documentos digitalizados y videos que existieron en la internet han desaparecido, han sido hackeados o están censurados, por esa razón se detalla la fecha y hora de todas las consultas realizadas, además de usar herramientas especiales (VPN) para superar la barrera tecnológica de los bloqueos. Es obvio que se trata de una maniobra deliberada, derivado de la censura informativa y el secretismo, aspectos que, por cierto, se engloban en la política sistemática y generalizada de persecución en materia de privar a la población del derecho a la información.

3. Todo lo relacionado con la policía de investigación penal y los otros organismos de inteligencia y contrainteligencia política y militar que también realizan investigaciones penales, se desarrolla más ampliamente en un papel de trabajo complementario sobre el sistema de administración de justicia penal, así como su papel en la persecución y represión de una población civil. Asimismo, las reformas de las leyes de procedimiento penal y técnicas forenses y cómo estas han sido elaboradas con ese propósito.

II. INTRODUCCIÓN

4. En este papel de trabajo, se aborda el tema de la militarización de la policía administrativa y la de investigación penal como una de las causas eficientes de la brutal política de represión que realiza el régimen de Nicolas Maduro Moros (de ahora en adelante, “NMM”), y, en concreto, de la comisión de ataques sistemáticos y generalizados que se subsumen en el crimen de lesa humanidad de persecución², entre otras atrocidades que se han identificado en la remisión³ que hicieron varios Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante, “ERCPI”).

5. Varios de esos crímenes fueron constatados por la Misión de Determinación de los Hechos⁴ (de ahora en adelante, “FFM” por sus siglas en inglés), que fuera designada por el Consejo de Derechos Humanos, a saber: asesinato, encarcelación, tortura y desaparición forzada.

² Aun cuando son varios los crímenes de lesa humanidad que se identifican en Venezuela, el de persecución, caracterizado por ser la supresión sistemática y generalizada de derechos, es el que engloba a todos. Así, el derecho a la vida que corresponde al crimen de asesinato, a la dignidad que toca a la tortura y a la libertad personal, cuyo correlato son la encarcelación y la desaparición forzada, han sido eliminados de facto en Venezuela.

³ Los 6 estados partes mencionaron, en su escrito de remisión, los siguientes crímenes de lesa humanidad: “Los crímenes de lesa humanidad que habrían sido objeto de constatación por el panel de expertos internacionales comprenden: (i) el asesinato; (ii) la encarcelación u otra privación grave de la libertad física; (iii) la tortura; (iv) la violación; (v) la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos; y (vi) la desaparición forzada de personas.” Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180925-otp-referral-venezuela_SPA.pdf. Consultado el 6 de agosto de 2020.

⁴ Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx> Consultado el 12 de octubre de 2020.

- El crimen de persecución⁵, tal como se constatado que se comete en Venezuela, es un hecho punible complejo y multifactorial, así como de múltiples facetas y patrones, a saber:
 - i. Los que están directamente vinculados y concurren con otros crímenes tipificados en el ERCPI⁶ de los que fueron incluidos en la remisión de los Estados Partes y forman parte de la Situación I bajo examen preliminar por parte de la Fiscalía ante la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante, “Fiscalía”).
 - ii. Aquellos que están conectados con otros crímenes del ERCPI distintos a los mencionados por los Estados Partes, en conexión con diversos Tratados Internacionales de derechos humanos⁷. Son de destacar los derechos económicos, sociales y culturales (de ahora en adelante, “DESCA”), cuya supresión de hecho o de derecho causan un enorme sufrimiento físico y mental, tales como: hostigamiento a líderes políticos opositores⁸, causar la pobreza extrema, el hambre, la falta de oportunidades educativas, circunstancias estas directamente vinculadas con la diáspora de más de 5 millones de migrantes forzados. En tal sentido, tales condiciones generadas por el régimen de NMM podrían subsumirse en el crimen tipificado en el artículo 7. h) del ERCPI⁹. Durante la Pandemia del COVID 19, CEPAZ ha identificado nuevos patrones de represión¹⁰.

⁵ Ver anexo al final.

⁶ “Persecución. Tanto el genocidio como la persecución son crímenes cometidos en contra de personas que pertenecen a un cierto grupo. Pero mientras que en la persecución la intención discriminatoria puede tomar múltiples formas, en el caso del genocidio esa intención debe estar acompañada con una intención específica de destruir. La persecución puede escalar a genocidio en la forma de ataques intencionados y deliberados para la destrucción de un grupo. Siempre debe ser utilizada en conexión con otros actos de la lista”. Coalición por la Corte penal Internacional: *Los crímenes de la CPI*. Disponible en: <http://www.coalitionfortheicc.org/es/los-crimenes-de-la-cpi> . Consultado el 24 de octubre de 2020.

⁷ “... Ahora bien, es necesario que los mencionados ataques se cometan en contra de “un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, **en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte**” (resaltado añadido). En el caso venezolano, el grupo que ha sido objeto de la persecución es perfectamente reconocible, pues está constituido por todas aquellas personas que bien ejercen una función de liderazgo en la oposición política, que representen una amenaza para la hegemonía política del régimen o que, en general, sean percibidos como disidentes...”. CEPAZ, *La Persecución Política como crimen de Lesa Humanidad en Venezuela (II)*. Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/la-persecucion-politica-como-crimen-de-lesa-humanidad-en-venezuela-ii/>. Consultado el 24 de octubre de 2020.

⁸ CEPAZ, *Persecución política en Venezuela*, 2014. Disponible en: <http://www.ferminto.net/portal/2017/03/cepaz-presento-su-informe-persecucion-politica-en-venezuela/> Consultado el 26 de octubre de 2020.

⁹ Se pueden identificar estos patrones: 1) apertura de procedimientos judiciales, especialmente penales, contra cualquier opositor, disidente o simplemente crítico; 2) hostigamiento e insultos a través de canales de TV oficiales, sin derecho a réplica ni a rectificación; 3) destitución de cualquier cargo público por el hecho de disidir o criticar alguna decisión del gobierno; 4) allanamiento de inmuebles de oficina o vivienda sin orden judicial y de forma irregular; 5) inhabilitación política por vía administrativa y sin causa justificada; 6) usurpación de cargos y funciones públicas; 7) complacencia con abusos físicos u orales contra dirigentes de oposición; 8) hostigamiento a defensores de derechos humanos y ONG; 9) persecución y hostigamiento a periodistas críticos; 10) ataques a empresas y empresarios con procedimientos ilícitos; 11) detenciones arbitrarias a empresarios; 12) expropiaciones ilegales y sin indemnización de millones de hectáreas de fincas productivas.

¹⁰ CEPAZ documentó patrones de persecución en Venezuela. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Ca3c1Ltkj7c> Consultado el 26 de octubre de 2020 a las 06:10 pm. Ver también: CEPAZ, *Persecución Política en tiempos de Pandemia*, ob. cit.

Seguir impidiendo el ingreso de ayuda humanitaria es un indicador elocuente de esta política, no solo en estos momentos¹¹, sino desde 1999, cuando el deslave de Vargas.

- iii. En momentos de la pandemia del COVID 19, deberían seguirse las sugerencias realizadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (de ahora en adelante, “CICR”)¹², conforme al Derecho Internacional Humanitario, a los fines de mitigar el sufrimiento de las personas que previamente sufrirían los embates de la emergencia humanitaria compleja, ocasionada por el mismo gobierno de NMM.
- iv. El crimen de persecución no está tipificado en el Código Penal venezolano. Tampoco lo está en ninguna de las leyes penales especiales existentes¹³. Venezuela no ha implementado el ERCPI, por lo que hay un completo vacío legislativo.
 - A los fines de este informe, ambos casos son de interés, en la medida que demuestran cómo el crimen de persecución se comete de forma generalizada, en forma de ataque intencional fundado en motivos políticos, contra una población civil con identidad propia.
 - La destrucción, privación, restricción y limitación extrema de forma intencional y grave de derechos fundamentales, en contravención del derecho internacional debido a la identidad del grupo o de la colectividad, se comete en Venezuela con la causa eficiente de la militarización policial, cuando se destruyen derechos humanos de facto, en abierta contradicción con el art. 5 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante, “PIDCP”)¹⁴.
 - i. Ejemplo de lo anterior ha sido la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, traducida en la inaplicación directa e inmediata de dicho instrumento, como lo establece la Constitución de 1999¹⁵, así como el impedimento del control judicial subsidiario, por parte de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos Humanos, respecto de los actos del Estado que violan derechos humanos.

¹¹ Human Rights Watch, *Venezuela necesita ayuda humanitaria urgente para combatir la COVID-19. La escasez de agua en hospitales agrava el riesgo para el país y la región*. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/05/26/venezuela-necesita-ayuda-humanitaria-urgente-para-combatir-la-covid-19>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

¹² CICR, *Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial* Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc-003-809.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

¹³ Fernando Fernández, *Crímenes, delitos y faltas vigentes en Venezuela*, Editorial LIVROSCA, Caracas, 2003.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 5 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

¹⁵ Artículo 23 de la Constitución de 1999: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

- ii. Mantener de forma ininterrumpida el estado de excepción, incumpliendo los principios y garantías de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en clara violación de la Constitución de 1999¹⁶.
- iii. Asimismo, haber destruido la economía privada, expropiado millones de hectáreas, confiscado ilegalmente propiedades y empresas, ha colocado a millones de personas en situación desesperada, por lo que han tenido que migrar forzosamente más de 5 millones¹⁷ de venezolanos y unos 7 millones¹⁸ o más viven en situación de pobreza crítica, en el territorio de Venezuela.
 - Este crimen está incluido en la remisión de la Situación I realizada por los Estados Partes.
 - Este tipo penal de persecución no está tipificado en Venezuela, ni siquiera como delito común, por lo que la conducta es impune, a pesar de su gravedad.
 - En Venezuela, predomina la conducta reiterada de persecución política de forma sistemática y generalizada contra opositores manifiesto, disidentes de la ideología chavista o de haber pertenecido al PSUV o, simplemente, por no ser miembro leal y consecuente con las políticas del gobierno.
 - También hay evidencias del crimen de persecución respecto de poblaciones indígenas de las etnias pemón y wayuu, principalmente.
 - La ONG CEPAZ ha podido identificar los patrones del crimen de persecución¹⁹. Según ha podido documentar CEPAZ, estos patrones se extienden a otras conductas diferentes a los crímenes de lesa humanidad, los cuales se han agravado y causado

¹⁶ Artículo 339 de la Constitución de 1999: “El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. **El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaratoria del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público”. (Resaltado nuestro).

¹⁷ 5,098,473 de venezolanos desplazados. Última actualización 5 de septiembre de 2020. “Esta cifra representa la suma de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos reportados por los gobiernos anfitriones No necesariamente implica identificación individual, ni registro de cada individuo, e incluye un grado de estimación, según la metodología de procesamiento de datos estadísticos utilizada por cada gobierno. Como muchas de las fuentes de los gobiernos no toman en cuenta a venezolanos sin un estatus migratorio regular, es probable que el número total sea más alto”. Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform>. Consultado el 20 de octubre de 2020.

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos: “...El Plan de Respuesta Humanitaria de Venezuela de 2019 identifica una población de 7 millones en situación de necesidad debido, entre otras cosas, a violaciones de los derechos a la alimentación y la salud, la violencia y la inseguridad, el colapso de los servicios básicos, el deterioro del sistema educativo, la falta de acceso a la atención prenatal y posnatal y la insuficiencia de los mecanismos de protección contra la violencia y la persecución por motivos políticos...”. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/RES/42/25>. Consultado el 20 de octubre de 2020.

¹⁹ CEPAZ, *La Persecución Política como crimen de Lesa Humanidad*. Disponible en <https://cepez.org/articulos/la-persecucion-politica-como-crimen-de-lesa-humanidad-i/>; también en: *Informe Persecución Política CEPAZ*. Disponible en: https://issuu.com/activistasciudadanos/docs/epu_cepaz_derechos_politicos_2016-2; igualmente en: *Persecución política en Venezuela*. Disponible en: https://cepez.org/documentos_informes/informe-persecucion-politica-en-venezuela-identificacion-diferenciada-de-patrones-de-persecucion-en-actores-disidentes-y-seguimiento-de-casos-2/. Consultados el 20 de octubre de 2020.

gran sufrimiento físico y mental a la población perseguida en tiempos de pandemia, durante el confinamiento y el estado de excepción de alarma²⁰.

- Una característica de la estrategia del Poder Ejecutivo es la de presentar una fachada legal de hacer creer que hay una política de derechos humanos mediante planes²¹, declaraciones y articulado de leyes, lo cual le ha servido al gobierno para crear una apariencia distinta de lo que es, en la práctica, una actividad de propaganda, proselitismo y encubrimiento con la cual se pretende esconder las atrocidades.

- Así, como parte de la fachada propagandística, mediante un Decreto Presidencial se ha creado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2016-2019²², en el cual se establece una política y visión socialista sesgada de los derechos humanos, marcada por la ideología marxista.

- La realidad es totalmente diferente al discurso oficial que manipula con el discurso de los derechos humanos, como se verá más adelante, en las ejecutorias de persecución militar y policial a quienes se opongan, disientan o, simplemente, hagan algún comentario por redes sociales²³ en contra del gobierno.

- Todos los que no sean leales e incondicionales al gobierno son considerados de “derecha”, es decir, enemigos, dentro de una estrategia de dividir y polarizar a la ciudadanía.

- Las policías y los militares, entonces, constituyen uno de los instrumentos básicos de la ejecución del crimen de persecución de forma congruente con esa visión y acción política.

- La manera de justificar el tratamiento diferenciado y excluyente del enemigo a todo opositor ha sido bajo el argumento de que existe una “guerra económica”, expresada en la persecución de dirigentes políticos y hasta empresarios, así como cualquier otro tipo de líder, quienes sean señalados como “escuálidos”, “fascistas”, “enemigos de clase”, “enemigos del Estado”, “burgueses”, “ricos”, “traidores”, “conspiradores”, “ultraderechistas”, “apátridas”, “oligarcas”, “sifrinos”, “pelucones” y demás disfe-mismos o apelativos dentro de lo que el gobierno ha llamado la “guerra económica”.

²⁰ CEPAZ, *La persecución política se agrava en tiempos de pandemia*. Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/political-persecution-worsens-in-times-of-pandemic/>. Consultado el 20 de octubre de 2020.

²¹ “En febrero el presidente de la República, Nicolás Maduro, presentó al país el Plan Nacional de Derechos Humanos 2016-2019, con el que se regirá el Estado para resguardar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de la población, así como también incluye la promoción de la justicia en los casos de las desapariciones, torturas y asesinatos perpetrados por gobiernos de derecha entre 1958 y 1998”. Conozca el Plan Nacional de Derechos Humanos en Venezuela. Disponible en: <https://www.telesurtv.net/news/Conozca-el-Plan-Nacional-de-Derechos-Humanos-en-Venezuela-20160314-0014.html>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

²² Plan Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cne.gov.ve/web/imagen/publicidad/2016/dh2016-2019.pdf>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

²³ “Entre 2009 y 2018, Espacio Público registró un total de 55 detenciones de personas por difusión de contenidos a través de redes sociales. Las detenciones arbitrarias son la modalidad más representativa de la intolerancia estatal en línea, no solo por los daños que genera para la integridad personal y social, sino porque constituyen un reflejo de la incompreensión de la vida digital al pretender trasladar presuntos delitos *off line* a la dinámica descentralizada y horizontal de la web. Predicciones, críticas y protestas. El 67% (37) de las personas detenidas entre 2009 y 2018 usaron Twitter. Básicamente los contenidos publicados estuvieron relacionados con opiniones sobre temas políticos, predicciones astrológicas, difusión de información pública, opiniones sobre la crisis nacional en sus diferentes tópicos o casos de corrupción...”. En: Espacio Público, *Detenciones en línea. Presos por usar las redes sociales*. Disponible en: <http://espaciopublico.org/detenciones-en-linea-presos-por-usar-las-redes-sociales/> Consultado el 17 de noviembre de 2020.

También las acusaciones, descalificaciones, amenazas, injurias e insultos sirven al cometido de etiquetar, estigmatizar, descalificar y satanizar al enemigo que se quiere destruir. Algunos de los más usados han sido: “estúpidos”, “imbéciles”, “hipócritas”, “demonios”, “gusanos”, “parásitos”, etc. Esas expresiones dichas por los máximos jerarcas gubernamentales, repetidas incesantemente en los medios de comunicación oficiales, constituyen un elemento de instigación al odio en la comisión del crimen de persecución que ejecutan las policías.

- La formulación de una “guerra económica” pone en evidencia la formulación de una visión bélica de lo política, que se traduce, en la realidad material, en la comisión de atrocidades en contra de la población civil. Allí es donde actúan las policías, guiadas por militares.

6. La remisión de la Situación I hecha por los 6 Estados Partes se apoyó en la documentación sobre los hechos que habían realizado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴ y el panel de expertos de la OEA²⁵. Los hechos están bajo la fase 2 (estudio de la jurisdicción) del examen preliminar en la Situación I²⁶ que lleva a cabo la Fiscalía (de ahora en adelante, “Fiscalía”)²⁷ ante la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante “CPI”).

- También el crimen de persecución ha sido documentado por el Panel de Expertos Independientes de la Organización de Estados Americanos (de ahora en adelante, el “Panel”), el cual identificó que existen patrones de persecución sistemática y generalizada como crimen de lesa humanidad en las siguientes conductas: 1) Amenazas e intimidación. 2) La politización de la justicia y la judicialización de la política. 3) Destitución ilegal y arbitraria de alcaldes. 4) Inhabilitaciones a ser elegidos a cargos públicos. 5) Ataques a la libre expresión. 6) Allanamientos ilegales. 7) La represión violenta y el excesivo uso de la fuerza. 8) La persecución de niños y adolescentes. 9) Anulación de pasaportes. 10) Perseguidos que fueron forzados a exiliarse. 11) Asilo político.

- Asimismo, el Panel determinó que

...la magnitud de la persecución política ha aumentado drásticamente en los últimos años (desde febrero de 2014 hasta la fecha). El delito de persecución por motivos políticos ha estado presente en todos los crímenes de lesa humanidad plasmados en este Informe, e invocando las violaciones de los derechos a la vida, la libertad personal y la integridad personal. El Panel examinó también las violaciones de los derechos fundamentales que no se analizaron como parte de esos delitos, a saber: lesiones, intimidación y detrimento del derecho a la salud y la alimentación debido a la utilización de la crisis humanitaria como

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Venezuela (2018)*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

²⁵ OEA, *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela / Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos*. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

²⁶ La Situación I se restringe a la remisión realizada por 6 estados Partes. La Situación II se refiere a la remisión hecha por el régimen de NM sobre supuestos crímenes cometidos por causa de las sanciones internacionales d ellos EE. UU. a algunos funcionarios venezolanos.

²⁷ Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela&ln=Spanish>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

arma para fines políticos. El Panel estima que existe fundamento razonable que permite afirmar que en Venezuela se dan los elementos del delito de lesa humanidad de persecución fundada en motivos políticos, de conformidad con lo que establece el artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma...

7. El enfoque del presente trabajo es realizado bajo la hipótesis de que en Venezuela se cometen varios crímenes de los tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante “ERCPI”), especialmente el de persecución, como expresión de la política represiva por parte del gobierno de NMM, los cuales tienen como una de las bases estructurales la militarización sistemática y planificada de las policías administrativas y de investigación penal. En tal sentido, las policías militarizadas son el instrumento primordial y más violento del crimen de persecución.

8. Aun cuando es evidente de que se trata de un problema multifactorial y complejo con múltiples aristas, en este trabajo se destacan los elementos más claros y mejor documentados de la militarización legal y factual de las policías administrativa y de investigación penal, expresados en la normativa constitucional, legal y decretal, bajo el amparo de las repetidas leyes habilitantes y el estado de excepción permanente en los temas económicos y de alarma, la cual ha generado un marco legal propicio a estas actuaciones arbitrarias, las cuales son contrarias a los parámetros del Estado de Derecho²⁸.

9. Se destaca el hecho criminal y la sistematicidad de la conducta de persecución de parte de la población civil considerada como “enemiga”, en los términos del Derecho Penal Internacional (de ahora en adelante “DPI”), porque no se trata de una situación aislada ni coyuntural o casual de algún soldado o algún policía, ni de un grupo o destacamento oficial que incurre en algún delito que se traduce en alguna violación de derechos humanos por parte del Estado. En tal sentido, la militarización conlleva, inevitablemente, al desconocimiento de los derechos humanos al concebir a la población civil objeto de los ataques por su opinión política, como si fuera “el enemigo” en una guerra; circunstancia esta que es inexistente en Venezuela. No obstante, el pensamiento militar en acción es binario y no acepta puntos medios: se es amigo o se es enemigo: quien está con el proceso revolucionario es amigo y quien no lo esté es enemigo. En consecuencia, el enemigo no tiene derechos, pero si los tiene el amigo, que si goza de todas las prerrogativas y privilegios. Esta fuerte tendencia adversa a los derechos humanos se evidencia, también, en no adoptar las directrices de la ONU²⁹ en materia policial.

10. En este trabajo, se enfatiza el carácter legal, factual, estructural, permanente, organizado y sistemático de la militarización de las policías como causa eficiente y condicionante de las atrocidades que se analizan en el examen preliminar de la Situación I por parte de la Fiscalía.

▪ En este sentido, se destaca la militarización legal y factual de la actividad policial y, con ella, de la investigación penal, quedando estas desprovistas de las tareas fundamentales del Estado de elementos técnicos en lo jurídico y lo forense, cada vez más cercanas a ser consideradas como las bases de la comisión de crímenes atroces y

²⁸ ONU, *¿Qué es el Estado de Derecho?* Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/> Consultado el 6 de agosto de 2020.

²⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía Manual ampliado de derechos humanos para la policía*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/publications/training5add3sp.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

graves violaciones de derechos humanos que permanecen impunes, así como un gran deterioro de la seguridad pública, una de las tareas fundamentales del Estado y de las exigencias de calidad de vida ciudadana.

- El enfoque de este papel de trabajo se limita a la militarización de la seguridad pública y los efectos letales de dicha militarización en todos los niveles del Estado: nacional, estatal y municipal. Igualmente, se destaca lo inútil de esta política, en el sentido de su fracaso en brindar la paz y la seguridad públicas a la población y sancionar los delitos, por ejemplo.

- Se destaca lo hiriente que es esta política de ataques desde el Estado y sus organismos militares y policiales, debido a los efectos traducidos en el gran sufrimiento físico y mental de las víctimas.

III. MARCO TEÓRICO

11. El presente papel de trabajo se ha elaborado a partir del análisis de las normas constitucionales venezolanas y su contrastación con la ejecución práctica de sus disposiciones, tomando en cuenta las contradicciones normativas, así como la implantación errónea de las mismas en la legislación y las políticas públicas. En ello se ve de forma patente la sistemática y organización empleadas en los ataques y atrocidades bajo estudio en la Situación I, causados, en gran medida, por el protagonismo excesivo y hegemonía de los militares en tareas que no les corresponden. Eso es el pretorianismo.

12. En tal sentido, interesa destacar en este abordaje, el proceso de militarización legal y factual de las policías, caracterizado este como base de una política represiva y persecutoria, deliberada y consciente de ir abarcando cada vez más espacios dentro del Estado, tomando el control institucional de la justicia penal desde sus bases e implantando la visión propia de la corporación militar, sin importar las especialidades profesionales, en temas tan complejos y particulares como son la policía administrativa de cara a los ciudadanos y la investigación penal de los delitos, cuya esencia es civil. Las implicaciones en las graves violaciones de derechos humanos y atrocidades se desprenden en el ejercicio del poder bélico del Estado, tratando a la población “enemiga” como si estuvieran en un campo de batalla y no en una ciudad, con valores y prácticas que solo una policía administrativa y judicial de tipo civil está capacitada, teóricamente, para ello. Las tareas de una policía se basan en la persuasión, la disuasión, la mediación, la negociación y, en última instancia, la coerción, en torno a lograr el cumplimiento de la Constitución y las leyes.

13. En este trabajo, se analiza el Estado Dual (Fernández, 2018)³⁰ y contradictorio en sus normas constitucionales relativas al tema militar y la seguridad pública, lo cual ha favorecido la militarización y el dualismo que se manifiestan materialmente. Por un lado, la Constitución tiene una serie de reglas y principios que consagran y garantizan los derechos humanos y, de otra parte, establece atributos y competencias a organismos públicos que amenazan y subvierten esas normas protectoras. El tema de la militarización *in commento* de las policías evidencia esa contradicción. Fraenkel (1940)³¹ estudió detalladamente el dualismo estatal durante el III Reich en Alemania, tomando el concepto de Estado Dual de Schmitt (1927)³².

³⁰ Fernando Fernández, *Estado Dual o anómico*, Editorial Académica Española, Mauricio, 2018.

³¹ Ernst Fraenkel, *The Dual State. A contribution to the theory of dictatorship*, Oxford University Press, New York. 1941.

³² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

▪ El dualismo estatal venezolano se evidencia en la implantación forzada del socialismo, en contradicción con la visión constitucional del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

▪ Esa confusión conceptual es una fachada, como se evidencia en el Plan Nacional de Derechos Humanos (206-2019)³³. Ello equivale a hacer creer que la división de Alemania por el Muro de Berlín (1961-1989)³⁴ durante la Guerra Fría no existía y que ambos Estados eran iguales.

▪ Las policías militarizadas, entonces, se han amoldado a la idea política del socialismo bolivariano³⁵ y del Estado comunal o del poder popular³⁶, antagónica a la de democracia, para lo cual funcionan como instrumentos del crimen de persecución en contra de todos aquellos que se opongan o que disientan del gobierno, así sea por un tweet en las redes sociales³⁷.

³³ “A partir de 1999, como resultado de un gran proceso nacional constituyente, la República Bolivariana de Venezuela se configuró como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...”. Plan Nacional de Derechos Humanos. Democracia Socialista. p. 7. Disponible en: <http://www.cne.gov.ve/web/imagen/publicidad/2016/dh2016-2019.pdf>. Consultado el 17 de noviembre de 2020. Ver también: Decreto No. 2.254 mediante el cual se aprueba el Plan Nacional de Derechos Humanos. Gaceta Oficial No. 6.217 Extraordinario.

³⁴ “... En 1949 las dos nuevas Alemanias habían sido oficialmente fundadas. La Alemania del Este socialista fue destruida por la pobreza y convulsionada por las huelgas en respuesta a sus nuevos sistemas políticos y económicos. La fuga de cerebros y la escasez de mano de obra que resultó hizo que la RDA cerrara su frontera con Alemania Occidental en 1952, y que fuese mucho más difícil para las personas cruzar de la Europa ‘comunista’ a la ‘libre’. Los alemanes orientales comenzaron a huir por una frontera más permeable entre Berlín Oriental y Occidental. En un momento, 1700 personas por día buscaban condición de refugiado al cruzar desde el este hacia el oeste de Berlín y alrededor de 3 millones de ciudadanos de la RDA pasaron a Alemania Occidental por Berlín Occidental entre 1949 y 1961...”. Erin Blakemore, “Por qué se levantó el Muro de Berlín... y cómo cayó. El espantoso muro de la Guerra Fría se construyó para que los alemanes del este no se escaparan hacia el oeste. Una batalla de décadas para huir lo hizo desaparecer”, en: *National Geographic*, 12 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.nationalgeographic.com/historia/2019/11/por-que-se-levanto-el-muro-de-berlin-y-como-cayo>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

³⁵ “Hoy más que nunca, estamos convencidos de que el Socialismo Bolivariano del Siglo XXI es el único modelo capaz de brindarle al pueblo venezolano la mayor suma de felicidad social. Seguiremos el camino que inició el Comandante Chávez. ¡Feliz Día Internacional de la Felicidad!”, escribió el Jefe de Estado en la red social Twitter...”. Disponible en: <http://www.minec.gob.ve/socialismo-bolivariano-es-el-unico-modelo-capaz-de-brindarle-felicidad-al-pueblo-venezolano/>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

³⁶ “El Estado Comunal, se insiste, es una forma totalmente distinta a la forma jurídica del Estado venezolano de acuerdo con la Constitución. De esa manera, el Estado Comunal (i) niega relevancia al sistema representativo, a favor de medios de “participación ciudadana directa”; (ii) desconoce la existencia de representantes electos, con lo cual la separación de poderes pierde relevancia y (iii) la supremacía constitucional y el principio de legalidad se difuminan, ante la preeminencia de la voluntad popular expresada directamente. El Estado Comunal se funda así en el “Poder Popular”, expresado como la manifestación directa de la participación ciudadana. Estos principios, en el Estado Comunal, se articulan en torno a un único fin: la construcción del socialismo. La expresión “socialismo” no tiene aquí un contenido más o menos amplio, sino muy concreto: socialismo es el programa político del Gobierno actual, definido en distintos instrumentos políticos (como el “libro rojo” del Partido Socialista Unido de Venezuela) y plasmado además en las Leyes del Poder Popular. En: José Ignacio Hernández, “El Estado Comunal”. Disponible en: http://www.ulpiano.org/revistas/bases/artic/texto/ADPUB-MONTEAVILA/4/ADPUB_2011_4_99-133.pdf. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

³⁷ Human Rights Watch, *Incomunicado por tuitear en Venezuela. Se desconoce el paradero de Pedro Jaimés Criollo desde hace casi un mes*. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2018/06/11/incomunicado-por-tuitear-en-venezuela>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

14. Según el marco teórico usado para el abordaje sobre el dualismo estatal en este trabajo, el Estado venezolano y la vida institucional, económica y política del país se han militarizado de manera amplia. Forma parte de lo que Irwin (2014)³⁸ identificó en la doctrina como “militaridad”³⁹ término eufemístico empleado por doctrinarios para referirse al militarismo. Es lo que Laswell (1941)⁴⁰, citado por Buttó (2014)⁴¹, ha llamado el Estado Cuartel o Estado Guarnición (*Garrison State*) o pretorianismo⁴², bajo la política de la simbiótica unión cívica-militar que caracteriza a la Revolución Bolivariana o Socialismo del Siglo XXI para la construcción del “hombre nuevo”, una interpretación exacerbada de normas constitucionales que así lo permiten y aplicación de la legislación apropiada para que esto se perfeccione.

15. El proceso de militarización factual de las policías ha sido detenidamente estudiado por los investigadores Olga Ávila, Alberto Camardiel y Roberto Briceño-León, quienes afirman: “... Desde inicios del siglo XXI se ha ido militarizando cada vez más a la policía. Uno de los factores que ha promovido esta militarización ha sido que 12 de los Ministros de Interior y Justicia a cargo desde 1999, han sido militares (80%). A esto habría que agregarle que también es posible que algunos civiles sean más militaristas que los propios militares...”⁴³.

16. La militarización policial⁴⁴ analizada se caracteriza por los ataques sistemáticos y generalizados de privación de derechos, el asedio permanente, el hostigamiento constante, la amenaza continua, la exhibición hostil y omnipresente de armas, así como el ejercicio excesivo de la violencia militar y policial en contra parte de la población civil por su opinión política, convertida en “enemiga”. Todo ello constituye una política de terrorismo de Estado⁴⁵ en la cual ocurren

³⁸ Domingo Irwin, “La ‘militaridad’, una propuesta de militarización para la sociedad venezolana”, en: *Tiempo y Espacio*, N° 68, Vol. XXXV, Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL), julio-diciembre, 2017, pp. 51-72.

³⁹ El profesor Irwin analizó el artículo doctrinario donde aparece el término eufemístico “militaridad” que esconde al militarismo o pretorianismo. Así lo cita Irwin: “Militaridad / En el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Los autores son dos generales de brigada de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB) Rafael José Aguana y Samir Sayegh Assad, fue editado por la Universidad Militar Bolivariana de Venezuela (UMBV) en octubre-diciembre de 2012”. Domingo Irwin, ob. cit., p. 51.

⁴⁰ Harold D. Laswell, “The garrison state”, en: *The American Journal of Sociology*, 1941. Disponible en: <https://archive.org/details/lasswellthegarrisonstate1941/mode/2up>. Consultado el 7 de agosto de 2020.

⁴¹ Luis Alberto Buttó et al., “La construcción del Estado Cuartel en Venezuela (1999-2014)”, en: *Revista Nuevo Mundo*, Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2014. Disponible en: [http://www.iaea.usb.ve/mundonuevo/revistas/MN15/MN_15\(01\).pdf](http://www.iaea.usb.ve/mundonuevo/revistas/MN15/MN_15(01).pdf). Consultado el 9 de agosto de 2020.

⁴² Según el DRAE, Pretorianismo es: “influencia política abusiva ejercida por algún grupo militar”.

⁴³ Olga Ávila, Alberto Camardiel y Roberto Briceño-León, “El servicio de policía venezolano. Entre la percepción y la realidad (2000-2019)”, en: *Acceso a la Justicia*, junio 2020, p. 14. Disponible en: <https://www.accesoaljusticia.org/el-servicio-de-policia-venezolano-entre-la-realidad-y-la-percepcion-2000-2019/>. Consultado el 1 de septiembre 2020.

⁴⁴ Keymer Ávila, *Militarización de la seguridad ciudadana en Venezuela*. Disponible en: <https://www.derechos.org/ve/opinion/militarizacion-de-la-seguridad-ciudadana-en-venezuela>. Consultado el 1 de septiembre de 2020.

⁴⁵ “Definición de terrorismo de Estado Es el desarrollo sistemático de una política de violencia, orientada a inducir miedo y terror en la población civil; para imponer obediencia y sumisión. Tiene, entre sus objetivos, exterminar al adversario y al disidente político. Se caracteriza por la violación permanente de los derechos humanos, dominio militar sobre la autoridad civil y predominio por parte del Estado de los valores bélicos en la sociedad. Esto se manifestó, en el caso venezolano que nos ocupa,

masacres⁴⁶ con demasiada frecuencia. Ávila (2019) ha identificado el hecho de que ocurren “masacres por goteo”⁴⁷, lo cual se expresa en hechos de “resistencia a la autoridad” por lo que los funcionarios accionan sus armas y matan a los “resistidos”. Para 2016, esa cifra fue de 5.995 muertos, lo que equivale a unos 16 por día⁴⁸. Tales resultados desaparecieron al ser borrados los tweets de la cuenta oficial del Ministro Reverol⁴⁹.

en la suspensión de las garantías constitucionales; creación de decretos que suspendieron los derechos fundamentales; censura a la información; represión desproporcionada hacia los movimientos disidentes; torturas, ejecución extrajudicial, masacres, persecución ilegítima, asesinatos, detenciones, desaparición forzada, bombardeos a poblaciones campesinas, cercos militares a liceos, universidades, barriadas y zonas campesinas. Asimismo, todo el accionar anterior fue acompañado por campañas de terror psicológico hacia la población, expresadas en una represión generalizada, estigmatización de las luchas por reivindicaciones populares, redadas permanentes en los barrios, toma militar por parte de los cuerpos policiales de esas barriadas con gran despliegue, en algunos casos, de funcionarios militares. Que llegaron a imponer el estado de sitio; donde la población no podía entrar ni salir de sus viviendas...”. Comisión por la Justicia y la Verdad: *Contra el silencio y el olvido. Por la verdad y la justicia. Informe de la Comisión de Estado por la Justicia y la Verdad contemplada en la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998*. Caracas, 2017, p. 115. Disponible en: <http://justiciatransicional.org.ve/wp-content/uploads/2018/11/Informe-CONTRA-EL-SILENCIO-Y-EL-OLVIDO-POR-LA-VERDAD-Y-LA-JUSTICIA.pdf>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

⁴⁶ “Concepto de masacre La Comisión por la Justicia y la Verdad, durante todo el período investigado, logró verificar recurrentes acciones de organismos gubernamentales y fuerzas policiales, militares, paramilitares y parapoliciales, que se inscriben en lo que el artículo 7, numeral 13, de la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998, define como masacre. A saber: Actos atroces de terrorismo de Estado, caracterizados por un concurso de delitos con pluralidad de víctimas previamente planificado y ejecutado por los organismos de seguridad del Estado, en combinación con otras fuerzas militares o policiales, o por grupos, cuya actuación se produce por complacencia del Estado y que su objetivo es el exterminio de grupos o poblaciones, violando leyes, acuerdos, tratados, pactos y convenciones internacionales de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En el presente Informe, utilizamos este sentido amplio de la palabra masacre; esto es, como una acción violenta del Estado, orientada al asesinato de varias personas. Suele convenirse, que su número sea de tres o más individuos asesinados, pero el número de víctimas a veces resulta irrelevante en proporción a la importancia que cobran otros elementos, a saber: 1) se caracteriza por el uso desproporcional de las fuerzas del Estado; 2) la indefensión de las víctimas, la crueldad de la acción y su evidente premeditación y planificación (la masacre va dirigida a sujetos y objetivos identificados previamente); 3) busca, entre otros objetivos, generar miedo en la población, imponer la dominación política de un modelo de sociedad y la eliminación física del adversario político”. Comisión por la Justicia y la Verdad, ob. cit., pp. 117-118.

⁴⁷ Keymer Ávila, *Venezuela: la cara más visible de una masacre sistemática*. Disponible en: <https://razonpublica.com/venezuela-la-cara-mas-visible-de-una-masacre-sistemática/>. Ver también: *¿Cómo analizar las cifras delictivas en Venezuela?*. Disponible en: https://issuu.com/ammistia/docs/cifras_delictivas_de_venezuela_an__?e=1057477/58584001. Consultados el 9 de agosto de 2020.

⁴⁸ “Cabe destacar que, desde 2016, casi 18.000 personas murieron a manos de las fuerzas de seguridad en Venezuela en situaciones de supuesta ‘resistencia a la autoridad’. En efecto, el ministro del interior, Néstor Reverol, informó en diciembre de 2017 que hubo 5.995 de estos casos en 2016 y 4.998 en 2017. Las fuerzas de seguridad venezolanas causaron la muerte de alrededor de 7.000 personas en incidentes que, según alegaron, eran casos de “resistencia a la autoridad” durante 2018 y los primeros cinco meses de 2019, según cifras del gobierno”. En: Human Rights Watch, *Venezuela: Ejecuciones extrajudiciales en zonas de bajos recursos. Un patrón de graves abusos policiales que quedan impunes*. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2019/09/18/venezuela-ejecuciones-extrajudiciales-en-zonas-de-bajos-recursos>. Consultado el 10 de agosto de 2020.

⁴⁹ Cuenta suspendida: <https://twitter.com/NestorReverol/status/946081878158823425?s=20> y <https://twitter.com/NestorReverol/status/946081878158823425?s=20>. Consultado el 10 de agosto de 2020.

- Los operativos de seguridad se realizan según la lógica militar y no la policial. Ello se evidencia en el alto número de ciudadanos muertos por ataque a la población civil cuando protesta pacíficamente por causa de elementales cosas como la carencia de agua, los constantes cortes de electricidad, la insuficiencia del gas doméstico y muchas cosas más.

- El terrorismo de Estado ya ha sido identificado como un patrón, durante la existencia de la democracia, sobre todo, mientras duró la lucha armada efectuada por los extremistas de izquierda en los años 60s (PCV, MIR, FALN y otros). El mismo se ha incrementado y perfeccionado durante los gobiernos de Hugo Chávez (de ahora en adelante, “HCH”) y NMM.

17. La militarización que se observa en el panorama institucional venezolano desborda los antecedentes de excesos que hubo en la democracia (1958-1999), como fue el Caracazo en 1989⁵⁰, entre otros, cuando el ejército fue sacado a la calle para reprimir saqueos y desórdenes públicos, entre otras graves intervenciones militares. Así, aun cuando en ese periodo ocurrieron excesos policiales de todo tipo durante ese periodo, no hubo, como hay ahora, una hegemonía de lo militar omnipresente. Especialmente, en el tema de la seguridad ciudadana. Ahora, desde 1999 en adelante, lo que prevalece es pretorianismo, la excepcionalidad permanente (Agamben, 2003)⁵¹ como regla constante y por tiempo indefinido. Se trata de un proyecto político con ánimo inocultable de trascender en el tiempo que ha elegido aplicar la doctrina del Derecho Penal del enemigo (Fernández, 2018)⁵² en contra de opositores, disidentes y aquél que no sea adepto o militante ideológico del “proceso revolucionario”.

18. La ONG Genocide Watch mantiene su vigilancia sobre el caso de Venezuela porque advierte que, según las etapas de Stanton (2013)⁵³, este país se encuentra en el estadio 8) de 10), que quiere decir preparación, una etapa previa a un ataque de exterminio masivo. Según esa ONG, ya se han pasado por las 7 etapas previas. Lo que sigue es 9) exterminio y 10) negación.

- A saber: “1. clasificación, 2. simbolización, 3. discriminación, 4. deshumanización, 5. organización, 6. preparación, 7. polarización, 8. persecución” Esa misma ONG ha diagnosticado estos factores: “Población objetivo: oposición del gobierno, civiles venezolanos. Situación actual: élites amenazadas, consolidación del poder, dominación de un solo partido, organizaciones paramilitares formadas por el gobierno, represión de la disidencia, ejecuciones sumarias, prisioneros políticos, tortura en detención y compras de armas”⁵⁴.

- Situación actual: “élites amenazadas, consolidación del poder, dominación de un solo partido, organizaciones paramilitares formadas por el gobierno, represión de

⁵⁰ BBC News, *Qué fue “la masacre del Caracazo” hace 30 años y qué nos dice de la situación actual en Venezuela*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47379668>. Consultado el 28 de octubre de 2020.

⁵¹ Giorgio Agamben, *Estado de Excepción. Homo Sacer, II, I*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2005.

⁵² Fernando Fernández, “Todo enemigo se presume culpable”, en: *PROVEA*. Disponible en: <https://www.derechos.org/ve/actualidad/investigacion-especial-todo-enemigo-se-presume-culpable>. Consultado el 20 de octubre de 2020.

⁵³ Gregory Stanton, *10 etapas del genocidio 2020*. Disponible en: <https://www.genocidewatch.com/ten-stages-of-genocide>. Ver versión en castellano en: https://d0dbb2cb-698c-4513-aa47-eba3a335e06f.filesusr.com/ugd/6c4f23_d9c05d3865dd43de8919e34fe01ba9eb.pdf. Consultados el 9 de agosto de 2020.

⁵⁴ Genocide Watch, *Alerta de genocidio*. Disponible en: <https://www.genocidewatch.com/venezuela>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

la disidencia, ejecuciones sumarias, prisioneros políticos, tortura en detención, compras de armas”.

- De acuerdo con el análisis desplegado en este informe, contrastado con las categorías de Stanton y coincidente con Genocide Watch, la FAN y las policías militarizadas, se puede inferir que estas están “preparadas” para iniciar un ataque de exterminio (etapa 9) en cualquier momento. La etapa 10 es la negación.

- Como quiera que en Venezuela no se ha identificado un genocidio, desde el punto de vista jurídico, se puede entender, entonces que los perpetradores cometen un politicidio (Harff)⁵⁵ o democidio (Rummel)⁵⁶, desde el ángulo sociológico.

IV. MARCO HISTÓRICO

19. El militarismo es uno de los rasgos culturales y políticos más profundos y arraigados de la población venezolana. De ello no escapan las instituciones. Son ellas y sus dirigentes quienes realimentan esa tendencia cultural y se apoyan en la misma para radicalizarla, empeorando aún más, la precaria situación del Estado de Derecho y, por supuesto, de la represión y la persecución.

20. La historia de la Guardia Nacional⁵⁷ se puede resumir en estos hitos, de forma no exhaustiva:

Durante la Colonia se crean lo primeros esbozos de una fuerza policial dedicada al orden público. Desde entonces se ven los indicios de la militarización y la politización de los cuerpos policiales⁵⁸.

- En 1810, cuando nace la 1ª República se creó un cuerpo armado básicamente policial en el ámbito rural, pero sin abandonar la tendencia colonial.

- En la Constitución de 1811, se crea una guardia nacional para dar protección al naciente Congreso de la República de Venezuela⁵⁹. La intención era la de defender la República naciente.

⁵⁵ Barbara Harff, *Genocide Politicide. Integrated Network for Societal Conflict Research (INSCR)*, University of Maryland. (Disponible en: <https://web.archive.org/web/20070907190308/http://www.cidcm.umd.edu:80/inscr/genocide>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

⁵⁶ R.J. Rummel, *Democide versus genocide: which is what*. Disponible en: <http://www.hawaii.edu/powerkills/GENOCIDE.HTM> y <http://www.hawaii.edu/powerkills/DBG.CHAP2.HTM>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

⁵⁷ 4 de agosto de 1937 se crea la Guardia Nacional Bolivariana. Disponible en: <http://www.cavim.com.ve/index.php/2019/08/04/04-de-agosto-de-1937-se-crea-la-guardia-nacional-bolivariana/> Consultado el 18 de octubre de 2020.

⁵⁸ “... el control que sobre las policías ejerce el Poder Ejecutivo, la existencia de fuerzas policiales paralelas, la falta de políticas de combate al crimen, la poca voluntad política de los poderes Legislativo y Judicial para ejercer sus poderes policiales, la alta tasa de criminalidad, la incapacidad institucional del Estado, los conflictos políticos, los intereses opuestos de las facciones políticas, las opiniones y conflictos sociales, y la militarización de la policía han resultado en una politicización (sic) extraordinaria de las policía venezolana y un colapso de la seguridad ciudadana. Todos estos procesos no comenzaron bajo los cuatro años del gobierno de Hugo Chávez, sino desde la transición a la democracia en los años 50, y, más atrás, en la época colonial...”. Mark Ungar, “La policía venezolana: el camino peligroso de la politicización”, en: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 9, Nº 3, sept.-dic. 2003, pp. 205-229, especialmente p. 2. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/140000718/Mark-Ungar-LA-POLICIA-VENEZOLANA>. Consultado el 30 de octubre de 2020.

⁵⁹ Constitución de 1811. Artículo 62. “Las Cámaras gozarán en el lugar de sus sesiones el derecho exclusivo de Policía y tendrán a sus órdenes una guardia nacional capaz de mantener el decoro de su representación y el sosiego orden y libertad de sus resoluciones”. Disponible en: <http://www.cervan->

- En 1937, se crea la Guardia Nacional o Fuerzas Armadas de Cooperación adscrita al Ministerio de Relaciones Interiores.
- En 1946, la nómina pasó al Ministerio de Guerra y Marina, pero mantuvo una doble dependencia al actuar como organismo de cooperación.
- En 1958, pasa al Ministerio de la Defensa.
- La Constitución de 1961 no menciona cuales eran los componentes de la Fuerza Armada.
- En 1983, se incluyó en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional⁶⁰.
- En 1999, se constitucionaliza y perfecciona la militarización de la Guardia Nacional al incluirla como 4º componente de la FANB. No obstante que es un ente cien por ciento militar, mantiene funciones policiales desarrolladas en la legislación y en los hechos.

21. La historia de las policías administrativas y de investigación penal fue siempre accidentada, las cuales nacen en la vida republicana confundida con la Guardia Nacional, de la cual no han podido emanciparse las policías administrativas. Los diferentes cuerpos de policía política han tenido, igualmente, un desarrollo accidentado, pero más ligados directamente a la conducción política de quien ocupare la Presidencia de la República.

22. Antes de 1999, ya se veían signos de militarización de los cuerpos policiales y diversos crímenes y excesivos abusos, lo cual justificó reformas varias entre las cuales se debe citar la de la Policía Metropolitana y el Cuerpo Técnico de Policía Judicial o “CTPJ”. Sin embargo, en lugar de corregirlos los mismos se exacerbaron y se volvieron estructurales y sistemáticos durante los gobiernos de HCH y NMM.

23. Estos son los hitos históricos básicos, no exhaustivos, de la policía administrativa que se destacan:

- Igualmente, tal como se desprende del punto anterior, durante la Colonia se crean lo primeros esbozos de una fuerza policial dedicada al orden público. Como se dijo anteriormente, desde entonces se ven los indicios de la militarización y la politización de los cuerpos policiales⁶¹.
- En 1810, se crearon cuerpos de policía para facilitar la rebelión independentista.
- En la Constitución de 1811, se crea la Guardia Nacional, con funciones policiales de protección a las Cámaras de Senadores y Representantes al Congreso de la República. Su propósito era defender la naciente República.
- En el Siglo XIX, existieron diferentes cuerpos policiales locales, sin una estructura disciplinada ni profesional.
- En 1901, durante el gobierno de Cipriano Castro, se nota un intento de organizar los cuerpos policiales. Se destaca el Decreto Orgánico del Distrito Federal, del 2 de mayo de 1901.

tesvirtual.com/obra-visor/constitucion-federal-de-los-estados-de-venezuela-21-de-diciembre-1811/html/86de8dbc-4b14-4131-a616-9a65e65e856a_2.html. Consultado el 28/ de octubre de 2020.

⁶⁰ Artículo 4: “Las Fuerzas Armadas Nacionales están integradas por las Fuerzas Terrestres (Ejército), las Fuerzas Navales (Armada), las Fuerzas Aéreas (Aviación) y las Fuerzas Armadas de Cooperación (Guardia Nacional).” En: Gaceta Oficial N° 3.256 Extraordinario, de fecha 26 de septiembre de 1983. Disponible en: [https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/ff0e97990ad661c0c1257b26004885ae/\\$FILE/Ley%20Organica%20de%20las%20Fuerzas%20Armadas%20Nacionales.pdf](https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/ff0e97990ad661c0c1257b26004885ae/$FILE/Ley%20Organica%20de%20las%20Fuerzas%20Armadas%20Nacionales.pdf). Consultado el 31 de octubre de 2020.

⁶¹ Mark Ungar, ob. cit.

▪ En 1915, Durante el gobierno dictatorial de Juan Vicente Gómez nació La Sagrada, feroz policía política represiva en grado extremo y se crearon distintas policías en los Estados y Municipios, dirigidas por el Jefe Civil y los Prefectos de la localidad. Las cárceles políticas de

entonces fueron el Castillo Libertador de Puerto Cabello y la Rotunda⁶², en Caracas.

▪ En 1937, se crea el Servicio Nacional de Seguridad con una impronta claramente militarista, tal como lo identifica Núñez (2006)⁶³.

▪ Durante el gobierno de Medina Angarita, se crearon las policías municipales (1941-45), las cuales fueron luego eliminadas para crear el Servicio Nacional de Seguridad en 1946.

▪ Durante el gobierno de Eleazar López Contreras (1935-1941), se reorganizan las fuerzas policiales⁶⁴ y comienza, tímidamente, un proceso de institucionalización y profesionalización de las policías administrativas.

▪ En 1969, nace la Policía Metropolitana de Caracas, una policía administrativa independiente y profesional, la cual no pudo liberarse del patronazgo de la Guardia Nacional, quien siempre la dirigió. Los oficiales de policía se formaban en el Instituto Universitario de la Policía Metropolitana. Dentro de las capacitaciones técnicas de un policía estaban estas conductas: persuasiva, disuasiva, mediadora, negociadora y coercitiva, que es la graduación clásica y natural de la función policial⁶⁵.

⁶² Fundación Polar, *Diccionario de Historia de Venezuela*. Disponible en: <https://bibliofep.fundacionempresasolar.org/dhv/entradas/l/la-rotunda/>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

⁶³ "... en 1937 se decreta la creación del Servicio Nacional de Seguridad (según Gaceta Oficial N° 20.331 de 4 de agosto de 1937), de carácter cívico-militar, que comprendía la Guardia Nacional (inspirada en la Guardia Civil española y mucho más moderna que la Guardia Nacional venezolana del siglo XIX) y el Cuerpo de Investigación. 5. Vale la pena resaltar que a través de este servicio se regulariza la permanencia del control militar en la sociedad...". Gilda Nunez, "Orígenes y desarrollo del aparato policial venezolano", en: *Politeia*, Vol. 29, N° 37, Universidad Central de Venezuela, julio-diciembre, 2006, pp. 123-146. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1700/170018238005.pdf>. Consultado el 28 de octubre de 2020.

⁶⁴ "... durante el Gobierno de López Contreras, pues los cuerpos policiales aislados y desordenados que funcionaron durante la dictadura gomecista no estaban ni estructural ni funcionalmente organizados. Tampoco estaban preparados para garantizar el mantenimiento del orden interno ni para enfrentarse al conflicto social y político que se estaba generando en la sociedad. Por ello, la necesidad de crear una institución policial que se erigiera principalmente en garante del orden público nacional: un aparato policial..." Gilda Nunez, ob. cit., p. 129.

⁶⁵ "Un Programa sobre 'Técnicas Policiales I' destinado a los alumnos que cursan la licenciatura en Ciencias Policiales, impartida en el Instituto Universitario de Policía Metropolitana, distingue tres niveles en los mecanismos de aproximación al ciudadano para el cumplimiento de procedimientos policiales: 1) Persuasivo, donde el funcionario dialoga y concientiza a quien está en la posibilidad de infringir el orden legal, haciéndole ver las consecuencias de su posible conducta antijurídica. 2) Disuasivo, cuando se utilizan acciones intimidatorias, mediante barreras que puedan resultar infranqueables por parte del que pretenda cometer un hecho antijurídico. 3) Coercitivo, cuando se utiliza la fuerza policial indispensable para detener la acción antijurídica, la cual debe cesar cuando se neutraliza la acción de la persona que hizo caso omiso a los niveles anteriores. (Mendoza, 1998) ...". Luis Gerardo Gabaldón y Carla Suyín Serrano, *Policía, coacción y ciudadanía. Disposición hacia el uso de la fuerza física en dos cuerpos policiales de Caracas*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 22. Disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/IIJ/recursos/InformefinalPoliforceCaracas.pdf. Consultado el 28 de octubre de 2020.

- En 2009⁶⁶, el alto mando de la Policía Metropolitana fue condenado de atacar a los llamados pistoleros de Puente Llaguno, mientras estos disparaban a la multitud que protestaba en la calle solicitando la renuncia de HCH. Estos oficiales fueron condenados a prisión por 30 años en un juicio político sin precedentes. Con este juicio se dio paso a la intervención y posterior desaparición de la Policía Metropolitana.

- Los cuerpos policiales de tipo preventivo son: ciento veintitrés municipales, veintitrés estatales y una nacional. En total: ciento cuarenta y siete cuerpos de esta naturaleza⁶⁷.

- En 2009 se dicta el Decreto N° 5.895, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. cuya denominación fue cambiada por la Asamblea Nacional por la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana⁶⁸.

- Dice así esta Ley:

Artículo 4. Son fines del Servicio de Policía: 1. Proteger el libre ejercicio de los derechos humanos, las libertades públicas y garantizar la paz social. 2. Prevenir la comisión de delitos. 3. Apoyar el cumplimiento de las decisiones de la autoridad competente. 4. Controlar y vigilar las vías de circulación y el tránsito. 5. Facilitar la resolución de conflictos mediante el diálogo, la mediación y la conciliación.

Análisis: El tema de los derechos humanos encabeza este artículo. Sin embargo, esto no es más que una fachada, al igual que las norma constitucionales obre derechos humanos, debido a la concepción política radical y polarizada que tiene el gobierno y el uso que da a las policías militarizadas como instrumento de terror y represión contra la población considerada enemiga por ser de “derecha” es decir, opositora, disidente o, simplemente, por emitir opiniones por redes sociales⁶⁹ contrarias al gobierno, a su posición ideológica y postura política de izquierda radical.

- Es evidente, además, que no se trata de prevenir los delitos comunes. Si así fuese no habría tanta impunidad por tales hechos punibles. Por el contrario, se usa a las policías militarizadas como instrumento de una persecución y represión desmedidas contra quien no sea leal a la postura política de los jefes que gobiernan.

- Las policías militarizadas tampoco facilitan la resolución de conflictos mediante el diálogo, la mediación y la conciliación. En su lugar utilizan armas letales e, incluso, instrumentos no letales, pero de tal forma dual para que se convierten en letales porque apuntan a partes nobles del cuerpo de sus víctimas. Son policías dirigidos por militares y actúan en consecuencia.

- En fin, estos hechos constituyen un patrón de conducta que se subsume en el tipo penal del crimen de lesa humanidad de persecución militar y policial, al ser ata-

⁶⁶ Yolanda Valery, “Venezuela: condenan a policías a 30 años”, en: *BBC*. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2009/04/090403_2211_venezuela_condena_policias_mf Consultado el 31 de octubre de 2020.

⁶⁷ Keymer Avila, *¿Qué pasó con la reforma policial en Venezuela? Preguntas y respuestas básicas sobre el proceso en su etapa púber*, p. 3. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/15323.pdf> . Consultado el 17 de noviembre de 2020.

⁶⁸ Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. Gaceta Oficial N° 5.940 Extraordinario de fecha 7 de diciembre de 2009. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/06/ley-organica-del-servicio-de-policia-y.html>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

⁶⁹ Luis Carlos Díaz, *Encarcelado por tuitear*. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/12273/encarcelado-por-tuitear/>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

ques sistemáticos y generalizados que se realizan como parte de una política del Estado venezolano en contra de una población determinada, debido a su opinión sobre la política.

24. Las policías políticas y de investigación penal, que actúan bajo el control fáctico del Poder Ejecutivo y, teóricamente, de los tribunales penales, han sido mezcladas promiscuamente, entrando en conflicto de competencias, creando, con ello, un caos jurídico, el cual se traduce en ineficacia para reprimir legalmente el delito según el debido proceso, pero reproduciendo, en su lugar, patrones de persecución, letalidad y maltrato a la población “enemiga, bajo órdenes directas de las altas autoridades del Poder Ejecutivo, prescindiendo del debido proceso y privando, con ello, los derechos civiles de los perseguidos.

25. Adicionalmente a este complicado y confuso sistema policial militarizado en el cual se superponen tareas de inteligencia con las de tipo judicial, se entremezcla la politización y la ideología oficialista en términos de sellar con una impronta la realización del socialismo, estandarte de la política revolucionaria del llamado Socialismo del Siglo XXI.

▪ Así reza la motivación de cada resolución o decreto del Poder Ejecutivo: “Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del Socialismo, la refundación de la patria venezolana, basado en los principios humanistas, sustentado en condiciones morales y éticas...”⁷⁰.

26. El siguiente es un recuento no exhaustivo de las policías políticas y de investigación penal:

▪ La Dirección de Seguridad Nacional fue creada en 1938⁷¹, bajo el gobierno del General Eleazar López Contreras.

▪ Fue durante la Dictadura de Marcos Pérez Jiménez (1952-1958)⁷², cuando la Seguridad Nacional tuvo una actuación desmesurada en la persecución sistemática de opositores políticos, tanto a partidarios de la democracia como a los comunistas.

▪ En 1958, al inicio de la democracia, con Rómulo Betancourt en la Presidencia de la República, se elimina la Seguridad Nacional y nace la Dirección General de Policía, conocida comúnmente por sus siglas como la DIGEPOL⁷³, la cual fue creada en

⁷⁰ Presidencia de la República, Decreto N° 3.836, mediante el cual se nombra al ciudadano Gustavo Enrique González López, como Director General del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN), adscrito a la Vicepresidencia de la República. Gaceta Oficial N° 41.622 de fecha 29 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.ghm.com.ve/wp-content/uploads/2019/05/41-622.pdf>. Consultado el 1 d octubre de 2020.

⁷¹ Ley del Servicio Nacional de Seguridad. Gaceta Oficial N° 19.637 de fecha 4 de agosto de 1938. Disponible en: <https://docs.venezuela.justia.com/estatales/miranda/leyes/ley-del-servicio-nacional-de-seguridad-1938.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

⁷² Fundación Polar, “Pérez Jiménez, Marcos”, en: *Diccionario de Historia de Venezuela*. Disponible en: <https://bibliofep.fundacionempresaspolar.org/dhv/entradas/p/perez-jimenez-marcos/> y <https://bibliofep.fundacionempresaspolar.org/dhv/entradas/p/perez-jimenez-marcos-gobierno-de/> Consultados el 31 de octubre de 2020.

⁷³ “La inefable Digepol nació del desmantelamiento de la igualmente inefable Seguridad Nacional. La Digepol tenía entre sus tareas ‘ejercer y coordinar en todo el territorio nacional las funciones policiales destinadas a la conservación del orden y la tranquilidad pública’, de acuerdo con la competencia asignada al Ministerio de Relaciones Interiores, en el artículo 18 del Estatuto Orgánico de Ministerios, dejando a salvo las atribuciones legales de la Policía Técnica Judicial y de las policías estatales. Con esta decisión se separan las atribuciones de la policía criminal, de la facultad y potestad de inteligencia y seguridad estatal. Sin embargo, la inestabilidad política que caracterizó a la década 60, obligó

1959⁷⁴, la cual jugo un papel importante en la persecución política⁷⁵ durante la Lucha Armada ejecutada por el Partido Comunista de Venezuela (“PCV”), las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN), el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (“MIR”) y otras organizaciones marxistas-leninistas.

- En el año 1969, fue creada la Dirección y Servicio de Inteligencia Policial (“DISIP”)⁷⁶, la cual sustituyó a la DIGEPOL en las funciones de policía política y de policía judicial.

- El Servicio Bolivariano de Inteligencia nacional (“SEBIN”)⁷⁷, que sustituyó en 2009⁷⁸ a la DISIP⁷⁹, pasó a ser la policía política en labores de inteligencia y contrainteligencia, también con funciones judiciales y dirigida por militares. Desde su nacimiento, ha estado dirigida por militares.

- La Dirección General de Contrainteligencia Militar (“DGCIM”), que estuvo precedida por la Dirección de Inteligencia Militar (“DIM”)⁸⁰, y esta, a su vez, por el Servicio de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (SIFA)⁸¹ han realizado las funciones de policías militar y judicial en el ámbito castrense. Depende del Ministerio de la Defensa, es decir, del Poder Ejecutivo.

- La policía de investigación penal ha tenido su propia historia, no exenta de accidentes y cambios sustanciales. En 1958, nace la Policía Técnica Judicial (“PTJ”)⁸², concebida como un cuerpo técnico de policía científica, para coadyuvar en las investigaciones penales conducidas por los Jueces de Instrucción penal. Desde 2012, se llama Cuerpo de Investigaciones Científicas, penales y criminalísticas (“CICPC”)⁸³,

al organismo a convertirse en un cuerpo policial de carácter más represivo que de inteligencia...”. Disponible en: <https://www.sebin.site/wp-content/uploads/2019/07/El-Sebin.pdf> Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁷⁴ Decreto Ejecutivo N° 51, del 29 de abril de 1959. Dato citado de Francisco de Sales Pérez, *Tres órganos de policía judicial*. Disponible en: http://catalogo.mp.gob.ve/min-publico/bases/marc/texto/Revista/R_1979_n24_p.107-116.pdf. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁷⁵ Comisión por la Justicia y la Verdad, *Contra el silencio y el olvido. Por la verdad y la justicia*. Disponible en: <https://albaciadu.org/wp-content/uploads/2017/03/CONTRA-EL-SILENCIO-Y-EL-OLVIDO-POR-LA-VERDAD-Y-LA-JUSTICIA.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2020.

⁷⁶ Decreto Ejecutivo N° 15 de fecha 19 de marzo de 1969 que crea la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (Disip). En: Francisco de Sales Pérez, ob. cit.

⁷⁷ SEBIN, en: Vicepresidencia de la República. Memoria 2013. Disponible en: <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/1.3.-SEBIN1.pdf>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁷⁸ “Mediante Decreto Nro. 7.453 dictado por Hugo Chávez, publicado en la Gaceta Oficial 39.436 del 1/6/2009, la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención DISIP pasó a ser el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional SEBIN...”. Disponible en: <https://www.sebin.site/wp-content/uploads/2019/07/El-Sebin.pdf>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁷⁹ SEBIN Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional. Disponible en: <https://www.sebin.site/wp-content/uploads/2019/07/El-Sebin.pdf>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁸⁰ Resolución N° DG-190 del 31 de marzo de 1971, se transforma en la Dirección General de Inteligencia Militar (DIM). En: Francisco de Sales Pérez, ob. cit.

⁸¹ Servicio de Información de las Fuerzas Armadas (SIFA) creado por Resolución N° 369 del 26 de julio de 1957. En: Francisco de Sales Pérez, ob. cit.

⁸² Creación de la PTJ. Historia del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. Disponible en: <https://idoc.pub/documents/creacion-del-la-ptj-historia-del-cuerpo-de-investigaciones-cientificas-penales-y-criminalisticas-34m78d9gj846>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁸³ Decreto N° 9.045 de fecha 15 de junio de 2012, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de la Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.079 Extraordinario de fecha 15 de junio de 2012. Dispo-

regido por su propia ley que incluye a los servicios forenses y por el Estatuto de la Función de Policía de Investigación⁸⁴.

27. Si bien es cierto que la militarización constituye un factor condicionante de las atrocidades, no es la única causa. Se pueden mencionar varias de las otras causas concomitantes más descollantes; sin embargo, por razones metodológicas, esos temas no son objeto de este informe y se abordarán en otro reporte complementario al presente:

- La cleptocracia o Gran Corrupción, bajo el sistema de botín (“*spoils system*”)⁸⁵ reinante en los últimos años, en los cuales el modelo de gobierno se ha sostenido gracias a sobornos y enriquecimiento ilícito en cantidades asombrosas, según se desprende de causas sentenciadas en el extranjero, para casos de corrupción ocurridos en Venezuela⁸⁶.

- Otro tema que se encuentra en la base de las atrocidades y que se entronca con la Gran Corrupción, es la preeminencia y hegemonía de la criminalidad organizada transnacional que tiene bajo control al Estado y que actúa con ostensible impunidad⁸⁷.

- Igualmente, la ideologización, el fanatismo partidista y la politización⁸⁸ del sistema de justicia penal que hace imposible la imparcialidad, la objetividad, la auto-

nible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/03/ley-organica-del-servicio-de-la-policia.html>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁸⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función de Policía de Investigación. Gaceta Oficial N° 39.945 de fecha 15 de junio de 2012. Disponible en: <https://app.box.com/s/svw3d-tqgylnkkfotnw3ym92wrg6z0d9>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

⁸⁵ Fernando Fernández, *El Estado como botín. Crónicas del despojo del patrimonio público y privado de Venezuela*, Observatorio del Delito Organizado, Caracas, 2017. Disponible en: https://issuu.com/asociacioncivilpazactiva/docs/elestadocomobot_n. Consultado el 6 de agosto de 2020.

⁸⁶ Hasta el 8 de enero de 2020 se habían sentenciado 21 casos de soborno transnacional por parte de contratistas del gobierno venezolano por las Cortes de EE. UU., en aplicación de la Ley de Actividades Corruptas en el Exterior (FCPA por sus siglas en inglés). Ver: Mintz Group, *Where the bribes are?* Disponible en: <https://www.fcmapap.com/>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

⁸⁷ “Venezuela y el ‘Cártel de los soles’. El informe señala que ‘en los últimos años, los grupos delictivos organizados han transportado grandes cantidades de drogas ilícitas a Europa y los Estados Unidos desde Colombia, pasando por la República Bolivariana de Venezuela’. Para controlar ese tráfico, según el documento, en particular el de cocaína a través de Centroamérica con destino a los Estados Unidos, los grupos delictivos organizados controlan los puertos marítimos y utilizan aeronaves ligeras, con las que realizan vuelos ilegales. A continuación, revela que ‘hay indicios de que, en la República Bolivariana de Venezuela, los grupos delictivos han logrado infiltrarse en las fuerzas de seguridad gubernamentales y han creado una red informal conocida como el “Cártel de los Soles” para facilitar la entrada y salida de drogas ilegales’. A este respecto, Otárola indicó que las fuentes de la Junta son ‘confiables y verificadas’. ‘Es uno de los casi 900 párrafos de nuestro informe en el que, efectivamente, se recoge el problema de tránsito en Venezuela y la probable infiltración de una red informal en los sistemas de seguridad. Eso es lo que ha informado la JIFE. Se lo ha alertado también a los Estados que guardan relación con este tema y lo que nosotros conversamos con los Estados es una cooperación reservada’. El experto indicó que, antes de su publicación comparten el informe con todos los Estados y, posteriormente, se producen reuniones bilaterales con muchos de ellos donde trabajan para mejorar algunos temas detectados en sus estudios anuales. ‘Con Venezuela hubo una reunión en Viena y esa reunión la JIFE la mantiene en reserva porque solo es de interés para los Estados y nuestra institución’, dijo”. Ver: ONU Noticias, *Récords de cultivo de hoja de coca, nuevos cárteles y aumento de la violencia: la droga en América Latina*. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/02/1470231>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

⁸⁸ Desde 2006, se hizo pública y notoria la tendencia política del Poder Judicial en favor del Ejecutivo, desde sus máximas autoridades, en un Acto solemne de apertura del Año Judicial 2006. Ver: Inicio

mía y la independencia de jueces, fiscales y, además, de la policía de investigación penal y, sobre todo, de las policías administrativas, las cuales no escapan de ser fanatizadas para cumplir con sus tareas de persecución de forma obediente y acrítica.

V. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LO MILITAR Y SUS EFECTOS DISTORSIONANTES EN LO POLICIAL

28. La Constitución de 1999 tiene un estupendo articulado de consagración de los derechos humanos, los cuales considera como preeminentes. Sin embargo, esto no es más que una fachada de normas inaplicadas, que se usa como forma de encubrimiento de las atrocidades cometidas.

39. La realidad es que en Venezuela existen prácticas militares y policiales de atacar de forma sistemática y generalizada, como parte de una política del Estado venezolano, a una población civil indefensa y desarmada por su opinión política, como se verá más adelante.

30. La Constitución de 1961 no mencionaba en parte alguna a los componentes integrantes de la FAN. La GN y se mantenía en una funcionalidad dual, en el plano legislativo. Fue una polémica que siempre se mantuvo entonces entre expertos: eran ¿soldados o policías? ¿o ambos a la vez? Pero tal dualidad es insostenible por ser un conflicto de intereses, de naturalezas, medios y fines diferentes y opuestos.

- No es lo mismo velar por la seguridad y la defensa de la Nación, con la mentalidad y aptitud bélica del soldado, quien debe estar dispuesto a morir o matar en combate, que salvaguardar la tranquilidad ciudadana y el cumplimiento de las leyes dentro del Estado de Derecho, como policías subordinados a la autoridad civil y en resguardo de la legalidad y la seguridad ciudadana.

- En esencia, el soldado mata o muere en combate con el enemigo mientras defiende el territorio nacional y la seguridad del Estado. En cambio, el policía cuida a las personas y sus bienes.

- El soldado debe atacar o defender en todo combate, obediente a sus superiores militares y, en cambio, el policía debe prevenir o reprimir los delitos por conservar el orden jurídico, pero siempre obediente al Ministerio Público y los tribunales penales, así como a los límites legales y constitucionales de su accionar.

- El lema político instaurado por HCH “patria, socialismo o muerte” es un indicador de esa mentalidad.

31. Dice así la Constitución de 1999⁸⁹:

Capítulo III De la Fuerza Armada Nacional⁹⁰:

del año judicial en Venezuela año 2006 en la Sala Plena del TSJ. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=UQYVK4RIEUc>. Consultado el 6 de agosto de 2020. En un informe aparte se documentarán estos hechos, sus antecedentes y los sucesivos.

⁸⁹ Los otros artículos constitucionales sobre el tema militar, aún cuando muy importantes, no son relevantes al presente estudio, a saber: “Artículo 330. **Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio** de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Artículo 331. Los ascensos militares se obtienen por mérito, escalafón y plaza vacante. Son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional y estarán regulados por la ley respectiva”.

⁹⁰ La FAN tiene esta denominación en la Constitución, sin embargo, se le ha bautizado en la práctica como FAN “Bolivariana” para dar el acento de fuerza armada al servicio del proyecto político de HCH y NM.

Artículo 328. La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política⁹¹, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y **la participación activa en el desarrollo nacional**⁹², de acuerdo con esta Constitución y la ley. **En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna**⁹³. **Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación.** La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y **la Guardia Nacional**, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica. (Resaltado del autor).

Artículo 329. **El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación.** La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. **La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.** (Resaltado del autor)

Capítulo IV. De los Órganos de Seguridad Ciudadana

Artículo 332. El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará:

1. **Un cuerpo uniformado de policía nacional de carácter civil.**
2. **Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.**
3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil.
4. Una organización de protección civil y administración de desastres. **Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.**

La función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y la ley. (Resaltado del autor).

Análisis

- Las normas identificadas están compuestas por varias ideas claramente establecidas, a saber: una cosa es la fuerza armada de naturaleza exclusivamente militar y otra, los órganos de seguridad ciudadana, de naturaleza exclusivamente civil.
- Según el nuevo marco constitucional, la GNB consolidó su tradicional aspiración a ser un componente armado de la FAN, adquiriendo características militares para el “orden interno” y ya no policiales de “orden público” y seguridad ciudadana, considerado como algo de menor jerarquía. En otras palabras, los guardias nacionales

⁹¹ Esto no se cumple en la realidad. La FAN Bolivariana es, en sí misma y de hecho, una fuerza política deliberante y actuante que interviene y está presente en todos los eventos políticos organizados desde el Ministerio de la Defensa y el Poder Ejecutivo.

⁹² Esta llamada “participación activa (sic) en el desarrollo nacional” está ligada al problema de la Gran Corrupción en el ámbito militar, por lo que escapa al objetivo de este análisis.

⁹³ Es evidente, en el caso venezolano, que la FAN Bolivariana es “chavista” y no está al servicio de la Nación.

pasaron, de lleno, a ser soldados cuyo frente de actividades son los “enemigos internos”. Así se refleja en su Misión⁹⁴ y Visión⁹⁵ oficiales.

- Como puede verse, de acuerdo con el artículo 329 de la Constitución, la FAN está constituida por soldados terrestres, aéreos y marinos, quienes, a su vez, tienen atribuidas funciones de policías, no solo en materia administrativa de prevención del delito y mantenimiento del orden público, sino, además, en materia judicial para investigar la comisión de delitos, bajo los rigores estrictos de las técnicas criminalísticas y las ciencias forenses. Un dualismo patente.

- Sin embargo, el legislador ha porfiado en mantener y profundizar el dualismo de la guardia nacional, de naturaleza exclusivamente militar según la Constitución, pero con funciones policiales de seguridad ciudadana en la ley, en abierta violación de la constitución vigente.

- La seguridad ciudadana es de naturaleza civil, tal como establece, categóricamente, el artículo 332 constitucional. No obstante, este artículo está desaplicado y violado por la hegemonía militar presente en el articulado citado de la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana que le añade a un organismo militar funciones policiales de seguridad ciudadana.

VI. EL MARCO LEGAL Y EL DUALISMO INSTITUCIONAL

32. En este cuadro comparativo se puede ver con mayor claridad el dualismo institucional:

<p>Funciones de la Guardia Nacional Bolivariana previstas en la Ley Constitucional⁹⁶ de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana⁹⁷.</p> <p>Funciones de la Guardia Nacional Bolivariana</p> <p>Artículo 73. La Guardia Nacional Bolivariana ejecutará operaciones militares or-</p>	<p>Funciones de la Policía Nacional Bolivariana previstas en la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana⁹⁸.</p> <p>Artículo 37. El Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana tiene competencia en todo el territorio nacional en las siguientes áreas del servicio de policía: orden público, tránsito, fiscalización y aduanas, turismo, aeropor-</p>
---	--

⁹⁴ “Misión: La Guardia Nacional Bolivariana conducirá las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país, cooperará en el desarrollo de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación, ejercerá las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuyan las leyes...”. Disponible en: <http://www.guardia.mil.ve/>. Consultado el 31 de julio de 2020.

⁹⁵ “Visión: La Guardia Nacional Bolivariana será una institución militar, fortalecida, respetada y necesaria, al servicio permanente del pueblo venezolano; obediente y garante de lo consagrado en la Constitución y demás leyes de la República Bolivariana de Venezuela, con una proyección de carácter universal”. Disponible en: <http://www.guardia.mil.ve/>. Consultado el 31 de julio de 2020.

⁹⁶ La Constitución no contempla este tipo de leyes constitucionales. Ellas emanan de la Asamblea Nacional Constituyente, un organismo *ad hoc* creado por NM e integrado, exclusivamente, por militantes del partido PSUV.

⁹⁷ Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2020/02/ley-constitucional-de-la-fuerza-armada.html>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

⁹⁸ Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/06/ley-organica-del-servicio-de-policia-y.html>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

Continuación cuadro...

<p>denadas por el Comando Estratégico Operacional para el mantenimiento del orden interno del país, la defensa militar en la seguridad integral de la nación y participar activamente en el desarrollo nacional, mediante operaciones específicas, conjuntas, combinadas e integrales. Tiene las funciones siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Contribuir con el análisis, formulación, estudio y difusión del pensamiento militar bolivariano; registrar, conservar y difundir la memoria histórica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; 2. Formular y desarrollar la doctrina que permita conducir las operaciones militares exigidas para el mantenimiento del orden interno del país, en coordinación con los demás componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, los organismos de seguridad ciudadana y el poder popular; asimismo, ejecutar las operaciones militares ordenadas por el Comando Estratégico Operacional, para asegurar la defensa integral de la Nación; 3. Organizar, equipar, adiestrar y conducir las unidades para la planificación y ejecución de las operaciones militares exigidas para el mantenimiento del orden interno del país, para la defensa militar y participación activa en el desarrollo integral de la Nación, de manera específica, conjunta, combinada e integral; 4. Ejecutar actividades de empleo de unidades de orden público y de policía administrativa general y especial, de conformidad con la ley respectiva; 5. Formar y capacitar al personal de Tropa Profesional y Alistada, coadyuvando con el sistema educativo militar en el cumplimiento de sumisión; 6.⁹⁹ Ejercer actividades ante el ente rector como órgano de investigación penal, policía administrativa especial en materia de: resguardo nacional, resguardo 	<p>tuaria, custodia diplomática y protección de personalidades, penitenciaria, migración, marítima, anticorrupción, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ambiental, delincuencia organizada, antisequestro, seguridad alimentaria, grupos armados irregulares y aquéllas que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes otorguen al Poder Público Nacional, y cualquier otra vinculada a la prevención del delito.</p>
--	---

⁹⁹ Como puede verse en los numerales 6,7 y 8 de este artículo, el componente militar Guardia Nacional está concebida, de forma dual, como un organismo con funciones policiales de carácter civil.

Continuación cuadro...

<p>minero, guardería ambiental para el ecosocialismo, seguridad y orden público, seguridad vial, seguridad fronteriza, seguridad rural, seguridad de instalaciones básicas y estratégicas, puertos y aeropuertos, seguridad penitenciaria, control migratorio, investigaciones penales, financieras e informáticas, antiextorsión, secuestro y antiterrorismo, antidrogas, custodia y vigilancia de las instalaciones y del patrimonio de los poderes públicos nacionales; de policía administrativa general y en apoyo a órganos de protección civil y administración de desastres, participar con los demás Componentes en las operaciones en los espacios marítimos, costeros, fluviales y lacustres, entre otras funciones que determinen las leyes de la República;</p> <p>7. Ejercer actividades preventivas de infracciones o delitos;</p> <p>8. Ejercer actividades de policía administrativa y de investigación penal ante los organismos judiciales y administrativos en los procedimientos establecidos en la normativa legal vigente;</p> <p>9. Planificar, coordinar y ejecutar las acciones de articulación social necesarias para el desarrollo integral de la Nación;</p> <p>10. Participar en la ejecución de los planes de empleo para la defensa integral de la Nación;</p> <p>11. Prestar apoyo operacional y de transporte al Ejército Bolivariano, la Armada Bolivariana, la Aviación Militar Bolivariana y la Milicia Bolivariana;</p> <p>12. Planificar y ejecutar las acciones para preservar y mantener los sistemas de armas y equipamiento requeridos para el cumplimiento de su misión;</p> <p>13. Contribuir, asesorar y participar en el proceso de adquisición, previo estudio y evaluación de las amenazas, de los sistemas de armas requeridos para el cumplimiento de la misión;</p>	
--	--

Continuación cuadro...

<p>14. Conducir el entrenamiento, preparación y organización de la reserva militar y contribuir con las tareas de entrenamiento de la Milicia Bolivariana;</p> <p>15. Contribuir con el Sistema de Inteligencia y Contrainteligencia Nacional;</p> <p>16. Coadyuvar al desarrollo integral de la Nación a través del proceso productivo de la industria militar, de acuerdo a la legislación aplicable y regulación del Ministerio del Poder Popular para la Defensa; y</p> <p>17. Las demás que señalen las leyes, los reglamentos y otros instrumentos legales.</p>	
---	--

Análisis:

▪ La Ley Constitucional (*sic*)¹⁰⁰ de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (*sic*) adolece del problema de legitimidad de origen, por emanar de la Asamblea Constituyente, un órgano que no es legislativo ni representativo, y que solo está integrado por militantes del PSUV. La versión anterior de la LOFAN fue reformada en 2008 para incluir el término “Bolivariana” como un añadido a la FAN, y, de allí, pasó a ser FANB, como lo identificó el profesor Irwin¹⁰¹. Dicha denominación es inconstitucional, pero evidencia la tendencia ideológica socialista que intentó incluirse en la reforma constitucional de 2007 que fue rechazada por el electorado.

▪ Las responsabilidades fundamentales del ejército, la armada y la aviación son la planificación, ejecución y control de las operaciones militares para defender la Nación. En principio, esta norma se dirige a las actividades defensivas del territorio frente a posibles enemigos externos que, hipotéticamente amenazarían o agredirían al país. No se evidencia que tales componentes armados se enfocarían en realizar una guerra de agresión desde Venezuela a otra Nación. En el orden interno, las funciones militares de la GNB coadyuvarían en esas tareas de combate dentro del territorio contra el “enemigo interior”.

▪ El segundo supuesto se refiere, exclusivamente a la guardia nacional, circunscrita a conducir las operaciones para mantener el “orden interno.” Llama la atención el hecho de ser una fuerza armada al interior del país, lo cual habla de soldados que cuidan el orden frente a enemigos internos, algo diametralmente opuesto al concepto de ciudadanos y la seguridad ciudadana.

33. Las leyes militares: La legislación castrense desarrolla estas normas constitucionales amplía sus contradicciones. Así, el Decreto Ley de Seguridad de la

¹⁰⁰ La tarea de la Asamblea Nacional Constituyente es la de hacer un proyecto de Constitución. Las leyes solo las puede elaborar la Asamblea Nacional.

¹⁰¹ “En buena medida el rechazo a la reforma constitucional de 2007, frustraba potencialmente el avance del Primer Plan Socialista, 12 de septiembre de 2007. La solución que adoptó el gobierno fue recurrir, con el visto bueno de su mayoría parlamentaria, vía los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la implementación de su rechazado plan socialista. Este fue el tránsito de la LOFAN-2005 a la LOFANB-2008...”. En: Domingo Irwin, ob. cit., p. 57.

Nación¹⁰², la Ley Constitucional (*sic*) de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (*sic*)¹⁰³, el Código Orgánico de Justicia Militar (de ahora en adelante “COJUMI”) y Ley de Disciplina Militar conforman el marco jurídico.

34. El Decreto Ley de Seguridad de la Nación¹⁰⁴ no surge de una ley formal y, de origen, carece de la legitimidad necesaria por romper con el principio de la reserva legal y tampoco se hizo la consulta a la ciudadanía como manda la Constitución en el proceso de formación de las leyes.

35. Desde 2008, el Presidente de la República pasó a ser un oficial activo de la FANB con el grado militar de Comandante en Jefe y máxima autoridad jerárquica militar. En 2020 se define así: “Comandante en Jefe Artículo 23. El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela tiene el grado militar de Comandante en Jefe y es la máxima autoridad jerárquica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana”. La Constitución le faculta para dirigir la FAN, pero no le otorga un grado militar¹⁰⁵.

36. El COJUMI¹⁰⁶ mantiene su estructura y normas anacrónicas de principios del siglo XX (1933) y, aun cuando está diseñado para ser aplicado solo a militares frente a delitos e infracciones militares, se le aplica a civiles, en abierta violación del principio del juez natural¹⁰⁷.

¹⁰² Decreto N° 1.473 de fecha 19 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/08/ley-organica-de-seguridad-de-la-nacion.html>. Consultado el 8 de agosto de 2020.

¹⁰³ Ley Constitucional (*sic*) de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (*sic*), publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.508 Extraordinario de fecha 30 de enero de 2020. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/08/ley-organica-de-seguridad-de-la-nacion.html>. Consultado el 8 de agosto de 2020.

¹⁰⁴ Dice así la motivación de este Decreto: “Decreto N° 1.473 19 de noviembre de 2014. Nicolás Maduro Moros. Presidente de la República. **Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo**, en el engrandecimiento del país, basado en los principios humanistas y en las condiciones morales y éticas bolivarianas, por mandato del pueblo, y en ejercicio de la atribución que me confiere el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con lo dispuesto en el literal ‘a’, numeral 1, del artículo 1°, de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y fuerza de Ley, en las Materias que se Delegan, en Consejo de Ministros. Dicto el siguiente, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación...”.

¹⁰⁵ “Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: ... 5. Dirigir las Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ellas y fijar su contingente. 6. Ejercer el mando supremo de las Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos...”.

¹⁰⁶ Código Orgánico de Justicia Militar Gaceta Oficial # 5263 Extraordinario, de fecha 17 de septiembre de 1998.

¹⁰⁷ Son muchos los casos, pero solo se entresacan los siguientes: 1) “El médico cirujano José Alberto Marulanda, fue detenido por funcionarios del DGCIM sin orden judicial, el 19 de mayo de 2018. A pesar de ser un civil fue imputado por delitos militares, con penas de hasta 30 años de prisión. No le permitieron comunicarse con nadie, estuvo 5 días desaparecido y ha denunciado que fue torturado...”. Por: Amnistía Internacional Venezuela (AIVEN), Equipo de Documentación, *José Alberto Marulanda: otro civil en jurisdicción militar*. Disponible en: <https://www.amnistia.org/ve/blog/2018/06/6621/jose-alberto-marulanda-otro-civil-en-jurisdiccion-militar>. Consultado el 9 de agosto de 2020. y 2)

37. La Ley de Disciplina Militar¹⁰⁸ establece cómo deben cumplirse los deberes y cómo se debe castigar su incumplimiento. De acuerdo con el diseño legislativo, es imposible desobedecer debido al absurdo procedimiento de revisión que obliga a obedecer primero y solicitar la revisión luego de cumplir la orden ante el mismo superior que la emitió. El delito de desobediencia militar es castigado con penas que oscilan entre 3 meses a 16 años de prisión según del COJUMI¹⁰⁹.

38. El Ministerio del Poder Popular de Relaciones Interiores Justicia y Paz¹¹⁰ es el organismo del Poder Ejecutivo que, de origen, pone en evidencia el carácter ideológico de la organización, al colocar, en su denominación, el término “Poder Popular”, que no está previsto en la Constitución, pero es propio de los países comunistas como China y Cuba.

- El papel fundamental de este ministerio es la coordinación de las policías administrativas y de investigación penal, pero tiene un cargado acento militarista desde su cúpula

- El ministro actual es un General en Jefe de la Guardia Nacional, quien está acusado ante una Corte de los EE. UU. por presuntos delitos transnacionales¹¹¹.

- Salvo quien ocupó por vez primera la cartera ministerial, todos los demás ministros han sido y son militares retirados o activos, quienes han dejado su impronta castrense.

39. Mientras avanzaba a pasos agigantados la militarización policial, fue creado el Consejo Nacional para la reforma Policial (de ahora en adelante, “CONAREPOL”)¹¹², bajo el auspicio de un ministro militar, el teniente retirado Jesse Chacón,

“100 organizaciones sindicales y sociales: Sentencia de sindicalista Rubén González por tribunal militar reitera ausencia de democracia y política estatal para criminalizar la protesta pacífica”, en: *PROVEA*, 14 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/venezuela-sentencia-de-sindicalista-ruben-gonzalez-por-tribunal-militar-reitera-ausencia-de-democracia-y-politica-estatal-para-criminalizar-la-protesta-pacifica>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

¹⁰⁸ Ley de Disciplina Militar, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.833 de fecha 21 de enero de 2016. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/02/ley-de-disciplina-militar.html#:~:text=La%20presente%20Ley%20tiene%20por,Bolivariana%20y%20la%20preeminencia%20de>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

¹⁰⁹ Así, el COJUMI tipifica como delito la desobediencia y lo castiga con penas severas de hasta 16 años de prisión en su límite máximo y con agravantes. Sección III. De la Desobediencia. Artículos 519 a 522. Artículo 519: Comete delito de desobediencia el que, sin rehusar de un modo expreso el cumplimiento de una orden del servicio, deje de ejecutarla. Artículo 520: Si la desobediencia hubiese causado daño o perturbación en el servicio, se castigará con prisión de uno a dos años; y si este delito se cometiese frente al enemigo, será castigado con prisión de dos a seis años. Cuando la desobediencia no hubiese ocasionado daño o perturbación en el servicio, será castigado con tres a seis meses de arresto. Artículo 521: Se aplicará la pena de presidio de ocho a diez y seis años cuando la desobediencia haya sido causa: 1.- De haberse malogrado una operación de guerra. 2.- De la pérdida o derrota de fuerzas de las Fuerzas Armadas. 3.- De la entrega de una plaza fuerte. 4.- De la aprehensión, destrucción o pérdida en tiempo de guerra de buques, embarcaciones, convoyes de heridos, armas, municiones o víveres y demás elementos y pertrechos de guerra, o de cualquier otro bien análogo. Si la destrucción o pérdida a que se refiere este ordinal ocurriere en tiempo de paz, se aplicará la misma pena rebajada hasta la mitad.

¹¹⁰ Ministerio del Poder Popular de Relaciones Interiores, Justicia y Paz. Disponible en: <http://www.mppriip.gob.ve/>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

¹¹¹ Ver: Department of State. Disponible en: <https://www.justice.gov/doj/page/file/1261891/download>. Consultado el 9 de julio de 2020.

¹¹² CONAREPOL <https://es.calameo.com/read/000356663fd230b97987d> y <https://es.slideshare.net/JU-LIOJOSEMARINQUIROZ/conarepol-recomendaciones-finales>. Consultados el 9 de julio de 2020.

cuya recomendación principal fue la de desmilitarizar a las policías, pero se hizo todo lo contrario¹¹³. Los resultados de ese estudio que reunió a prestigiosos académicos y expertos, el militarismo echó por la borda sus recomendaciones. Como resultado del trabajo técnico realizado por la CONAREPOL se dictaron varias normativas con las cuales la PNB asumió tareas que antes le correspondían a la PM pero a nivel nacional.

40. La PNB sustituyó a la PM, cuyo radio de acción era la ciudad de Caracas. La PNB es nacional. La PM fue considerada uno de los entes más corruptos de la era democrática. Sin embargo, podía exhibir algunos logros en canto a los intentos de profesionalizar la función policial, mediante el extinto Instituto Universitario de la Policía Metropolitana.

41. Ley LOSPCPNB¹¹⁴ y su Reglamento¹¹⁵, así como la Ley del Estatuto de la Función Policial¹¹⁶, que, junto con la Universidad Nacional Experimental de Seguridad (Conocida por sus siglas “UNES”)¹¹⁷, la PNB y el Consejo General de Policía fundaron el Sistema Integrado de Policía y ampliaron las estructuras institucionales con espacios de formación y monitoreo policial¹¹⁸. También se dictó mediante resolución, el Código de Conducta para los Servidores Civiles o Militares que cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional Estadal y Municipal¹¹⁹.

42. No obstante, el deterioro causado por la militarización del subsistema policial impide que se cumplan tales normas y hoy, más que nunca las violaciones de derechos humanos y atrocidades se han multiplicado y extendido a nivel nacional, con el consecuente empeoramiento.

43. La corrupción y la disfuncionalidad generalizada de la PM fue crítica para justificar su eliminación. No obstante, en lugar de superar sus vicios, disfuncionalidades y corruptelas, estas máculas se universalizaron en toda la Nación, agravaron y empeoraron.

¹¹³ “... Aunque una de las recomendaciones de la CONAREPOL fue la desmilitarización de las jefaturas de policía, a partir del año 2013 ocurre todo lo contrario, pues han sido nombrados más militares en los cargos, e incluso el rectorado de la Universidad Experimental de la Seguridad dejó de estar en manos de un civil pasando la rectoría a un militar, acentuando aún más el proceso de militarización de las policías...”. *Ibid.*, p. 14.

¹¹⁴ Ley de Reforma del Decreto N° 5.895, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.940 Extraordinaria de fecha 7 de diciembre de 2009 Artículo 37 de la LOSPCPNB. Artículo 37. El Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana tiene competencia en todo el territorio nacional en las siguientes áreas del servicio de policía: orden público, tránsito, fiscalización y aduanas, turismo, aeroportuaria, custodia diplomática y protección de personalidades, penitenciaria, migración, marítima, anticorrupción, sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ambiental, delincuencia organizada, antisequestro, seguridad alimentaria, grupos armados irregulares y aquéllas que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes otorguen al Poder Público Nacional, y cualquier otra vinculada a la prevención del delito.

¹¹⁵ Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana <https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/03/reglamento-general-de-la-ley-organica.html> Consultado el 13 de octubre de 2020.

¹¹⁶ Ley del Estatuto de la Función Policial Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/06/ley-del-estatuto-de-la-funcion-policial.html>. Consultado el 20 de octubre de 2020.

¹¹⁷ Universidad nacional Experimental de la Seguridad. Disponible en: <http://www.unes.edu.ve/>. Consultado el 20 de octubre de 2020.

¹¹⁸ Olga Ávila, Alberto Camardiel y Roberto Briceño-León, ob. cit.

¹¹⁹ Código de Conducta para los Servidores Civiles o Militares que cumplan Funciones Policiales en el Ámbito Nacional Estadal y Municipal. Gaceta Oficial N° 38.527 de fecha 21 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.juris-line.com.ve/data/files/1499.pdf>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

- La verdadera razón de su eliminación de la PM fue la actuación de los oficiales de ese organismo en la protección de la marcha pacífica de los pobladores de Caracas el 11 de abril de 2002¹²⁰, cuando exigían la renuncia de HCH; en la cual, la GN junto a pistoleros oficialistas dispararon sobre los marchistas. Luego la manifestación se tradujo en la renuncia de HCH y el golpe que dio Pedro Carmona. Oficiales y suboficiales profesionales de ese cuerpo policial fueron detenidos y condenados a penas severas de prisión, las cuales ya han sido cumplidas, pero los prisioneros aún no han sido liberados.

- En la reforma del Decreto la LOSPCPNB, la PNB dejó de llamarse Policía Nacional y se le agregó el adjetivo “bolivariana”, no previsto en la Constitución de 1999, como parte del proceso de politización de la policía al ligarse al conjunto de consignas partidistas del PSUV.

- Paradójicamente, la legislación policial habla constantemente de los derechos humanos, e incluso, contiene normas de protección y garantía. Sin embargo, debido a su subordinación jerárquica al poder militar esos textos son letra muerta.

44. En Venezuela, se ha politizado la FAN, ahora FANB, en extremo, y eso ha arropado, también, a las policías administrativa y de investigación penal militarizadas. La ideología y el fanatismo que han probado ser efectivos en diversos países (URSS y los países satélites de ese imperio, China, Corea del Norte, Vietnam, Cuba y otros más) es la del marxismo leninismo, para lo cual se han aprovechado de la experiencia de esos países para militarizar e ideologizar ese segmento del Estado. El modelo primordial es el del Ejército Rojo de la URSS y posteriores desarrollos.

- El marco ideológico de la politización del Estado se encuentra reconocido oficialmente de esta forma:

El partido ... rescatará con sentido crítico las experiencias históricas del socialismo, adoptando como guía el pensamiento y la acción de revolucionarios y socialistas latinoamericanos y del mundo, como José Martí, Ernesto Che Guevara, José Carlos Mariátegui, Rosa Luxemburgo, Carlos Marx, Federico Engels, Lenin, Troski (sic), Gramsci, Mao Tse-Tung y otros que han aportado a la lucha por la transformación social...

- Eso confirma lo estudiado por Porras Pérez¹²¹ en tanto en cuanto las FAN han sido politizadas ideológicamente por el marxismo-leninismo, al igual que las demás instituciones y esferas del Estado.

- El adjetivo Bolivariana es un añadido a la FAN que no está previsto en la Constitución, pero que refleja el uso del culto a Simón Bolívar, un importante componente

¹²⁰ Fotografías de abril de 2002: de la marcha al golpe // @Orinoquiaphoto en #ImagoMundi. “El mes de abril de 2002 ha pasado a la historia venezolana como un hito temporal que transformó las formas de hacer política tanto de la Revolución Bolivariana que gobierna desde 1998 como de las fuerzas que componen la oposición. Las manifestaciones de un sector de la población en contra del gobierno liderado por Hugo Chávez Frías terminaron en una marcha hacia Miraflores que el 11 de abril de ese año terminó con un saldo lamentable de muertos y heridos. Estos hechos son considerados como el factor catalizador de un golpe de Estado que mantuvo a Chávez fuera del poder durante casi dos días, hasta recuperar el control de Miraflores el 13 de abril. Este dossier fotográfico de Orinoquiaphoto registra escenas capaces de resumir aquellos sucesos”. En: *orinoquiaphoto*, 11 de abril de 2016. Disponible en: <https://historico.prodavinci.com/blogs/fotografias-de-abril-de-2002-de-la-marcha-al-golpe-orinoquiaphoto-en-imagomundi/>. Consultado el 13 de octubre de 2020.

¹²¹ José Raimundo Porras Pérez, “El giro ideológico de la fuerza armada nacional bolivariana: la concepción marxista-leninista de guerra revolucionaria y el nuevo pensamiento militar venezolano”, en: *Mundo Nuevo*, Año VI. N° 15, Caracas, 2014, pp. 85-120. Disponible en: [http://www.iaeaal.usb.ve/mundonuevo/revistas/MN15/MN_15\(03\).pdf](http://www.iaeaal.usb.ve/mundonuevo/revistas/MN15/MN_15(03).pdf). Consultado el 7 de agosto de 2020.

histórico y sociológico en Venezuela, como ingrediente legitimador que disfraza la inserción del socialismo en el marco jurídico, no obstante que el Libertador no era socialista ni comulgaba con esa ideología, que le sobrevino posteriormente.

45. En lo doctrinario, la FAN ha adoptado la guerra asimétrica o de cuarta generación contra el imperialismo de los EE. UU., lo cual ha arrastrado, también, a las policías administrativa y de investigación penal, las que están alineadas doctrinariamente en el mismo sentido.

46. Son varias las características y consecuencias de esta contradicción y que se patentizan, aguas abajo, en una grave incompatibilidad que genera condiciones estructurales para las muy posibles violaciones de derechos humanos:

47. Lo primero está anclado en la legislación de cada institución. La Guardia Nacional debería estar bajo un mando civil no-militar subordinado a una cartera ministerial en las relaciones interiores, así se mantendría su función policial, en el ámbito de tareas de seguridad pública en lo rural, aduanal y fiscal, portuario, fronterizo, ambiental, etc.

48. Las leyes militares deben limitarse a regular las acciones a lo defensivo y estrictamente militar en lo externo, tanto en tiempos de paz como de guerra. En cambio, la legislación policial actúa en tiempos de paz, manteniendo la seguridad y el orden públicos o investigando los delitos, según los parámetros del debido proceso penal y la criminalística.

49. Un tema de particular importancia, es que la Guardia Nacional perdió su antiguo rol de ser una institución, que actuaba primordialmente bajo mando civil en tareas de cooperación, dedicada al orden público y seguridad ciudadana en actividades de colaboración con las policías administrativas, cuando estas eran rebasadas en sus funciones, además de ser especializada en labores de competencia en materia tales como la aduanera, ambientales, portuarias, etc.

VII. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONFIRMACIÓN DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS CRÍMENES

50. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU designó a la FFM el 27 de septiembre de 2019, la cual culminó su trabajo y entregó un informe detallado¹²². Su labor ha sido de enorme importancia para confirmar que los hechos analizados son crímenes tipificados en el ERCPI, fijar responsabilidades individuales y para ampliar la documentación que ya existe sobre los hechos atroces cometidos en Venezuela.

- La FFM pudo verificar que se cometen de forma sistemática y generalizada, como parte de ataques dentro de una política de Estado, al menos cuatro crímenes de lesa humanidad, a saber: 1) asesinatos, 2) encarcelaciones, 3) torturas y 4) desapariciones forzadas¹²³. Tales crímenes también implican responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos, como lo confirma el informe de la FFM.

- El régimen de NMM negó que eso fuera cierto¹²⁴.

¹²² Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2020.

¹²³ *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2020.

¹²⁴ *Gobierno Bolivariano rechaza conformación de Misión de Determinación de Hechos para Venezuela en Consejo de DDHH*. Disponible en: <http://madrid.consulado.gob.ve/comunicado/rechaza>

▪ Es evidente, entonces, que existe una conexión entre el crimen de persecución y los hechos punibles identificados por la FFM, especialmente, en relación con los asesinatos y masacres cometidos por los policías militarizados, habida cuenta de que, en Venezuela no se aplican los instrumentos estandarizados para evaluar las circunstancias en las que ocurren tales hechos, también conocidos como “ejecuciones extrajudiciales”¹²⁵, De ser aplicados se podría ver con total claridad la relación de causalidad que existe entre la militarización policial y la supresión del derecho a la vida de la población “enemiga” a la cual se ataca, a saber:

- i. El Protocolo de Minnesota¹²⁶, el cual está diseñado y da las pautas para investigar los casos de ejecuciones extrajudiciales con precisión en casos dudosos en los que actúa la policía o el ejército de un país.
- ii. El Protocolo de Bogotá¹²⁷, que sirve para mejorar la calidad de los datos de homicidio para América Latina y el Caribe; establece una serie de criterios técnicos que permiten la verificación.
- iii. El Índice Mundial de Impunidad¹²⁸, el cual señala los países de mejor, medio y peor desempeño en el combate del homicidio.

conformacion-de-mision-de-determinacion-de-hechos-para-venezuela/. Consultado el 12 de octubre de 2020.

¹²⁵ “Monitor de Víctimas, una plataforma de información independiente, especializada en ser un Observatorio de homicidios en Caracas, y en ponerle rostros e identidades a las víctimas de la violencia, destaca que en los últimos años el deterioro de los organismos de seguridad y su relación estrecha con el crimen se ha ampliado en forma alarmante. Según los datos recogidos en 2018, por esta labor, 50,4 % de los homicidios ocurridos en el área Metropolitana de Caracas son responsabilidad de fuerzas de seguridad del Estado y las ejecuciones extrajudiciales fueron el móvil del homicidio más reportado. Solo en Caracas, 27% de los homicidios corresponde a la modalidad de ‘ejecuciones’. El último reporte de los primeros tres meses de 2019, (enero a marzo) procesado por el Monitor de Víctimas, indica que de los 210 homicidios registrados en Caracas, las fuerzas de seguridad del Estado fueron responsables de 51% de los casos; lo cual refleja que se mantiene la tendencia registrada en 2018. Pero es de destacar que fue la Fuerza de Acciones Especiales (FAES) la que lideró la mayoría de los homicidios del área Metropolitana de Caracas con 80 casos, 38% de las muertes. Le siguen los homicidios independientes con 36% (67); bandas 17% (35 homicidios) y el resto se distribuye entre otros organismos como CICPC, GNB, DGCIM, SEBIN, PNB, policías estatales y municipales. Otro punto a destacar del informe de Monitor de Víctimas es que en lo que va de 2019, las ejecuciones constituyen el móvil en 33% de los homicidios cometidos. Son 78 casos identificados, mientras que 15 casos fueron atribuidos a ‘resistencia a la autoridad’, lo cual en muchos casos deja dudas de si en efecto hubo resistencia. Familiares y testigos de episodios aseguran que hay ‘siembra de armas’ (alteración de la escena del crimen) para simular un enfrentamiento. La mayoría de las víctimas son jóvenes habitantes de las zonas populares. Doce de los casos fueron abiertamente motivados por violencia política...”. Francisco Olivares, *Cuerpos de seguridad encabezan lista de asesinos en Venezuela*. Disponible en: <https://elestimulo.com/cuerpos-de-seguridad-encabezan-lista-de-asesinos-en-venezuela/>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

¹²⁶ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, *Protocolo de minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016)*. Versión revisada del Manual de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias. Nueva York y Ginebra, 2017. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

¹²⁷ Ver: *Protocolo de Bogotá sobre la calidad de los datos de homicidio para América Latina y el Caribe*. Disponible en: <https://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Noticias-CCB/2015/Noviembre-2015/Protocolo-de-Bogota-sobre-calidad-de-los-datos-de-homicidios-en-America-Latina-y-el-Caribe>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

¹²⁸ Universidad de las Américas Puebla. Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia-UDLAP, *Índice Global de Impunidad 2017. Dimensiones de la impunidad global*. Disponible en: <https://www.udlap.mx/cesij/>. Consultado el 1 de noviembre de 2020.

51. La ONU designó a la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU (de ahora en adelante, “ACNUDH”), y esta ha firmado un convenio con el gobierno de NMM, con los fines de cooperar con las instituciones del Estado venezolano en la mejora de las situaciones que vulneran derechos humanos. La cifra identificada por ese informe es de más de 2.000¹²⁹ muertes de hombres jóvenes por el accionamiento de las armas por parte de cuerpos policiales.

- NMM hace caso omiso de las recomendaciones de la ACNUDH, como disolver las FAES¹³⁰. Sin embargo, a solicitud del régimen, se prorrogó el mandato por un año más.

52. Diversos países han dictado sanciones y designaciones internacionales individualizadas, sobre la base de la legislación global Magnitsky¹³¹, a distintas personas expuestas políticamente por estar implicados en varias las graves violaciones de derechos humanos, corrupción y tortura, así como socavar la democracia y el Estado de Derecho. No obstante, ello no ha hecho mella por ser todavía pocos los países que han tomado estas resoluciones.

53. El contexto en el cual se desenvuelven los ataques a la población civil es el de una emergencia humanitaria compleja (de ahora en adelante, “EHC”), agravada por los efectos de la pandemia del COVID 19¹³², causada por el propio gobierno al haber estatizado gran cantidad de medianas empresas, expropiado más de 5 millones de hectáreas de tierras productivas y destruido casi totalmente la economía privada, dejando enormes masas humanas sin empleo ni capacidad económica para comprar comida.

- Todo el panorama catastrófico ha empeorado desde que se declaró el estado de alarma por causa de la pandemia del COVID 19¹³³, lo cual agravó la crisis de la EHC al inmovilizarse las personas por la cuarentena. Además, el asedio a la población civil aumentó con el control biopolítico¹³⁴, la represión y la persecución a la población

¹²⁹ ACNUDH: “Me preocupan los altos números de muertes de jóvenes en barrios marginados como resultado de operativos de seguridad. Basado en un análisis de fuentes abiertas, mi Oficina registró 711 muertes de junio a agosto, llegando a más de 2,000 muertes desde enero de 2020...”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26295&LangID=S>. Consultado el 12 de octubre de 2020.

¹³⁰ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela (ACNUDH): “Recomendaciones. 81. El ACNUDH hace un llamamiento al Gobierno de Venezuela para que de manera inmediata: (i) Disuelva las FAES y establezca un mecanismo nacional imparcial e independiente, con apoyo de la comunidad internacional, para investigar las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo en el curso de operaciones de seguridad, asegurar que sus responsables rindan cuentas, así como que las víctimas sean reparadas”.

¹³¹ Fernando Fernández, *Derechos humanos, R2P y Leyes Magnitsky*. Disponible en: <https://monitordederechoshumanos.wordpress.com/2020/10/18/derechos-humanos-r2p-y-leyes-magnitsky-3/>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

¹³² Federación Internacional por los Derechos Humanos (FIDH) y PROVEA, *La emergencia humanitaria compleja de Venezuela se agrava por efecto del Covid-19: Comunidad Internacional debe impulsar acuerdos humanitarios urgentes que promuevan soluciones a la crisis alimentaria y sanitaria*. Disponible en: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/venezuela755esp.pdf>. Consultado el 18 de octubre de 2020.

¹³³ Deutsche Welle, *COVID-19, una emergencia especialmente peligrosa para Venezuela*. Disponible en: <https://www.dw.com/es/covid-19-una-emergencia-especialmente-peligrosa-para-venezuela/a-52829969> Consultado el 10 de agosto de 2020.

¹³⁴ Keymer Ávila, *El Coronavirus como dispositivo: de centros y periferias, de la biopolítica a la micropolítica*. Disponible en: https://www.academia.edu/43256564/El_Coronavirus_como_dispositi

al instalar miles de alcabalas policiales militarizadas en toda urbanización, barrio y avenidas del país.

54. El hambre, el desempleo y la carencia de medicinas, acompañadas por la persecución, represión y asedio militar y policial a la población ha generado la diáspora de más de 5 millones de venezolanos al exterior, donde se mantienen en calidad de refugiados y asilados.

▪ ACNUR:

5,1 millones de venezolanos han dejado sus hogares y viajado esencialmente hacia Latinoamérica y el Caribe. La actual situación en Venezuela representa el mayor éxodo en la historia reciente de la región y una de las mayores crisis de desplazados en el mundo. Casi el 80% se encuentra en América Latina y el Caribe, sin perspectivas de retorno a corto o mediano plazo. Si se mantienen las tendencias actuales, esta cifra podría alcanzar los 6,5 millones de personas a finales de 2020 en todo el mundo. En 2018, una media de 5.000 personas abandonó (*sic*) Venezuela cada día. Miles de ellos cruzan diariamente la frontera de Colombia, mientras otros se dirigen a Brasil, Chile, Ecuador o Perú, y los hay que hacen arriesgados viajes en lancha hacia las islas del Caribe¹³⁵.

55. La paradoja es que Venezuela fue uno de los países más ricos del mundo hace 20 años, gracias a la producción petrolera, y que había logrado, parcialmente, exportar diversos productos mineros y agrícolas. Hoy en día, depende de las donaciones humanitarias que recibe por su EHC.

56. Este crimen de persecución ejecutado por una policía militarizada y obediente que ha perdido noción de límites entre lo civil y lo militar, entre lo legal y lo bélico, entre lo permitido y lo prohibido, se puede describir como la privación y destrucción¹³⁶, de facto, de los derechos humanos a la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad personal, el debido proceso, la defensa en juicio y la indefensión frente a un ataque armado o, simplemente legal; entre otros, por ser “enemigos” de la Revolución Bolivariana, del Socialismo del Siglo XXI, del “proceso”, del gobierno o del chavismo, como se le quiera llamar. También, porque se emita una opinión crítica al gobierno en Twitter. En definitiva, se trata de un proceso institucional de raíces culturales profundas y atávicas con una tendencia de larga data desde la Colonia, como se ha visto en este papel de trabajo, pero que ha alcanzado su punto máximo de perversidad y exacerbación, durante los últimos 21 años.

vo_de_centros_y_periferias_de_la_biopol%C3%ADtica_a_la_necropol%C3%ADtica. Consultado el 10 de agosto de 2010.

¹³⁵ “Crisis humanitaria de refugiados y migrantes de Venezuela: “No tenemos un lugar donde vivir o dormir y no tenemos nada para comer”. Nayeibis Carolina Figuera, venezolana de 34 años que huyó a Brasil en 2018. La situación en Venezuela está provocando que, como ella, cientos de mujeres y niñas venezolanas lleguen hambrientas hasta las fronteras del país tras días de camino. La mayoría de las personas venezolanas que han llegado a los países vecinos son familias con niños, personas mayores y con discapacidad. ACNUR, *5,1 millones de refugiados y migrantes venezolanos*. Disponible en: <https://eacnur.org/es/labor/emergencias/venezuela-crisis-de-refugiados-y-migrantes>. Consultado el 10 de agosto de 2020.

¹³⁶ Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: ... g) Por ‘persecución’ se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”.

- Se trata del despojo arbitrario y criminal de los derechos civiles de las víctimas, algo que ningún gobierno puede hacer, de conformidad con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁷.

- En Venezuela se aplica, al revés, el Derecho Penal del enemigo¹³⁸. Así, en lugar de ejecutar severos castigos legales a los enemigos de la democracia (terroristas, traficantes, corruptos, delincuencia organizada) se le aplica todo el rigor de la Ley a los ciudadanos que no compartan la ideología de la revolución Bolivariana o Socialismo del Siglo XXI.

- Ello queda en evidencia con la proliferación de megabandas organizadas y pandillas locales que actúan con total impunidad en cooperación y coordinación con los organismos policiales, en una serie de relaciones corruptas, pero altamente rentables. Tales relaciones corruptas tienen un efecto político en la ejecución del crimen de persecución y mantener un clima de terror psicológico. Fuentes creíbles¹³⁹ afirman que se trata de una forma estatal mafiosa.

- Transparencia Internacional ha documentado la existencia de 9 grandes bloques criminales y unas 13.000 organizaciones delictivas¹⁴⁰: Se identifican al menos 9 bloques de crimen organizado en Venezuela, en los que participan más de 13.000 organizaciones delictivas que, en algunos casos, presentan vínculos con el poder político y funcionarios públicos¹⁴¹, a saber: a) Las megabandas criminales. b) Los seudosindicatos de la construcción, petroleros y los mineros. c) Los “colectivos” armados y violentos. d) Los “pranes” y sus organizaciones carcelarias. e) Fuerzas Bolivarianas de Liberación o “Boliches”. f) Holding de la corrupción. g) Traficantes de drogas. h) FARC, ELN. i) Las bandas criminales (Bacrim).

- Es obvio que tal desmesurada profusión del crimen organizado y las pandillas solo es posible con la aquiescencia de los militares y policías, quienes no ejercen el monopolio de la violencia legal en su contra, pero sí lo hacen en perjuicio de la población enemiga, como se explica en este papel de trabajo.

57. La ACNUDH ha dicho lo siguiente:

35. Tomando como base un análisis de información de fuentes abiertas realizado por el ACNUDH, entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2020, habrían muerto violentamente 1.324 personas, entre ellas nueve mujeres, en el marco de operaciones de seguridad. Las Fuerzas de Acciones Especiales (FAES) fueron presuntamente responsables de 432 muer-

¹³⁷ “Artículo 5. 1. **Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.** 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. (Resaltado del autor).

¹³⁸ Günther Jakobs y Juan Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003. Disponible en: <https://lpderecho.pe/descargue-pdf-derecho-penal-enemigo-gunther-jakobs-cancio-melia/>. Consultado el 10 de agosto de 2020.

¹³⁹ Insight Crime, *Venezuela: ¿Un Estado mafioso?* Disponible en: <https://es.insightcrime.org/investigaciones/venezuela-estado-mafioso-2/> Consultado el 5 de noviembre de 2020.

¹⁴⁰ Transparencia Internacional, *Crimen organizado y corrupción en Venezuela: Un problema de Estado*, p. 7. 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>. Consultado el 5 de noviembre de 2020.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 4.

tes, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) de 366 muertes, la Guardia Nacional Bolivariana de 136 muertes y las fuerzas de policía del Estado Zulia de 124 muertes. Las cifras más altas de casos se registraron en Zulia (323), Aragua (148), Bolívar (140), y Lara (121). En el contexto de estas operaciones de seguridad habrían muerto cinco miembros de las fuerzas de seguridad y 16 habrían resultado heridos¹⁴².

- Un análisis elemental de estas cifras evidencia la desproporción entre el número de muertos por la acción militarizada de los cuerpos policiales y las pocas defunciones de efectivos oficiales. En apenas 5 meses, murieron 5 oficiales y 1.324 civiles no combatientes. Ello hace pensar en posibles ejecuciones extrajudiciales en el marco de operaciones de seguridad.

58. La militarización de las policías, además, ha permitido la impunidad de los crímenes de persecución, así como los de asesinato, tortura, otros actos inhumanos y desaparición forzada bajo examen preliminar en la Situación I, en virtud del conflicto de intereses entre los organismos policiales militarizados que investigan los crímenes y los investigados; todo parte del mismo sistema criminal. En ello influye decisivamente también la eliminación de raíz de la independencia de los jueces y fiscales del ámbito civil, además del uso de la justicia militar para enjuiciar a civiles.

59. El problema de la militarización de la actividad policial, tanto administrativa como de investigación policial, avanza paralelamente con el proceso sistemático de destrucción del Estado de Derecho, según los estándares internacionales, de la cual forma parte, especialmente, con la liquidación de la administración de justicia, especialmente, la justicia penal. Este último asunto será desarrollado en un informe aparte.

- Esta destrucción sistemática del Estado de Derecho se ha realizado, en el plano normativo, con abuso de las normas constitucionales sobre leyes habilitantes, desde 2003, la implantación continuada de los estados de excepción desde 2016 y, lo más reciente, con la llamada “Ley Constitucional contra el Bloqueo”¹⁴³.

- Adicionalmente, el Estado de Derecho ha sido liquidado con la multiplicidad de sentencias de nulidad emanadas de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contra cualquier acto de la Asamblea Nacional¹⁴⁴.

60. La militarización de las policías, además, impide la profesionalización de los organismos y cada uno de los funcionarios policiales. Así, las delicadas funciones de prevenir, impedir y reprimir los delitos son frustradas bajo la dirección militar de tales instituciones, cuya naturaleza, características, visión y funciones nada tienen

¹⁴² ACNUDH, *Resultados de la investigación de las denuncias de posibles violaciones de los derechos humanos a la vida, la libertad y la integridad física y moral en la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/A_HRC_44_20_UnofficialVersion_SP.pdf. Consultado el 2 de octubre de 2020.

¹⁴³ Asamblea Nacional Constituyente, *Ley Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://albaciudad.org/wp-content/uploads/2020/10/ley-antibloqueo-para-el-desarrollo-nacional-y-la-garantia-de-los-derechos-humanos.-version-definitiva-fidel-ernesto-vasquez-07.10.2020.pdf>. Consultado el 2 de octubre de 2020.

¹⁴⁴ “Desde diciembre de 2015, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha buscado la manera de anular a la Asamblea Nacional (AN) de mayoría opositora, sirviéndose de fallos que han ido despojando de funciones al Parlamento.

Hasta la fecha son 142 las sentencias del máximo tribunal contra el Poder Legislativo, anulándole sus funciones.

En el transcurso de 2020 se han producido 23 sentencias, algunas de las cuales no se conoce su contenido íntegro, lo cual pareciera responder a una política de opacidad institucional...”. Acceso a la Justicia, *El TSJ vs. la AN*, 3 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/el-tsj-vs-la-an/>. Consultado el 17 de noviembre de 2020.

que ver con las de las policías administrativas y de investigación penal. En tal sentido, se pierde, no solo el aspecto técnico y doctrinario de la función policial, sino que se impide el abordaje jurídico de la función policial con objetividad e imparcialidad.

- Así las cosas, las policías nacionales, estatales y municipales y, con ello, todos los funcionarios pierden sentido al estar militarizadas y/o dirigidas por militares.

- Igual ocurre con la policía de investigación penal.

- El fracaso de las policías militarizada se expresa en el alto índice de impunidad de los delitos de homicidio, de más del 90%, según lo ha documentado Amnistía Internacional¹⁴⁵.

61. La militarización de las policías no ha sido un problema exclusivo de Venezuela.

- En América Latina se dio este proceso durante las dictaduras del Cono Sur en aplicación de la “Doctrina de Seguridad Nacional” contra los “enemigos de izquierda” y el ejercicio del “terror” militar y policial¹⁴⁶, lo cual se suspendió al advenir la democracia.

- En México se ha dado de forma contundente desde los gobiernos de Felipe Calderón y Peña Nieto hasta el presente en la administración de López Obrador¹⁴⁷ para combatir el narcotráfico, con pocos resultados y con muchos episodios violatorios de derechos humanos¹⁴⁸.

- No obstante, el tema en Venezuela adquiere características diferentes y particulares, porque la motivación es la de combatir al “enemigo fascista”¹⁴⁹ que es todo

¹⁴⁵ “Amnistía Internacional ha identificado que existen diversas actuaciones de agentes del Estado venezolano que les atribuyen la responsabilidad sobre las altísimas tasas de homicidios en el país. En este sentido, Venezuela no ha podido revertir la altísima impunidad, estimada en más de 90% de los casos de homicidios comunes...”. En: Insight Crime, *Lynchings Jump 650% in Venezuela in 2016*, 19 de enero de 2016, disponible en www.insightcrime.org/news/analysis/lynchings-jump-650-percent-venezuela-2016/. Citado por Amnistía Internacional, *Esto no es vida. Seguridad ciudadana y derecho a la vida en Venezuela*, 2018, p. 2, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR5389752018SPANISH.PDF>. Consultados el 9 de agosto de 2020. Esta cita corresponde al librito escrito por Fernando Fernández, *Bajo el imperio de la violencia letal. Estado de derecho y homicidios en Venezuela: causas y efectos de las disfunciones, acciones y omisiones de la administración de justicia penal*, Amnistía Internacional Venezuela, p. 8. Disponible en: https://www.amnistia.org/media/4214/ai_sc_librillo2.pdf. Consultado el 9 de agosto de 2020.

¹⁴⁶ “La Operación Cóndor fue un plan secreto diseñado por las cúpulas de los regímenes dictatoriales y la CIA para llevar adelante el ejercicio del terror. A través de este plan, se produjo el seguimiento, la persecución, la detención, los interrogatorios, la tortura, los traslados entre países y el asesinato y desaparición de las personas consideradas por dichos regímenes como ‘subversivas’ del orden instaurado...”. Ver: Mariana Ponisi, *El ciclo de las dictaduras del Cono Sur: los casos de Argentina, Chile y Brasil. Estrategias de abordaje para el aula*. Disponible en: <http://biblioteca.puntoedu.edu.ar/bitstream/handle/2133/16143/Ponisi.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁴⁷ Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos (“CMDPDH”), *La propuesta del Presidente Andrés Manuel López Obrador de militarizar la seguridad pública a través de la creación de una guardia nacional*. Disponible en: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-propuesta-amlo-militarizacion-con-la-guardia-nacional-completa.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁴⁸ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Militarización de la seguridad pública (2011)*. Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_08_2011.pdf. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁴⁹ Esta denominación se encuentra en la llamada Ley contra el Odio emanada de la ANC, que es un organismo controlado al 100% por el chavismo, sin consulta alguna a ONG o a la ciudadanía. Es un

aquel que no apoya el “proceso” político de la Revolución Bolivariana o Socialismo del Siglo XXI de HCH y NMM. El hecho de no apoyar se puede dividir en tres grupos básicos: a) los opositores, b) los disidentes que se apartan del partido y c) los que nunca han sido miembros del partido y que no militan en otro. En la idea radical y extremista del PSUV, quien no está con el proceso, es porque está en contra del proceso.

62 Aun cuando varios de los contenidos temáticos de la formación académica de la Guardia Nacional tienen diversas leyes penales y administrativas, su entrenamiento es 100% militar y no policial, lo cual le impide juzgar cada situación de conflicto en términos de cumplimiento de la Ley, sino en términos de soldado que va la guerra a combatir enemigos, es decir, su accionar es letal.

63. Conforme a lo analizado en este informe, la militarización de las policías ha traído como consecuencia una desprofesionalización acentuada de las policías, tanto administrativa como de investigación penal. Adicionalmente, se dismanteló el sistema de formación policial que existía, aun con muchas deficiencias, pero con acento sólidamente policial, separado de lo militar y se atacó y se llevó a prisión a sus mejores exponentes modélicos¹⁵⁰.

VIII. CARACTERIZACIÓN DEL ESTADO DUAL VENEZOLANO Y LA PERSECUCIÓN DE DISIDENTES, OPOSITORES Y DE CUALQUIERA QUE NO SEA LEAL AL “PROCESO” POR MEDIO DE LA POLICÍA MILITARIZADA

64 Un caso patente de este dualismo estatal se refiere a la Fuerza Armada Nacional (de ahora en adelante “FAN”)¹⁵¹ como institución que debería estar dedicada, ex-

instrumento inconstitucional e ilegítimo de origen. El Artículo 11 dice así: “Los partidos políticos y organizaciones políticas cuyas declaraciones de principios, actas constitutivas, programas de acción política, estatutos o actividades se funden o promuevan el fascismo, la intolerancia o el odio nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación y la violencia no podrán ser inscritos o constituidos ante el Consejo Nacional Electoral. Así mismo, se revocará la inscripción de aquellos partidos políticos y organizaciones políticas que incumplan lo previsto en la presente disposición. Los partidos políticos y organizaciones políticas contemplarán dentro de sus normas disciplinarias la medida preventiva de suspensión y la sanción de expulsión de las personas que contravengan la presente Ley Constitucional. En caso de abstenerse de incluir dichas normas o de iniciar, tramitar y decidir oportunamente los procedimientos disciplinarios por estos motivos, el Consejo Nacional Electoral revocará su inscripción. Se prohíbe facilitar o permitir la constitución o funcionamiento de personas jurídicas de derecho privado, así como de movimientos y organizaciones sociales que incumplan con lo previsto en este artículo”. En: Asamblea Nacional Constituyente, Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia. Gaceta Oficial N° 41.274 de fecha 8 de noviembre de 2017. Disponible en: https://albacidad.org/wp-content/uploads/2017/11/GO-41.274-_081117.pdf. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵⁰ Así, se llevó a prisión mediante un expediente forjado y un falso positivo, acomodado según la llamada “justicia de plastilina” como confesó públicamente el autor de la sentencia el General Eladio Aponte Aponte. Ver: *Polémicas declaraciones de ex magistrado de Venezuela Eladio Aponte Aponte*. 19 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pnDb440q9dE>. Consultado el 6 de agosto de 2020. <https://www.dailymotion.com/video/xq83xz> El documento no fue encontrado. Ver: <http://www.talcauldigital.com/Nota/76250/la-confesion-de-aponte>. Sin embargo, Wikipedia dejó la transcripción en su sitio web. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Eladio_Aponte_Aponte. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵¹ Ministerio del poder Popular para la Defensa: “Fuerza Armada. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB) de la República Bolivariana de Venezuela está integrada por alrededor de 95.000 a 150.000 de combatientes activos, entre ellos, una creciente Milicia Nacional formada por cientos de miles de personas en capacidad de prestar servicios como reservistas. No obstante, esta cifra de

clusivamente, a la defensa y la seguridad nacionales, pero que, a su vez, actúa como policía administrativa y de investigación penal, funciones diferentes e incompatibles entre sí. Por causa de esta promiscuidad de funciones prevista en el texto constitucional, que evidencia un patente conflicto de intereses, se ha permitido la militarización de la policía administrativa y de la justicia penal. Los efectos de esa confusión son desastrosos y letales. Además, están en la base explicativa y causal de las atrocidades de la Situación I.

65. La Guardia Nacional fue concebida, desde sus orígenes, como una fuerza armada de cooperación, pero, según las normas de la Constitución de 1999 y la legislación, pasó a ser, de lleno, un ejército para el orden interno, bajo la misión de seguridad y defensa de la Nación combatiendo al enemigo interno. Pero, según sus normas, cumple también funciones de investigación penal y policía administrativa. Con ello, se profundiza la contradicción y el dualismo, con consecuencias letales.

66. Un tema central de este análisis es el de la politización de la FAN y de las policías. Recientemente, el Ministro de la Defensa y General en Jefe Padrino López¹⁵² dijo esto: “Mientras exista una FANB nunca podrán ejercer el poder político en Venezuela”. Ello se inscribe en los Planes de la Patria 2007-2013¹⁵³, 2013-2019¹⁵⁴ y 2019-2025¹⁵⁵ y la unidad cívico-militar, bases de la politización de las FAN. Ello se evidenció en una intervención en la que dijo “Viva maduro” en un evento político, mientras explicaba las guerras asimétricas no convencionales o de 4ª generación¹⁵⁶.

efectivos activos se aproxima a 235.000 hombres y mujeres de primera línea (incluyendo los más aptos para ser llamados primero, entendiéndose por estos, aquellos hombres y mujeres en edades de 17-39 años), distribuidos en cinco (5) componentes de Tierra, Mar y Aire. Esto según lo prescribe el Artículo 328 de la Constitución Nacional y el Artículo N° 29 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional. Dichos componentes se complementan con la Milicia Nacional, la cual es un cuerpo especial de reservistas organizado por el Estado Venezolano, integrado por la Reserva Militar y la Milicia Territorial destinada a complementar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la Defensa de la Nación”. Disponible en: <http://www.mindefensa.gob.ve/mindefensa/fuerza-armada/>. Consultado el 2 de octubre de 2020.

¹⁵² Padrino López en alusión a la Asamblea Nacional la cual identificó como “una facción de maleantes”. En: *¿Dijo Vladimir Padrino que la oposición jamás será un poder político en Venezuela? Juzgue usted*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=RNYO9dGri9s>. Consultado el 2 de agosto de 2020.

¹⁵³ Como puede verse, el único partido político que promueve el Plan de la Patria es el PSUV, partido de gobierno. *Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista-PPS. Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013*, Caracas, septiembre de 2007, Disponible en: <http://www.psuv.org.ve/temas/biblioteca/proyecto-nacional-simon-bolivar/#.XTjKoeKjIU>. 6 de agosto de 2020.

¹⁵⁴ El proyecto se radicaliza en el afianzamiento de la revolución socialista, así: “... Para avanzar hacia el socialismo, necesitamos de un poder popular capaz de desarticular las tramas de opresión, explotación y dominación que subsisten en la sociedad venezolana, capaz de configurar una nueva sociedad desde la vida cotidiana donde la fraternidad y la solidaridad corran parejas con la emergencia permanente de nuevos modos de planificar y producir la vida material de nuestro pueblo. Esto pasa por pulverizar completamente la forma de Estado burguesa que heredamos, la que aún se reproduce a través de sus viejas y nefastas prácticas, y darle continuidad a la invención de nuevas formas de gestión política”. *Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019*, publicado en Gaceta Oficial N° 6.118 Extraordinario, 4 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://blog.chavez.org.ve/Programa-Patria-2013-2019.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵⁵ En este tercer Plan de la Patria, se mantiene y fortalece la tendencia original de actuar sin respaldo mayoritario institucional, sectorial ni político, solo con la promoción del PSUV, partido de gobierno. “Información Contextual. Este no es un plan de gestión. Esta es la hoja de ruta para liberar a un pueblo, para construir el socialismo...”. *Plan de la Patria 2025*. Disponible en: <http://www.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2019/01/Plan-de-la-Patria-2019-2025.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵⁶ Foro Conjura Mediática, Intervención de Vladimir Padrino López. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=K8oW40x0gyM>. Consultado el 2 de agosto de 2020.

67. Asimismo, la doctrina militar de seguridad y defensa que impera en Venezuela es la de la guerra asimétrica o de cuarta generación, como lo refleja en su estudio Jacome¹⁵⁷ para lo cual preparan a sus integrantes. Tal doctrina, además, se apoya en la propaganda y el culto a la personalidad de HCH.

IX. ANTINOMIA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS SODADOS Y DE LOS POLICÍAS

68. Se debe destacar que, como regla, el soldado se prepara mental, emocional y conductualmente para la guerra y el combate con el enemigo, por lo cual, cuando forma parte de una operación de “orden interno” piensa que debe usar la fuerza bélica y letal que posee, desde el primer momento. En otras palabras, un soldado no puede realizar tareas de seguridad ciudadana ni, mucho menos, de investigación penal: su preparación básica es la acción y el combate bélico frente al enemigo.

- En sentido inverso, el policía administrativo debe velar por el cumplimiento de la Ley, para lo cual se prepara teórica y prácticamente. En tal sentido, debe usar instrumentos de coerción legal que modifiquen la conducta del delincuente o infractor tales como la educación, la prevención, la disuasión, la persuasión, la convicción y, en última instancia, la coacción legal para casos extremos y excepcionales, cuando puede hacerse uso de la fuerza. El investigador penal, por su parte, debe velar por la incolumidad de las pruebas que obtiene, según estrictas reglas de conservación y cadena de custodia.

- El campo de actuación de la policía administrativa es la persuasión, la disuasión, la mediación, la negociación y, en última instancia, la coerción.

- El cambio de identidad policial a militar es tan sorprendente que hasta los uniformes son ahora los de soldados en combate¹⁵⁸. Ello ha sido cuestionado por las ONG¹⁵⁹.

69. Sobre el armamento¹⁶⁰: un soldado porta armas y usa municiones de guerra de alto calibre y de enorme capacidad letal, como es el caso del fusil militar de asalto

¹⁵⁷ Francine Jacome, “El papel de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en el nuevo contexto político venezolano: implicaciones para la seguridad regional (2013)”, en.: *Perspectivas*, N° 5, Friedrich Ebert Stiftung, 2014. Disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/10708.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵⁸ Ver uniformes de camuflaje en combate de la Policía Bolivariana. En: El Pitazo: Así serán los nuevos uniformes de la Policía Nacional Bolivariana. Durante el acto en el cual anunció la reestructuración de la Policía Nacional (PN); el presidente, Nicolás Maduro, mostró los nuevos uniformes que vestirán los funcionarios adscritos a ese cuerpo de seguridad. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=4leu7y803rA>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁵⁹ Gabriela Buada Blondell, “Venezuela: al igual que su comportamiento, nuevos uniformes camuflados de la PNB distan de la imagen ‘humanista’ que aseguran tener”, en: *Blog de Amnistía Internacional*. Disponible en: <https://www.amnistia.org/ve/blog/2017/08/3418/nuevos-uniformes-de-la-pnb-distan-de-la-imagen-humanista-que-aseguran-tener>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁶⁰ En Venezuela, no es pública la información oficial que detalle con precisión el tipo de armas de guerra usadas por la FAN, por lo que se usan solo obra de referencia. Pero llama la atención que el Fusil AK-104 es idéntico para el ejército y la Guardia Nacional, lo cual confirma la alta letalidad de dicha arma de guerra que debe ser entregada solo a soldados, no a policías. Ver: Wikipedia, *Anexo: Material de guerra del Ejército Bolivariano de Venezuela*. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Material_de_guerra_del_Ej%C3%A9rcito_Bolivariano_de_Venezuela. Consultado el 6 de agosto de 2020. Ver también: Wikipedia, *Anexo: Equipamiento del Ejército Bolivariano de Venezuela*. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Equipamiento_del_Ej%C3%A9rcito_Bolivariano_de_Venezuela. Consultado el 6 de agosto de 2020. Ver además: Wikipedia, *AK-104*. Dispo-

AK 103 y el AK 104¹⁶¹, variantes más modernas y eficientes del mortífero AK 47¹⁶², entre otras armas de guerra. Así las cosas, la Guardia Nacional¹⁶³, en caso de realizar actividades de “orden interno”, tenderá a accionar su arma de guerra si se siente amenazado con las consecuencias seguramente letales que ello lleva consigo. Lo mismo podrían hacer los otros componentes de la FAN¹⁶⁴.

- Por el contrario, el policía administrativo debe manejar un arma y municiones reglamentadas y supervisadas por sus superiores, las cuales son de menor letalidad que un arma de guerra, cuyo calibre y alcance son superiores. De su lado, el policía científico usa instrumentos tales como el microscopio y otros medios de laboratorio y análisis forense. En tal sentido, tampoco debería participar en operativos de seguridad ciudadana, que corresponde a la policía administrativa.

- Sin embargo, el alto índice de letalidad¹⁶⁵ que exhiben nuestras policías está determinado por la militarización y por el apresto a disparar primero y averiguar después.

70. El entrenamiento: el soldado está entrenado para matar o herir, como formas de dar de baja al enemigo. También puede, excepcionalmente, capturar al enemigo de guerra. Así, cuando captura a un ciudadano, no puede entender que este no sea su “enemigo”. Esos son los mensajes que internaliza y conforme a los que actúa.

- El policía administrativo solo debe entrenarse para la persuasión, la disuasión y, en última instancia, la coerción.
- Por su parte, el policía judicial no está entrenado para matar, sino para aprehender a individuos con órdenes de captura emanadas por un tribunal penal.
- Solo en casos excepcionales de legítima defensa o con estrictos controles de cumplimiento del deber, podrá herir o matar en ejercicio de la fuerza, cuando sea estrictamente necesario y su acción sea la única posible; el policía de investigación debe trabajar en la escena del crimen y, posteriormente, en el laboratorio forense.

71. La cultura corporativa y el concepto que manejan: El soldado solo ve enemigos, con quienes combate, no dialoga, ni disuade: o ataca a su objetivo militar o será atacado por este.

- El policía administrativo, por el contrario, debe tratar con ciudadanos y, en casos extremos, con delincuentes, quienes no son sus enemigos, sino unos infractores

nible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/AK-104>. Consultado el 6 de agosto de 2020. Ver, finalmente: Wikipedia: AK-103. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/AK-103>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁶¹ Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones. Resolución 008610. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/07/normas-sobre-la-actuacion-de-la-fuerza.html>. Consultado el 1 de octubre de 2020.

¹⁶² OXFAM, *El AK-47: la máquina de matar preferida en el mundo*. Disponible en: https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/El_AK_47_la_maquina_de_matar_preferida_en_el_mundo. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁶³ Ver video institucional con un reportaje sobre este fusil de asalto en: *Video Primer Fusil AK-103 Ensamblado en Venezuela*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=jERvPVDHu4U>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁶⁴ Un ejemplo de ello es el curso de tiro KURAT de la Aviación Militar Venezolana. Ver: Curso Básico de Tiro Militar “KURAT”. Disponible en: <http://www.aviacion.mil.ve/wp-content/uploads/2018/06/CURSO-TIRO-KURAT-REV01-07JUN2018.pdf>. Consultado el 6 de agosto de 2020.

¹⁶⁵ Keymer Ávila, *Uso de la fuerza letal en Venezuela*. Disponible en: http://www.academia.edu/40204595/Uso_de_la_Fuerza_Letal_en_Venezuela. Consultado el 7 de agosto de 2020.

de la Ley, que deben ser procesados ante un tribunal, según las reglas del debido proceso.

- El policía científico debe manejar el instrumental forense para analizar evidencias. En caso de capturas de algún acusado penalmente, solo lo puede hacer mediante una orden judicial o en situación de flagrancia. Además, será supervisado por el Fiscal del Ministerio Público y puede haber una revisión de la legalidad o no de su actuación ante los Tribunales.

- El soldado es un especialista¹⁶⁶ en violencia armada y su labor es defender o atacar con las armas al enemigo hasta vencerlo.

- Por su lado, el policía administrativo es un especialista en el cumplimiento de la Ley, su labor es preventiva, mediadora, negociadora y disuasiva. Solo puede ejercer violencia en legítima defensa o en cumplimiento del deber bajo estrictos controles de necesidad o justificación.

- El policía de investigación penal es un especialista en criminalística y su labor consiste en poner su ciencia al servicio de la administración de justicia penal en la represión legal de los delitos.

72. La moral del soldado persigue vencer e incluso matar al enemigo. La victoria sobre el enemigo es su más grande satisfacción. Triunfar en el combate es la gloria, y la medalla por el valor demostrado es el reconocimiento simbólico. El soldado siempre desafía la muerte.

- La moral del policía administrativo consiste en prevenir un delito, mediante la educación, la mediación, la negociación y la disuasión. Se trata de convencer al ciudadano de la importancia y las ventajas del cumplimiento de la Ley. La seguridad de la ciudadanía es la máxima recompensa moral del policía administrativo y que se reduzca el índice de delitos e infracciones en su localidad bajo su competencia. Frustrar un delito o capturar en flagrancia a un delincuente es la muestra de su arrojo como funcionario policial.

- La moral del policía de investigación penal procura que se castigue al delincuente con una pena establecida previamente y que se haga justicia. Se trata de modelar un ejemplo para la sociedad acerca de las consecuencias punitivas de quebrantar las prohibiciones legales establecidas en la legislación penal. Demostrar un delito ante un fiscal y el tribunal penal es la máxima conquista técnica del investigador penal, lo cual pone en juego su inteligencia y perspicacia para encontrar la prueba que demuestre la culpabilidad del infractor. Su moral se fortalece al resolver casos complejos (en Venezuela se le llama “cangrejos”) y vencer la astucia del delincuente.

73. El soldado debe usar su instinto y su puntería en el uso violento del arma de guerra: Su lógica, así como su racionalidad, funcional y operacional son bélicas.

- Por su parte, el policía de investigación penal debe usar el método científico de investigación.

- El policía administrativo debe usar técnicas conductuales de control para hacer cumplir la Ley a los infractores.

74. La educación y formación teórica: en ninguna de las carreras de las ramas de la FAN (Ejército, Marina y Fuerza Aérea), llamadas ciencias y artes militares¹⁶⁷, se estudian las ciencias policiales como tales y, mucho menos, la investigación cri-

¹⁶⁶ Harold D. Laswell, ob. cit.

¹⁶⁷ Carreras - Área Ciencias y Artes Militares. Disponible en: <https://www.universidades24.com/ciencias-artes-militares.htm>. Consultado el 23 de julio de 2020.

minial y el proceso penal, salvo como una carrera corta de la Guardia Nacional. Así, la formación en la persuasión, la disuasión, la mediación, la negociación y, en última instancia, la coerción, brillan por su ausencia.

- Por su parte, solo el CICPC mantiene las carreras policiales, criminalística y de investigación penal¹⁶⁸.

- Desde el punto de vista administrativo, la Guardia Nacional, durante la era democrática, dependía del Ministerio del Interior. A partir de la Constitución de 1999 paso a depender jerárquicamente del Ministerio de la Defensa. Este paso no es inocuo y recuerda lo acontecido en la Dictadura de Pinochet en Chile.

75. La evidencia de la militarización de la policía administrativa es que la Policía Nacional Bolivariana¹⁶⁹ es una dependencia del Ministerio del Poder Popular de Relaciones Interiores, Justicia y Paz dirigido por varios años por un militar de la GNB en ejercicio¹⁷⁰, supeditado y subordinado este al Ministerio de la Defensa, de quien depende verticalmente de sus instrucciones y órdenes. Todos los directores de ese cuerpo han sido militares.

- Como bien lo ha confirmado la FFM doce de los quince ministros del interior han sido militares¹⁷¹.

- La evidencia de los efectos nefastos de la militarización de la policía de investigación penal es que el SEBIN, órgano civil de inteligencia, ha estado dirigido siempre por altos oficiales del Ejército¹⁷². Por su parte, la DGCIM es netamente militar.

- Ambos organismos tienen centros de detención absolutamente inadecuados, según las Reglas Mandela, y son quienes realizan la investigación penal de los dete-

¹⁶⁸ Instituto Universitario de Policía Científica – Caracas. Disponible en: <https://www.universidades24.com/iu-policia-cientifica-caracas.htm> . Consultado el 23 de julio de 2020.

¹⁶⁹ Ver sitio web de la Policía Nacional Bolivariana y su organigrama. Disponible en; <http://www.policianacional.gob.ve/>; y también: <http://www.policianacional.gob.ve/index.php/organizacion/>. Consultados el 6 de agosto de 2020.

¹⁷⁰ General Elio Estrada es el nuevo Comandante General de la Policía Nacional Bolivariana, Caracas, 3 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.vtv.gob.ve/estrada-comandante-policia-nacional-bolivariana/#:~:text=General%20Elio%20Estrada%20es%20el%20nuevo%20Comandante%20General%20de%20la%20Polic%C3%ADa%20Nacional%20Bolivariana,-Caracas%2C%203%20de> . Consultado el 26 de julio de 2020.

¹⁷¹ FFM, “198. La policía responde administrativamente al Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores, Justicia y Paz (en adelante Ministerio del Interior). El Ministro del Interior actúa bajo el mando del Presidente. En el período examinado, los Ministros del Interior han sido Miguel Rodríguez Torres (abril de 2013 a octubre de 2014); Carmen Meléndez Teresa Rivas (octubre de 2014 a marzo de 2015); Gustavo González López (marzo de 2015 a agosto de 2016), quien en el momento de redactar el presente informe es también Director General del SEBIN; y Néstor Reverol Torres (agosto de 2016 hasta la fecha) 503. Doce de los últimos 15 ministros del Interior, incluyendo todos los ministros nombrados desde que el Presidente Maduro asumió el poder, han sido militares”, ob. cit., p. 60.

¹⁷² FFM: “213. La jerarquía del SEBIN está compuesta por el Director General (nombrado por el Presidente), el Subdirector General, el Secretario General y los Directores. Los funcionarios que ocupan estos cargos tienen el rango de “Comisario General”. Desde 2014, los Directores Generales del SEBIN son los siguientes: Gustavo Enrique González López (febrero de 2014 a octubre de 2018); Christopher Figuera, anteriormente de la DGCIM (octubre de 2018 a abril de 2019); y nuevamente Gustavo González López (abril de 2019 hasta la fecha). González López había reasumido el cargo de Director General del SEBIN tras el intento de levantamiento de abril de 2019 en el que participó el Sr. Figuera. Entre marzo de 2015 y agosto de 2016, el General González López ocupó simultáneamente el cargo de Ministro del Interior. En 2017, fue ascendido a General en Jefe de las Fuerzas Armadas”, ob. cit., p. 64.

nidos políticos. Suelen ser señalados como centros de tortura por ONG de derechos humanos¹⁷³.

76. Como si fuera poco, la militarización de lo policial y de la justicia penal se ha llevado al extremo de convertir edificaciones enteras en centros penitenciarios y de reclusión temporal en el Servicio Bolivariano de Inteligencia “SEBIN” y la Dirección General de Contrainteligencia Militar “DGCIM”, especialmente para presos políticos. Con lo cual se desvirtúan, aun mas, las funciones de servicios del Estado en materia penal. Tales son los casos de El Helicoide y de la Tumba¹⁷⁴, así como las dependencias de la DGCIM en Boleíta y Ramo Verde.

77. En Venezuela, como efecto de la militarización policial, se usa el “terror” como una política de Estado de perseguir a los “enemigos”. La intimidación extrema de la población “enemiga” se hace con varios instrumentos por diversas vías. En el campo legal se realiza por la captura sin orden de detención judicial, la posterior apertura de procedimientos legales debido a falsos positivos, imputaciones falsas, pruebas sembradas y tribunales militares u obedientes a lo que digan las “órdenes de arriba”.

78. El terror también se inculca por medio de operativos y fuerzas militarizadas que usan máscaras, pasamontañas, uniformes y armamento de guerra exhibidos a los “enemigos”, supuestos paramilitares colombianos, quienes suelen ser, en realidad, civiles desarmados capturados y asesinados en horas de la noche.

X. LAS MILICIAS, LOS OPERATIVOS LETALES Y LOS COLECTIVOS PARAMILITARES

79. Otro tema adicional del pretorianismo es que las milicias¹⁷⁵, institución creada en 2005 informalmente por HCH no prevista en la Constitución, pero incluida en la reforma de la LOFAN para agregar el adjetivo bolivariana y pasar a ser llamada LOFANB e introducir, de contrabando, a las milicias, exista.

80. Luego, con el Decreto de NMM, desde 2014, las milicias son consideradas como el 5º componente de la FAN¹⁷⁶, con más de 4 millones de integrantes¹⁷⁷. En

¹⁷³ Una Ventana a la Libertad, *Informe sobre la Situación de los derechos humanos en los centro de reclusión del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN) y la Dirección General de Contrainteligencia Militar (DGCIM)*, abril de 2020. Disponible en: http://unaventanaalalibertad.org/wp-content/uploads/2020/04/UVL_NFORME-_Sebin_Dgcm-Abril2020.pdf. Consultado el 26 de julio de 2020.

¹⁷⁴ FFM, “292. Las personas detenidas por motivos políticos fueron retenidas en uno de los dos edificios del SEBIN en Caracas: la sede del SEBIN en la Plaza Venezuela o El Helicoide. El edificio de la Plaza Venezuela tenía una extensa zona de detención, conocida como La Tumba. Se trata de un sótano ubicado a cinco pisos bajo tierra inicialmente diseñado como oficinas para el Metro de Caracas. La Tumba tenía aproximadamente siete celdas. La Misión no documentó casos de mujeres detenidas en este centro. En La Tumba, los detenidos eran sometidos a lo que se conoce como “aislamiento celular” y, a menudo, mantenidos en régimen de aislamiento prolongado...”, ob. cit., p. 89.

¹⁷⁵ Disponible en: <https://www.infodefensa.com/latam/2020/02/10/noticia-maduro-incorpora-milicia-bolivariana-fuerza-armada.html>. Consultado el 26 de julio de 2020.

¹⁷⁶ Organización. Artículo 18. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana está organizada de la siguiente manera: la Comandancia en Jefe, el Comando Estratégico Operacional, el Ejército Bolivariano, la Armada Bolivariana, la Aviación Militar Bolivariana, la Guardia Nacional Bolivariana y la Milicia Bolivariana destinada a complementar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en la defensa integral de la Nación y las Regiones Militares, como organización operacional. Todos dependen administrativamente del Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

¹⁷⁷ “Milicia Bolivariana superó la meta de los 4 millones para la soberanía y la paz... Los uniformados reciben instrucción bajo el Método Táctico de Resistencia Revolucionaria, un logro verdaderamente

2020, la ANC dictó la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en la que se detallan las competencias de ese componente armado¹⁷⁸.

81. La ACNUDH ha dicho esto acerca de las milicias:

29. En noviembre de 2019, el Gobierno anunció un nuevo plan de seguridad nacional que incluía el empleo de las milicias bolivarianas para “asegurar la paz” y la distribución de más de 300.000 fusiles a éstas. El 30 de enero de 2020, la Asamblea Nacional Constituyente adoptó una ley por la que se incorporan la Milicia Bolivariana a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana¹⁷⁹.

82. Las Operaciones de Liberación del Pueblo (también llamados “OLP” y “OLHP”) aun cuando no tiene una base legal específica que las permita o regule¹⁸⁰ fueron operativos de limpieza social, caracterizados por una gran violencia y efectos psicológicos intimidantes, en los cuales participaban diferentes cuerpos policiales militarizados, con una alta incidencia de ejecuciones extrajudiciales, pérdidas de bienes muebles e inmuebles, dejando una estela de víctimas aun no reivindicadas. Fueron ordenadas de forma directa y pública por NMM, en una cadena nacional por todos los medios de comunicación y ante Embajadores de diversos países¹⁸¹.

83. Las Fuerzas de Acciones Especiales (de ahora en adelante FAES¹⁸²) se encuentran adscritas a la PNB, órgano subordinado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, bajo la dirección del General en Jefe Néstor Reverol.

84. Los “colectivos” son fuerzas paramilitares que actúan coordinadamente con los operativos policiales en tareas de control social y de infundir terror¹⁸³, son agrupaciones informales de personas que cumplen funciones de represión de una población enemiga, es decir a la oposición política¹⁸⁴. Muchas veces actúan al unísono y

ejemplar. Estos más de 4 millones de hombres y mujeres de este importante Componente Especial, se encuentran desplegado en todo el territorio nacional en mil 165 Agrupamientos Populares de Defensa Integral (APDI), 14 mil 383 Bases Populares de Defensa Integral (BPDI) y la sorprendente cantidad de 50 mil 459 Unidades Populares de Defensa Integral (UPDI)”. 16 de abril de 2020. Disponible en: <http://www.milicia.mil.ve/web/?p=1115>. Consultado el 26 de julio de 2020.

¹⁷⁸ Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2020/02/ley-constitucional-de-la-fuerza-armada.html>. Consultado el 26 de julio de 2020.

¹⁷⁹ ACNUDH, ob. cit., p. 7.

¹⁸⁰ “Las OLP son, como la primera palabra lo indica, operaciones, procedimientos llevados a cabo por distintos cuerpos de seguridad que actúan de manera conjunta, específicamente: Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (CPNB), Cuerpos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN) y Guardia Nacional Bolivariana (GNB), en los que los grupos “especiales” o “tácticos” de los mismos tienen un rol protagónico. Su objetivo inicial es “liberar” “áreas donde operan elementos de grupos delincuenciales, quienes se dedicaban especialmente a actividades del paramilitarismo colombiano, bandas criminales, sicariato, extorsión y secuestro”. Ver: Keymer Ávila, “Las Operaciones de Liberación del Pueblo (OLP): entre las ausencias y los excesos del sistema penal en Venezuela”, en: *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 13, julio-diciembre, 2017, pp. 67-91.

¹⁸¹ Ver: <https://www.connectas.org/especiales/olp/index.html>. Consultado el 8 de agosto de 2020.

¹⁸² Comisionado Presidencial para Derechos Humanos y Atención a las Víctimas, *Letalidad e impunidad: balance de las actuaciones ilegales ejecutadas por las FAES en el primer trimestre del año 2020*, Caracas, 2020.

¹⁸³ PROVEA, *Colectivos, paramilitares y parapoliciales*. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/paramilitares/colectivo-paramilitar-y-parapolicial>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

¹⁸⁴ Observatorio Venezolano de Violencia (OVV), *Colectivos, paramilitares para enfrentar a la oposición venezolana*. Disponible en: <https://observatoriodeviolencia.org.ve/colectivos-paramilitares-para-enfrentar-a-la-oposicion-venezolana/> Consultado el 9 de agosto de 2020.

en complemento de las acciones de los operativos de los organismos militares y policiales. Tienen la fachada de ser organizaciones cívicas orientadas a la acción política, pero el tiempo y su línea de conducta han revelado que funciona con gran violencia¹⁸⁵ en apoyo del gobierno en contra de personas desarmadas.

85. Esto dice la ACNUDH:

25. El ACNUDH también documentó ataques de grupos civiles armados progubernamentales (denominados colectivos armados) contra opositores políticos, manifestantes y periodistas. Las fuerzas de seguridad no hicieron nada por impedir esos ataques. El 11 de febrero, partidarios del Gobierno y, al parecer, colectivos armados atacaron a 12 periodistas que cubrían la llegada de Juan Guaidó al aeropuerto de Maiquetía. El 29 de febrero, en el Estado Lara, miembros de los colectivos armados atacaron a los manifestantes y periodistas que se habían reunido en un mitin político convocado por Juan Guaidó. Después de estos ataques, los funcionarios de alto nivel solían desacreditar a las víctimas. Las manifestaciones organizadas por la oposición el mes de noviembre de 2019 vinieron precedidas y seguidas de actos de intimidación en las redes sociales contra algunos periodistas por parte de presuntos simpatizantes del Gobierno y funcionarios públicos. También se recibieron denuncias de bloqueo del acceso a las redes sociales en torno a las fechas más señaladas de las manifestaciones¹⁸⁶.

86. Otro de los temas de mayor impacto en atrocidades y violaciones de los derechos humanos ha sido el predominio de lo militar sobre lo civil en la dirección de los organismos y operativos policiales.

87. Ello se ha traducido en una presencia desbordada de individuos armados en las calles y avenidas del país, así como la comisión de múltiples asesinatos (ejecuciones extrajudiciales), torturas, maltratos crueles y degradantes, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas expresas, otros actos inhumanos, etc., por parte de esos efectivos, con un alto grado de impunidad.

XI. CONCLUSIONES

88. Las policías administrativas deben recuperar su campo de acción en la persuasión, la disuasión y, en última instancia, la coerción en la procura de hacer cumplir la Constitución y las leyes. En tal sentido, deberían ser desmilitarizadas, despolitizadas y desfanatizadas urgentemente. Ello implica un proceso de transición para desmontar el pretorianismo y la configuración dualista del estado Cuartel. Debe hacerse una realidad el principio constitucional de preeminencia de los derechos humanos y dejar de usar estos como fachada de las atrocidades. Ese esfuerzo puede durar décadas.

89. La confusión de roles y funciones militares con las policiales en el ámbito constitucional, administrativo, operacional y de investigación penal, forman parte de un dualismo estatal que está en la base de la explicación del porqué se reprime con tanta ferocidad a ciudadanos que protestan pacíficamente con fuerza letal indiscriminada y, también sirve para explicar el uso indiscriminado de la tortura en tareas de investigación penal de civiles o militares ante la justicia militar. A los ciudadanos se les aplica una versión inversa y perversa del llamado Derecho Penal del enemigo, aplicado por los gobiernos democráticos contra el crimen organizado y el terrorismo.

¹⁸⁵ Observatorio Venezolano de Violencia (OVV), *Paramilitares son eje de violencia en Venezuela*. Disponible en: <https://observatoriodeviolencia.org.ve/paramilitares-son-eje-de-violencia-en-venezuela/>. Consultado el 9 de agosto de 2020.

¹⁸⁶ ACNUDH, ob. cit., p. 6.

Eso explica por qué las policías venezolanas, no persuaden, disuaden ni ejercen la coacción legalmente permitida. Solo saben reprimir, perseguir y atacar.

90. La Gran Corrupción y criminalidad organizada que están en la base de la comisión de estos crímenes aumentan la gravedad de la situación, habida cuenta de su inmunidad hasta el momento, de las sanciones internacionales que se ciernen sobre individualidades expuestas políticamente.

91. La actividad de persecución de supresión de derechos humanos desde el Estado a una población civil por su opinión política puede ser considerada como un crimen de lesa humanidad, según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al ser realizada mediante ataques sistemáticos y generalizados como parte de una política de Estado en contra de una población civil, por motivos políticos. Tales ataques se realizan a través de operativos policiales militarizados

92. La EHC preexistente, unida a la pandemia del COVID 19, han hecho que la población civil esté más desprotegida y vulnerable ante los ataques de persecución por motivación política que se dan desde el Estado. Esta fragilidad se acentúa al radicalizar los ataques por parte de los perpetradores e impedir el ingreso de ayuda humanitaria, patrón establecido por HCH en el contexto del deslave de Vargas en 1999 y repetido en 2016 y 2019, continuado en 2020 bajo la crisis mundial del COVID 19. En el caso de Venezuela, se deben seguir las pautas del Derecho Internacional Humanitario, debido a la emergencia humanitaria compleja.

93. Existe un alto riesgo, inminente, de pasar a un ataque de exterminio masivo a la población civil considerada como “enemiga” de la Revolución Bolivariana o Socialismo del Siglo XXI, tal como diagnostica la ONG Genocide Watch. Esto es: un grado de gravedad peor que el hecho de causar grandes sufrimientos físicos y mentales.

94. Los países democráticos deberían insistir en sancionar individualmente a aquellos quienes socavan la democracia y el Estado de Derecho; asimismo, aplicar normas similares a la legislación Magnitsky contra quienes, desde el Estado, violen derechos humanos, torturen o incurran en actos de corrupción.

95. Debe haber una activación más dinámica del principio de responsabilidad de proteger (R2P) para abrir cuanto antes la investigación formal que pueda llevar a juicio ante la CPI a los autores directos e indirectos de los crímenes.

96. Otros países deberían participar en el establecimiento de sanciones internacionales individuales hacia los personeros del régimen buscando, con ello, disuadirles de que continúen en sus actividades criminales y depredadoras.

97. Es tan grave el asunto que, sería deseable, otros Estado Partes del ERCPI se adhiresen a la remisión hecha inicialmente y que dio origen a la Situación I. Los resultados que arroje la Misión de Determinación de los Hechos el Consejo de Derechos Humanos serán un vigoroso impulso para que se realice esta remisión.

98. En tal sentido, el examen preliminar de la Situación I debe estar bien sustentado, pero la Fiscal ante la CPI debe apresurar su paso ante los riesgos señalados de agravación y masificación de los crímenes que se cometen a diario en Venezuela. Con los resultados de la Misión de Determinación de los Hechos, además de los datos aportados por la ACNUDH, la Fiscal podrá confirmar sus hallazgos y deberá acelerar el estudio de la admisibilidad y el interés de la justicia y, cuanto antes, solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares la apertura de la investigación.

SOBERANÍA, LEGALIDAD PENAL Y DERECHO INTERNACIONAL

Francisco Paz Yanastacio*

SUMARIO

I. Introducción. II. Recepción de las normas del derecho internacional por el derecho interno de cada estado. 1. Dualismo y Monismo. 2. El problema de la soberanía. 3. La implementación en el Derecho interno. III. El principio de legalidad penal desde la perspectiva del derecho internacional. 1. Tipificación *ex post facto*. 2. La responsabilidad penal individual en el Derecho Internacional como contexto distinto. 3. Desaplicación del Principio de Legalidad Penal por la presencia de intereses diversos. 4. Pleno respeto al Principio de Legalidad por tratarse de la aplicación de normas preexistentes. 5. El Estatuto de Roma y el Principio de Legalidad Penal. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Pocos principios de Derecho están tan ampliamente consolidados en las distintas jurisdicciones como el Principio de Legalidad Penal. Aun cuando podría decirse que el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” correspondía más a las jurisdicciones de la llamada plataforma Romano-Germánica, no hay duda que hoy los sistemas jurídicos que encuentran su base histórica en el *Common law anglosajón* han debido otorgar rigurosa cabida a dicho principio. De acuerdo con la formulación que del Principio de Legalidad Penal hace Beccaria, solo por medio de la voluntad general hecha ley pueden establecerse delitos. En efecto, según dicho autor “...solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”¹.

No hay duda sobre que el mencionado principio, sobre todo cuando es entendido con sus necesarios corolarios de tipicidad penal e irretroactividad, representa una

* Abogado (1993), egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Master of Laws (LLM) en Derecho de Negocios Internacionales, Universidad de Manchester (2000). Master of Philosophy (MPhil) en la misma Universidad (2002). Especialista en Derecho Tributario, UCV (2005). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Desde 2015, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela

¹ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, 4ª ed., Ediciones Nuevo Foro, Bogotá, 1998, p. 12.

valiosísima garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad y un pilar fundamental de la seguridad jurídica. No obstante, cuando nos situamos en el contexto de conductas antijurídicas y dañosas que se producen en el marco de conflictos armados, sobre todo de aquellos que tienen incidencia internacional, esa garantía ha sido percibida como inapropiada al punto de legitimar las conductas indebidas de individuos que pretenden amparar su impunidad bajo el manto del Principio de Legalidad Penal.

Y es esta una de las dificultades que pretenden resolver tanto el Derecho Internacional, como el Derecho Penal, en esfuerzos que parecen converger partiendo de las metodologías que son propias de cada disciplina. Así, tenemos que tanto el Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional, ponen en marcha sus propios mecanismos para abordar un problema común:

El análisis de las estrategias políticas y de los instrumentos jurídicos desarrollados a lo largo de la historia para conseguir la tipificación y el castigo de determinadas conductas individuales contrarias a la paz y la seguridad internacionales, puede encuadrarse dentro de una disciplina nueva que se ha venido en llamar derecho internacional penal o derecho penal internacional. Esta disciplina responde a un doble proceso de internacionalización del derecho penal y de penalización del derecho internacional, que nos sitúa ante dos enfoques distintos: el del derecho penal y el del derecho internacional.

El primero de ellos hace referencia a aquellos mecanismos y sistemas de cooperación interestatal, destinados a asegurar el cumplimiento de las legislaciones penales nacionales, revistiendo por tanto un carácter más procedimental que sustantivo. El proceso de penalización del derecho internacional se centra, en cambio, en la incorporación en el orden internacional de una serie de normas de naturaleza consuetudinaria y convencional, incriminadoras de ciertos tipos de conductas cometidas por los individuos y para las que se prevé una sanción penal. En el marco de un sistema de aplicación indirecta, esta se remite al plano nacional ante la apuntada falta de órganos de la jurisdicción propios del derecho internacional o la excepcionalidad de los mismos².

Este trabajo tiene por objeto determinar si el Principio de Legalidad Penal puede cumplir el cometido que le da vida, desde la perspectiva de las conductas indebidas que son perpetradas a la luz del Derecho Internacional Humanitario y de los Conflictos Armados, en la misma forma que ocurre de cara al derecho interno de los Estados. Trataremos de evaluar la adecuación de dicho principio al contexto de las conductas transgresoras señaladas por el Derecho Internacional, para determinar si aún en ese ámbito es posible insistir en la obligatoriedad de la tipicidad penal.

Con el propósito antes mencionado, luego de evaluar las distintas formas en que se plantean las relaciones entre el Derecho Internacional y los ordenamientos internos y cómo ocurre la recepción en estos de las normas de aquél, procederemos en el segundo capítulo a revisar, básicamente desde la perspectiva del Derecho Venezolano, el proceso de tipificación de delitos derivados de normas internacionales con el objeto de analizar cómo se cumple con el Principio de Legalidad Penal en esos casos y cuáles son los retos que el contexto del orden internacional impone a la dogmática penal, sobre todo en lo que se refiere a las dificultades derivadas de la forma en que los Estados han concebido tradicionalmente el sentido y alcance de su soberanía. Seguidamente, en capítulo posterior, se hará un estudio de las diversas opiniones existentes sobre la aplicabilidad del Principio de Legalidad Penal al ámbito internacional. Por último, a manera de conclusión, expondremos nuestra opinión sobre este tema.

² Isabel Lirola y Magdalena Martín, *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 10-11.

II. RECEPCIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL POR EL DERECHO INTERNO DE CADA ESTADO

1. Dualismo y Monismo

Lo primero que debe decirse del tema de la relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos internos, es que la misma va a ser determinada a partir de la posición que cada Estado asuma al respecto. Esto porque es en definitiva en el seno de cada Estado que la norma de origen internacional buscaría aplicación concreta. Y tales posiciones dependen de las posturas que aún hoy se debaten sobre la existencia del Derecho Internacional.

Existen al menos tres posturas sobre este problema. Dos de ellas, dualistas, propugnan por la supremacía bien del Derecho internacional o bien del derecho interno de cada Estado. La tercera es la llamada teoría monista, entre cuyos máximos representantes se encuentra Hans Kelsen, según la cual no existe diferencia alguna entre Derecho internacional y Derecho interno, por cuanto conformarían un mismo orden. En la práctica el problema se presenta entre los sistemas dualistas, de una u otra tendencia, y los sistemas monistas.

En este mismo orden de ideas, tenemos Estados dualistas en los que se considera que las normas derivadas del derecho internacional únicamente pasarían a tener vigencia una vez que las mismas hayan sido sancionadas como ley interna, mediante el mismo procedimiento y las mismas formalidades establecidos Constitucionalmente para la sanción y promulgación de leyes internas. Esto vale para que puedan derivarse derechos, deberes y obligaciones concretos de normas que han surgido de convenios y tratados internacionales, en cualquier área de regulación. Desde este punto de vista, en el campo específico del Derecho Penal estas exigencias se deben cumplir estrictamente, como consecuencia de la operación del principio de legalidad, aun cuando las normas confeccionadas en ámbito internacional contemplen todos los elementos necesarios para la tipificación de delitos.

En el caso de los sistemas llamados monistas, bastaría que frente al instrumento internacional se hubiese producido por parte del Estado la suscripción o adhesión y posterior ratificación, para así tener plena vigencia en el orden del que se trata. Indudablemente, el contenido de las normas del tratado o convenio en cuanto a si son o no autoejecutables o programáticas, representa un problema adicional.

Adicionalmente, como lo señala Borrego, también hay Estados que combinan el monismo y el dualismo, dependiendo de substrato material que sea objeto de regulación:

Bajo las dos líneas anteriores, una que promueve distancia y otra que la unifica, puede también que existan combinaciones de ambas tesis que al ser intermedias pueden ser catalogadas como atenuadas. Asunto que también se revela claramente en el sistema escogido por los países, pues puede suceder que el Estado sea monista y dualista al mismo tiempo y ello es debido al tipo de materia que por política interna e internacional del Estado califica en el seno constitucional, desde donde se escoge el tipo de relaciones que tendrá el país con respecto a su entorno³.

El caso venezolano es un claro ejemplo de esto en lo que respecta a los procesos de integración, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 153, y además en lo que se

³ Carmelo Borrego, *Validez espacial de la norma penal de orden internacional*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006, pp. 192-193.

refiere a los Derechos Humanos, aspecto sobre el que el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En definitiva, todo este problema deriva del sentido y alcance que cada estado otorgue a su propia soberanía, atributo que tradicionalmente se basa en la independencia de las naciones y permite reclamar la supremacía de la autoridad para cada Estado. Sin embargo, la propia existencia de un orden jurídico que regula la conducta de los estados como sujetos pone en duda que el concepto de soberanía entendido sin limitaciones pueda subsistir en el mundo de hoy. Por ello hemos considerado necesario referirnos al tema de la soberanía de los Estados, cara a la situación de estos como partes integrantes de un orden al que se encuentran sujetos.

2. El problema de la soberanía

Una vez que se ha aceptado que la extensión de las potestades o derechos atribuidos a los Estados no depende de su libre voluntad, se percibe claramente que la noción de soberanía requiere, por lo menos, de cierto grado de modulación. El vocablo soberanía transmite una idea de poder ilimitado. Y queda claro que ese significado no se compadece con la concepción de soberanía debilitada por la consideración que los Estados deben tener de las limitaciones que impone el Derecho Internacional cuando se seleccionan las bases sobre las cuales se funda el poder de legislar sobre una determinada materia sin vínculos territoriales con dicho Estado o, como también se le llama, la jurisdicción legislativa extraterritorial. Se afirma que la potestad legislativa es una consecuencia de la soberanía de los Estados o, como lo expresa Mann⁴, es co-extensiva y limitada por esta. Entonces, si se aceptara que la jurisdicción legislativa o el poder de legislar es un aspecto⁵ de la soberanía, no habría problema en percibir que la restricción de una parte del todo afecta necesariamente a ese todo, que es la soberanía.

No hay discusión, por lo tanto, en cuanto a aceptar que existen limitaciones a la libertad de los Estados en el contexto internacional, derivadas de la coexistencia con el resto de los Estados en la comunidad internacional. Pero como ha podido verse, esas limitaciones a la soberanía son a su vez una consecuencia de la existencia de la misma soberanía, en tanto en cuanto dichas limitaciones derivan de la aceptación soberana de ellas por parte de cada Estado. De allí que deba admitirse que el derecho internacional está sujeto al Derecho interno de cada Estado⁶.

No tenemos la intención, debido a lo limitado de este trabajo, de derivar conclusiones de un tema fundamental como este, como lo es el de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Sin embargo, lo que sí podemos afirmar

⁴ Frank Mann, "The doctrine of jurisdiction in International Law", en: *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Vol. 111, 1964-1, p. 13.

⁵ Ídem.

⁶ Schmitt (citado por Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki, 1989, pp. 194 ss.), Cheshire (Geoffrey Cheshire, *Private International Law* 6th Ed., Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 6) y Atwood y Brewster (James Atwood y Kingman Brewster, *Anti-Trust and American Business Abroad*, MacGraw-Hill, New York, Toronto, London, 1958, p. 287), toman esta posición.

más allá del problema de si los mismos Estados o un orden externo preexistente a los propios Estados es la base de los límites de su soberanía, queda claro que existen normas aceptadas de Derecho Internacional que imponen límites que impiden a los Estados comportarse como deseen. La necesidad de resolver los problemas internacionales escapa a la sola voluntad de los Estados, la cual se encuentra ahora sujeta a principios cuya validez va más allá de su propia soberanía. Incluso, si se aceptara que esos principios deben su existencia a la soberanía de los Estados que voluntariamente los acatan, no es posible admitir que su validez y aplicación posterior dependerá de la libre voluntad de dichos Estados. Esta es una conclusión que debe ser aceptada necesariamente por aquellos que propugnan una coexistencia del Derecho Internacional con el Derecho interno, con supremacía de este⁷. Y más aún, quienes por otra parte afirman la supremacía del Derecho Internacional estarían de acuerdo con tal conclusión.

Dicho lo anterior, no es posible seguir hablando de Estados soberanos, entendiendo la soberanía como ilimitada. La idea de un Estado soberano cuya voluntad no está limitada no es congruente con la idea de un poder que debe respetar las restricciones impuestas por el Derecho Internacional. La idea de una soberanía ilimitada no es más que un obstáculo para el desarrollo de un orden internacional eficaz. Por lo tanto, a menos que sea aceptada una concepción de soberanía diferente a la del poder ilimitado de los Estados, no será posible definir con precisión la esfera de poder de cada Estado, lo cual constituye un obstáculo insalvable para el establecimiento de un orden internacional verdaderamente justo y eficaz en cualquier área. Entendemos que una nueva concepción de soberanía debe estar en línea con la formulada por Kelsen. Para este autor la idea de soberanía no necesariamente transmite un sentido de autoridad suprema:

Insofar as by the term "state" a social order, especially a national legal order, is understood, the idea that the national legal order is the supreme legal authority may be expressed in the statement that the state is sovereign. This is the usual way to speak of sovereignty. But if the state as juristic person is in question—the state as subject of national or international obligations, responsibilities, and rights—then the state cannot be considered as sovereign in the sense of supreme authority. For the state as subject of obligations, responsibilities, and rights must always be considered as subject to a legal order—national or international—which imposes or confers upon the state, and that means upon individuals in their capacity as organs or members of the legal community, the obligations, responsibilities, and rights concerned. As subjected to a legal order, even to its own, the national legal order, the state cannot be considered as a supreme legal authority. The usual argument that the state can

⁷ Dualistas o monistas, porque, según Kelsen, se trata de lo mismo: 'The most important consequence of the theory which assumes the primacy of national law is that the national legal order which is the starting point of the whole construction can be considered as the supreme authority and hence as sovereign in the original sense of the term "sovereignty". For the national legal order is presupposed to be the supreme order, above which no other legal order exists. This is also the final result of the pluralistic theory which, since it is not able to maintain its international law and national law are valid independently of each other, turns into a monistic doctrine. Its followers refuse to consider international law as a legal order above the national legal orders. Hence in dealing with international law as a valid legal order, they must assume that international law is valid for a state is only recognized by this state, or, what amounts to the same, is recognized in the national law of this state. That means that they accept the doctrine of the supremacy of national over international law. By assuming the supremacy of national over international law, or what amounts to the same, by assuming that international law is valid only as part of national law, they abandon the dualism of national and international law, and hence juristic pluralism.' *Principles of International Law*, 2nd Ed. New York, Rinehart and Winston, 1967. P. 581.

always change its own law and hence stands "above" its law is utterly wrong. The statement that the state can change its law means only that individuals determined by the law can change the law in a procedure likewise determined by the law. These individuals in changing the law are completely subjected to the law and stand in no way above it. Whether international law is considered to be superior to national law, or part of national law, the state as juristic person cannot be considered as sovereign. As subject of the law, the state—and the individual acting in his capacity as organ of the legal community—cannot be a supreme authority because it is not "authority" at all⁸.

Pareciera entonces que es necesario renunciar a la falsa idea de soberanía, reemplazándola con una ajustada a la exacta dimensión del Estado como súbdito del Derecho Internacional. Una idea que refleje que los estados están obligados por las prescripciones del Derecho internacional, como una consecuencia de su convivencia con otros Estados en el contexto de la Comunidad Internacional. Esto no tiene que implicar una renuncia al derecho a ser independiente de toda forma de dominación extranjera. Lo que debe buscarse es la eliminación de los obstáculos para el desarrollo de un sistema de principios de Derecho Internacional coherente con la concepción de los Estados como sujetos iguales. Y entre los diversos obstáculos existentes, uno de vital importancia es la noción de soberanía, tal como es comúnmente entendida. Cabe destacar el hecho de que para Hans Kelsen, la idea tradicional de soberanía no es más que un instrumento ideológico que bloquea el desarrollo del Derecho Internacional en general⁹.

3. La implementación en el Derecho interno

El debate sobre las implicaciones de la concepción de soberanía que adopte cada Estado, y la consecuente posición frente a la validez de las normas de origen internacional en su orden interno, tiene un efecto práctico que afecta a los propios operadores de las normas en cuestión. Si tomamos el caso venezolano, veremos que se trata de un sistema atenuado como lo llama Borrego, en el que, si bien se asume una posición dualista en algunas materias, la consideración hacia el tema de los Derechos Humanos tenida por el Constituyente, ha permitido que las normas internacionales de origen convencional sean de aplicación inmediata en el orden interno.

Partiendo de esta perspectiva, si tomamos como ejemplo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tenemos un tratado internacional creador de compromisos para los estados en el área de delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y agresión para los estados que lo suscribieron, así como para aquellos que con posterioridad decidieran adherirse. Tales compromisos pueden ser entendidos de diversas maneras, aun en el caso de un solo Estado y esto parece representar un problema adicional. Un excelente ejemplo de cómo las cosas pueden tender a complicarse lo brinda una reciente decisión judicial de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, de la República Bolivariana de Venezuela. En dicha decisión, se planteó la discusión sobre la posibilidad de otorgar medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad a un

⁸ *Ibid.*, pp. 581-582.

⁹ Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996. Vale la pena citar lo con sus propias palabras: "*The theoretical dissolution of the dogma of sovereignty, the principal instrument of imperialistic ideology directed against international law, is one of the most substantial achievements of the Pure Theory of Law. Although it was certainly not arrived at by political design, it is an achievement that may nevertheless have political import. For it eliminates a nearly insurmountable barrier confronting every technical improvement in international law, every effort toward further centralization of the international legal system*", p. 124.

imputado por el delito de tráfico de estupefacientes. La representación del Ministerio Público ante esa alzada, en ejercicio del recurso de apelación insistió en que a pesar de haber transcurrido ampliamente el lapso que otorga la ley para dictar sentencia, el procesado no debía obtener beneficio alguno por tratarse de un delito de lesa humanidad previsto en el literal k del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este argumento se fundamenta, en la decisión No. 1712 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada en fecha 12 de septiembre de 2001. Llama la atención, sin embargo, que en esa decisión la Sala Constitucional solo mencionó a título de ejemplo la mencionada disposición del Estatuto de Roma, por cuanto consideró que la misma no había sido suscrita por Venezuela. Sin embargo, la Corte de Apelaciones no dudó en admitir la aplicación inmediata del Estatuto, sobre la base de la sentencia mencionada y de otras posteriores, planteando que de acuerdo con lo previsto en el literal k del artículo 7, el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es un delito de lesa humanidad:

Con fundamento entonces en tal definición hecha por la referida Sala Constitucional, es oportuno asentar “prima facie” que el delito de Tráfico de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, encuadra dentro del tipo penal previsto en el resaltado literal k del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, toda vez que su final objetivo, como lo es, el consumo de tales sustancias, por ser desinhibidoras de la personalidad humana, afectan la salud mental y física de un conglomerado social hacia la cual va dirigida esta actividad, originándose a partir de ella, otros hechos delictuales graves como el homicidio, la violación, el robo, etc., causando por tanto con tal ejecución, un verdadero estado de caos social. En tanto, considera esta Sala de Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, en efecto, que tal actividad delictual constituye un Crimen Majestatis, o delito de Lesa Humanidad, asistiendo así la razón al recurrente al afirmarlo en su escrito recursivo. A su vez, tal criterio sobre el carácter delictual del delito de Tráfico asentado en el presente fallo, por los integrantes de esta Sala, es ratificado vehementemente en reiteradas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a partir de la sentencia 1712 del 12 de Septiembre del año 2001, Caso Rita Alcira Coy y otros, ratificada en reiteradas decisiones tales como la sentencia número 1485 del 28 de Junio del año 2002 dimanada de la misma Sala Constitucional¹⁰.

Lo interesante, frente al tema que estamos analizando, surge del voto concurrente formulado por la Magistrada Glenda Oviedo, quien plantea, luego de dejar sentado que conviene con la mayoría en lo que se refiere al dispositivo de la sentencia, que no está de acuerdo con las motivaciones que llevan a considerar aplicable el literal k del artículo 7 del Estatuto de Roma, tal y como puede leerse del siguiente extracto del voto concurrente:

En tal sentido, el criterio mayoritario de los miembros de esta Sala fue el de subsumir los delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en la categoría de delitos de lesa humanidad, al incluirlos en el literal “k” del artículo 7, referido a “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, sin que exista en nuestra legislación interna una ley que tipifique a los delitos de lesa humanidad y mucho menos que incluya a los delitos de tráfico ilícito de sustancia estupefacientes y psicotrópicas dentro de esa categoría de crímenes, por lo cual, prácticamente, se está legislando.

En efecto, el único delito contemplado en el Estatuto de Roma que ha sido objeto de regulación interna por parte del Estado Venezolano es el delito de desaparición forzada de

¹⁰ Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción judicial del Estado Falcón, 3 de febrero de 2005 (caso: Tomas Armando Ray Camacho), leída en: <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/314-3-IP01-R-2004-000067-S-N.html> , consultado en fecha 8 de abril de 2007.

personas, contemplado en el artículo 1º de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, mediante la inclusión de un nuevo artículo, numerado 181-A.

Aunado a lo anterior, del contenido del literal “K” del artículo 7 del Estatuto de Roma no deviene la subsunción de las acciones que tipifican el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, toda vez que el referido literal hace referencia a actos inhumanos de carácter similar a los delitos atroces previstos en los múltiples numerales del referido artículo 7 y, tal como lo expresa Jescheck, citado por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, “Crímenes contra la humanidad son aquellas infracciones graves de las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad) realizada por motivos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Característica de estos delitos es que se realizan respaldados por el poder estatal”. (A. Angulo Fontiveros: Crímenes de Lesa Humanidad: 2003: 173).

De la misma manera, establecer que los delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas son delitos de lesa humanidad, sin que exista una ley que los regule, tal como se desprende del segundo aparte del artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que dispone: “... El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso...” (siendo que actualmente se aplica a los delitos de drogas el procedimiento ordinario o de flagrancia previsto en el Código Orgánico Procesal Penal) sería desconocer elementales principios del Derecho Penal, relativos al *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Debe señalarse, además, que la sentencia de la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal que equiparó a los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas con los delitos de lesa humanidad, citada en el recurso de apelación por la parte apelante, no tiene carácter vinculante, por no establecerlo así en su propio texto, no obstante estar de acuerdo quien expone que tales delitos atentan contra la humanidad (vida, salud), economía y seguridad de las naciones.

Estos argumentos los considera, quien disiente del criterio sentenciador mayoritario, suficientes para considerar que ha debido declararse sin lugar la apelación interpuesta y establecer que los delitos sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas no son delitos de lesa humanidad hasta tanto se dicte una ley que los regule¹¹.

Es evidente que en opinión de la Magistrada se requiere de una legislación adicional que implemente la aplicación del Estatuto de Roma, aun en el caso que dicho instrumento sirva como elemento de integración de normas positivas que tienen plena vigencia en el ordenamiento jurídico penal venezolano. Corolario de esto es que aún perdura la discusión sobre si en materia de protección de los Derechos Humanos, se requieren instrumentos adicionales emanados de la voluntad general para la implementación de normas surgidas de instrumentos internacionales, a pesar de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución.

Todos estos planteamientos apuntan a la necesidad de determinar con meridiana claridad el sentido y alcance que debe otorgársele al principio de legalidad penal, en sus vertientes de tipicidad e irretroactividad, cuando se está frente a normas de carácter penal que tienen su origen en instrumentos de Derecho internacional.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Tipificación *ex post facto*

En la experiencia judicial internacional el problema no tardó en presentarse. A partir de la segunda posguerra, el establecimiento de los Tribunales Internacionales

¹¹ Ídem.

de Núremberg y del Lejano Oriente, con la misión de juzgar a los oficiales de los bandos derrotados por crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y crímenes contra la paz. La base jurídica de estos tribunales así como de los delitos para cuyo procesamiento fueron creados, estuvo constituida por instrumentos emanados de las fuerzas aliadas victoriosas en cada caso, evidentemente dictados con posterioridad a la perpetración de los hechos relevantes.

En el caso de Núremberg, las bases se encuentran en orden cronológico, en la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 y en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. Estos instrumentos sustentaron la Carta del Tribunal Militar Internacional y la Ley No. 10 del Consejo de Control sobre el Castigo de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y contra la Humanidad. En el caso de Japón, el Tribunal se constituyó mediante la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, dictada por el comando de las tropas de los Estados Unidos.

Ambos casos dieron pie a la discusión que nos ocupa, pues se trató, de cara a los postulados dogmáticos del Derecho Penal, como una clara violación al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Sin embargo, en respuesta a esos señalamientos, voces autorizadas en el área del Derecho Internacional Público, más allá de la defensa que de sí mismas se hizo en las propias decisiones de los mencionados tribunales, llamaron la atención sobre la necesidad de ponderar en su justa dimensión, con un enfoque adecuado, las nuevas situaciones que se habían presentado.

2. La responsabilidad penal individual en el Derecho Internacional como contexto distinto

Conocemos de al menos tres posturas con las que se ha pretendido rechazar la acusación de que tratándose de la aplicación de reglas *ex post facto*, se estaría violando el Principio de Legalidad Penal. Tales posturas, si bien se desarrollaron a partir de las experiencias de Alemania y Japón, evolucionaron a medida que se fueron verificando nuevas situaciones en las que fue necesario apelar a fórmulas similares, como en Ruanda y Burundi, entre otros. La primera de esas tres posturas afirmaría que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* no sería aplicable en los casos de incriminación internacional de los individuos. La segunda postura propugna por la posibilidad de dejar de lado dicho principio, si la ponderación de otros intereses presentes que son más valiosos para la comunidad internacional así lo aconseja. Y, la tercera posición sobre el tema, que sostiene que el principio de legalidad penal debe adaptarse a las peculiares formas de creación de normas en el plano internacional¹².

En nuestra opinión, la primera de las tres posturas ha sido superada, por lo que no dedicaremos mayor atención a la misma. Nos basta con dejar sentada nuestra opinión en el sentido de considerar que aun en el plano de las normas internacionales, el requerimiento de la legalidad penal es impretermitible, aunque reconozcamos la necesidad de tomar en cuenta las peculiaridades del ámbito de operación de las normas y las exigencias de la dinámica con que se presentan los sucesos que son de relevancia para estas normas en el devenir histórico.

Precisado esto, nos dedicaremos a examinar y comentar en detalle las restantes dos posturas que si bien no son antagónicas al Principio de Legalidad Penal, en su concepción tradicional, hacen votos por mantener una consideración especial en relación

¹² Xavier Fernández Pons, “Principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Num. 5, 2002, pp. 4 ss., disponible en: <http://www.reei.org>, consultado en fecha 8 de octubre de 2020.

con los diversos elementos que integran los casos de responsabilidad personal en materia de delitos de Derecho Internacional, cada una, por supuesto, con su enfoque particular.

3. Desaplicación del Principio de Legalidad Penal por la presencia de intereses diversos

Se parte de la idea de la vigencia del Principio de Legalidad Penal, pero manteniendo en mente la posibilidad de que ante la presencia de otros intereses ponderados como más valiosos, este sucumba para que no se torne en un escudo de impunidad en relación con los crímenes internacionales. El Principio de Legalidad, en consecuencia, debe ceder en una ponderación axiológica frente a los mencionados intereses.

Ahora bien, en torno a cuáles serían esos intereses que entrarían en contención con lo que busca proteger el Principio de Legalidad Penal y que pueden condensarse en el valor de la seguridad jurídica, solo puede concebirse que sean intereses claramente protegidos por el Derecho Internacional consuetudinario, internalizados plenamente por los sujetos de la comunidad internacional como propios. Al respecto, conviene transcribir la explicación del profesor Fernández Pons:

Partiendo de estas premisas, tales pronunciamientos tratan de justificar la vulneración del principio de no retroactividad estimando que este no es, en cualquier caso, un principio absoluto y que, en determinadas circunstancias, puede ceder frente a otras exigencias. Así, se realiza una ponderación entre los valores garantizados por el principio de irretroactividad, como el de la seguridad jurídica y la protección de la persona frente a un legislador veleidoso, y los valores éticos y de justicia material que militan en favor de la represión de crímenes tan graves. Asimismo, el propio alcance del valor de la seguridad jurídica se relativiza, teniendo en cuenta: por un lado, que aunque en el momento de la comisión de los hechos el Derecho internacional no los tipificase como supuestos de responsabilidad internacional del individuo, estos ya eran contemplados por normas internacionales (cuyos destinatarios o ámbito de aplicación subjetivo eran exclusivamente los Estados); y, por otro lado, que actuaciones subyacentes de los crímenes de guerra o contra la humanidad, como el asesinato, ya estaban lógicamente tipificados como delitos por los Derechos internos. En definitiva, los acusados no podían verse realmente sorprendidos por una ulterior sanción de su conducta, inclinándose la balanza en favor de la represión retroactiva¹³.

Entre los casos que refiere el mismo autor en los que se habrían servido de esta tesis, se encuentra la sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá sobre el caso Finta en 1994, en la cual se parte de ‘...las apreciaciones de autores como Schwartzenberger, según los cuales “[...] *the Nuremberg and Tokyo Charters were not declarative of already existing law but were merely meant to punish the atrocious behaviour of the Nazi and Japanese regimes because their deeds could not go unpunished*’, citando textualmente que: “[...] *The Four-Power Protocol of October 6, 1945, offers even more decisive evidence of the anxiety of the Contracting Parties to avoid any misinterpretation of their intentions as having codified a generally applicable rule of international customary rule (G. Schwartzenberger, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. 2, The Law of Armed Conflict (1968), p. 497)*”¹⁴.

Reporta el mismo autor que Kelsen fue citado en apoyo de esta tesis, quien luego de catalogar como “nuevo derecho” todo lo relacionado con los juicios de Tokio y

¹³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁴ Ídem.

Nüremberg, en posteriores escritos, "...asumiendo la vigencia de tal principio, llegó a proponer como solución al problema de la retroactividad una ponderación de los distintos valores en juego"¹⁵.

Cabe destacar el caso Polyukhovich, en el que el Juez también realizó una ponderación del alcance del principio de legalidad, partiendo de la siguiente consideración:

*...prohibition against retroactive laws protects a particular accused against potentially capricious state action [...] the principle of non-retroactivity [...] is an arguably mutable principle, the right to protection dependent, to some extent, on circumstances. Where, for example, the alleged moral transgression is extremely grave, where evidence of that transgression is particularly cogent or where the moral transgression is closely analogous to, but does not for some technical reason amount to, legal transgression, there is a strong argument that the public interest seeing the transgressors called to account outweighs the need of society to protect an individual from prosecution on the basis that a law did not exist at the time of the conduct*¹⁶.

Se trata, en definitiva, de acuerdo con estos postulados, de tratar de establecer un equilibrio en el que, de no ser posible conciliar la vigencia del Principio de Legalidad Penal con la necesidad de castigar transgresiones claras y evidentes al entramado de normas internacionales consuetudinarias y convencionales que tienen por objeto proteger bienes jurídicos plenamente reconocidos por la comunidad internacional, específicamente en el caso de los Derechos Humanos, las exigencias de irretroactividad y tipificación previa tendrán necesariamente que ceder en función de la justicia internacional y de la necesidad de evitar la impunidad ante conductas atroces.

4. Pleno respeto al Principio de Legalidad por tratarse de la aplicación de normas preexistentes

Evidentemente, también esta postura sostiene la aplicabilidad plena del Principio de Legalidad Penal, pero sin que tenga que sucumbir frente a otros intereses, como se plantea en la postura anterior. Se trataría de que la legalidad siempre habría estado presente, con la particularidad de que se trataría entonces de la legalidad propia de los mecanismos de creación del Derecho Internacional. Ciertamente, frente a este postulado en modo alguno es aceptada la afirmación de que los juicios de Núremberg y las demás situaciones similares que se han presentado se trata de incriminaciones *ex post facto*.

Lo que sucede en estos casos, de acuerdo con los *dicta* que han sostenido esta tesis, es que es menester tener en consideración las diferencias existentes en las formas que tanto los derechos domésticos o internos como el Derecho internacional, tienen de crear sus instrumentos con fuerza de ley. En este sentido, afirma el profesor Fernández Pons lo siguiente:

La jurisprudencia destaca que el principio de legalidad no puede ser interpretado de la misma forma en los Derechos internos y en el Derecho internacional, pues la formación de las normas es muy distinta en cada ordenamiento y, frente a la "ley" interna, formal y de fecha precisa, la tipificación internacional puede establecerse a partir de un tratado, la costumbre o los principios generales del Derecho. Así pues, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa* debe ser entendido como una exigencia de "tipificación" o "juridicidad" previa, reinterpretado sus atributos en función de la peculiar formación del Derecho internacional, dado el carácter informal de algunas de sus fuentes

¹⁵ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶ *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another*, Australia, High Court, 14 August 1991, *International Law Reports*, vol. 91, pp. 141-142. Citado por Xavier Fernández Pons, *Ídem*.

—no existiendo una suerte de “reserva de tratado”— y la consiguiente falta de precisión del momento en que se ha positivizado un tipo y de su exacto contenido¹⁷.

El segundo aspecto resaltante es que en este caso se recurre a por lo menos un antecedente, el de la piratería, como delito que era sancionado sobre la base de postulados del Derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, esta postura implica un reconocimiento de la colisión que se produce con una estricta aplicación del Principio de Legalidad Penal en algunas legislaciones, como la que propugnan fundamentalmente los Estados de la plataforma Romano-Germánica, en contraposición a aquellos nutridos del *Common Law* anglosajón, aunque, no obstante, estos últimos han sido cada vez más permeables a la formulación estricta.

En todo caso, la legalidad internacional sería, de acuerdo con esta postura, un dique mucho más firme que la más estricta y formalista de las legalidades nacionales, como consecuencia de la diversidad de elementos que deben combinarse para que pueda verificarse el reconocimiento internacional de una norma internacional consuetudinaria o un principio de derecho internacionalmente reconocido. Se trataría entonces de una legalidad que resulta inmune al capricho y a todo lo que busca proteger el Principio de Legalidad Penal, en la forma en que lo aplican los ordenamientos nacionales. Este argumento nos parece difícil de refutar:

...hay que reconocer que la costumbre internacional exige una práctica generalizada, constante y uniforme por parte de los Estados y su *opinio iuris*, con lo que se conjuran incriminaciones puramente arbitrarias como las que podrían tener lugar, en cambio, en un determinado parlamento nacional¹⁸.

Sí nos parece, en todo caso, que lo deseable dentro de un determinado ordenamiento jurídico nacional, es que su *opinio iuris* debería jugar un papel idéntico al que según el autor citado tiene en la formación de las normas consuetudinarias en el derecho internacional, por lo que consideramos no debería constituir una diferencia entre uno y otro orden. Sin embargo, aunque tal sea el deber ser, hay que reconocer que, al menos en nuestro propio derecho interno, aún en nuestros días las llamadas incriminaciones arbitrarias se siguen produciendo, sin que el Principio de Legalidad Penal pueda servir de mucho en contra de ello.

Con base en esta postura, el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg sostuvo que el Estatuto de Londres solo habría codificado una legalidad internacional que era producto de la costumbre: “*The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation*”¹⁹. De manera que se trataría de tipos penales que ya habrían sido reconocidos con anterioridad por las naciones civilizadas.

Resalta además la sentencia del Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nüremberg sobre el caso List (Hostages Trial), en la que para responder al cuestionamiento del juicio por el pretendido carácter *ex post facto* de la citada Ley nº 10, se sostuvo lo siguiente:

In any event, we are of the opinion that a victorious nation may not lawfully enact legislation defining a new crime and make it effective as to acts previously occurring which were

¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ In re Goering and others, Nuremberg, International Military Tribunal, October 1, 1946, Annual Digest of International Law Cases, 1946 (vol. 13), pp. 203 y ss., en p. 207 y *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 172 ss, p. 216. *Ídem.*

not at the time unlawful [...]. The crimes defined in Control Council N° 10 which we have quoted herein, were crimes under pre-existing rules of international law –some by conventional law and some by customary law– [...]. It is not essential that a crime be specifically defined and charged in accordance with a particular ordinance, statute or treaty if it is made a crime by international convention, recognized customs and usages of war, or the general principles of criminal justice common to civilized nations generally. If the acts charged were in fact crimes under international law when committed, they cannot be said to be ex post facto acts or retroactive pronouncements²⁰.

Más contundente aún, por lo claro, es el pronunciamiento de este tribunal en el asunto *Ohlenforf and others (Einsatzgruppen trial)*:

[...] Control Council Law N° 10 is but the codification and systematization of already existing legal principles, rules and customs [...]. It is indeed fundamental in every system of civilized jurisprudence that no one may be punished for an act which was not prohibited at the time of its commission. But it must be understood that the lex referred to is not restricted to statutory law. Law does, in fact, come into being as the result of formal written enactment and thus we have codes, treaties, conventions and the like, but it may also develop effectively through custom and usage and through the application of Common Law. The latter methods are no less binding than the former²¹.

Pero este reconocimiento de un Principio de Legalidad Penal propio del Derecho Internacional, no se ha detenido en los fallos judiciales de los Tribunales surgidos de la Segunda Guerra Mundial. Los tribunales creados con ocasión de los conflictos de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, también se aseguraron, empuñándose sobre los mismos argumentos expuestos hasta ahora, que sus fallos estuvieran legitimados por el respeto a una Legalidad Penal propia del Derecho Internacional, llegando a evitar-se que los tipos penales más controversiales se consagraran en los instrumentos de creación de esos tribunales, prefiriendo actuar con base a tipos ya estatuidos por el Derecho Internacional consuetudinario. En el caso del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, una decisión de la Corte de Apelaciones, dejó claro que esta es la tesis acogida, como puede verse a continuación:

139. Before the Trial Chamber, Counsel for Defence emphasized that both of these formulations of the crime limited it to those acts committed “in the execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.” He argued that this limitation persists in contemporary international law and constitutes a requirement that crimes against humanity be committed in the context of an international armed conflict (which assertedly was missing in the instant case). According to Counsel for Defence, jurisdiction under Article 5 over crimes against humanity “committed in armed conflict, whether international or internal in character” constitutes an ex post facto law violating the principle of nullum crimen sine lege. Although before the Appeals Chamber the Appellant has forgone this argument (see Appeal Transcript, 8 September 1995, at 45), in view of the importance of the matter this Chamber deems it fitting to comment briefly on the scope of Article 5.

140. As the Prosecutor observed before the Trial Chamber, the nexus between crimes against humanity and either crimes against peace or war crimes, required by the Nuremberg Charter, was peculiar to the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Although the nexus requirement in the Nuremberg Charter was carried over to the 1948 General Assembly resolution affirming the Nuremberg principles, there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes

²⁰ Re List (Hostages Trial), United States Military Tribunal at Nuremberg, February 19, 1948, Annual Digest of International Law Cases, 1948, pp. 632-653, pp. 634-635. *Ibidem*, p. 9.

²¹ Re Ohlendorf and others (Einsatzgruppen Trial), United States Military Tribunal at Nuremberg, 10 de abril de 1948, Annual Digest of International Law Cases, 1948, pp. 656-668, p. 657. *Ídem*.

against humanity. Most notably, the nexus requirement was eliminated from the definition of crimes against humanity contained in Article II(1)(c) of Control Council Law No. 10 of 20 December 1945. (Control Council Law No. 10, Control Council for Germany, Official Gazette, 31 January 1946, at p. 50.). The obsolescence of the nexus requirement is evidenced by international conventions regarding genocide and apartheid, both of which prohibit particular types of crimes against humanity regardless of any connection to armed conflict. (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, art. 1, 78 U.N.T.S. 277, Article 1 (providing that genocide, “whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law”); International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 30 November 1973, 1015 U.N.T.S. 243, arts. 1-2 Article I(1)).

141. It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. **Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law. There is no question, however, that the definition of crimes against humanity adopted by the Security Council in Article 5 comports with the principle of nullum crimen sine lege** (resaltado nuestro)²².

Como puede notarse, la Corte de Apelaciones desechó el tipo definido en el artículo 5, integrándolo al que estaría definido por las reglas de Derecho Internacional consuetudinario, que proveería la amplitud suficiente para subsumir las conductas perpetradas en el marco de un conflicto no internacional, como crímenes de lesa humanidad.

5. El Estatuto de Roma y el Principio de Legalidad Penal

De las posturas antes expuestas, es indudable que la última, propiciadora de una adaptación del Principio de Legalidad Penal a las formas de creación de legalidad propias del Derecho Internacional, con énfasis en las normas producto de las costumbres internacionales generalmente aceptadas por las naciones civilizadas, es la que ha encaminado los esfuerzos hacia la conciliación de las diferencias existentes.

La Comisión de Derecho Internacional (ILC, por sus siglas en inglés) discutió arduamente el tema en sus intentos codificadores, resultando favorecida la postura predominante en Núremberg, tal y como lo refiere Ambos, según quien “... (l)os Códigos de 1991 y 1996 sin embargo siguieron básicamente el planteamiento del Tribunal internacional militar de 1946.” También da cuenta el mismo autor de la opinión del enviado especial de la ILC, Doudou Tima, en el sentido de que la palabra ley a que alude la formulación latina del Principio de Legalidad Penal “... debe ser entendida en su más amplio sentido, incluyendo no solo la ley, sino también la costumbre y los principios generales del Derecho”²³.

Luego de que la ILC, por mayoría, decidiera excluir los “principios generales de la ley” por su ambigüedad, el resultado al final de la evolución es el reconocimiento de la existencia de conductas típicas previstas en la “ley” internacional consuetudinaria.

²² TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chambers, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995, Case N. IT-94-1-AR72, párrs. 139 y 141. Leído en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, consultado en fecha 12 de abril de 2007.

²³ Kai Ambos, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 104.

En efecto, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional acogió la siguiente formulación del principio comentado:

Artículo 22. *Nullum crimen sine lege.*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.
3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23. *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24. Irretroactividad *ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena²⁴.

Es indudable que la ventana que deja el tercer párrafo del artículo 22 es consecuencia de la evolución que hemos tenido oportunidad de revisar. El respeto por la tipificación que se haga a través del Derecho Internacional, da cabida a los tipos que consuetudinariamente son reconocidos. Cabe destacar aquí la expresa exclusión que se hizo en las discusiones preparatorias de los delitos de terrorismo y, especialmente del tráfico de drogas, muy a pesar del criterio que, como hemos visto, repetidamente ha sostenido nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de considerar a este último delito como un crimen de lesa humanidad, por estar incluido dentro del tipo a que se refiere el literal k del artículo 7 del Estatuto de Roma.

Esta situación plantea una dinámica de complementariedad en la que el régimen establecido por el Estatuto de Roma, pretende nutrirse de los tipos penales construidos de manera consuetudinaria o convencional por el Derecho Internacional. Sobre este punto, luce oportuno revisar la opinión de Lirola y Martín, autoras que han dejado sentado que el Estatuto se refiere expresamente al problema de las relaciones entre él y las normas de Derecho Internacional existentes o en desarrollo:

El estatuto se refiere expresamente a este problema señalando que las disposiciones del mismo no pueden interpretarse en el sentido de limitar o menoscabar de alguna manera las normas de derecho internacional existentes o en desarrollo para fines distintos de los del Estatuto (art. 10). Y a ello puede añadirse la referencia más específica acerca de que la aplicación del principio de legalidad en el marco del Estatuto no afecta a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional de forma independiente (art. 22.3). De esta manera, como señala Martín Martínez, el estatuto parece que estaría reconociendo que pueden concurrir dos regímenes paralelos en la tipificación de los crímenes internacionales, uno el establecido en el propio Estatuto y otro el resultante del derecho internacional general u otras normas convencionales, aunque establezca un puente entre ellos al señalar que la Corte podrá aplicar “los tratados y los principios y normas de derecho internacional” (art. 21.1.b)²⁵.

²⁴ <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>, consultado en fecha 25 de abril de 2007.

²⁵ <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>, consultado en fecha 25 de abril de 2007.

La peculiaridad con la que se adopta el *nullum crimen sine lege*, se repite en relación con el *nulla poena sine lege*. Si bien la formulación que del principio se hace en el artículo 23 de este principio pareciera responder a los cánones básicos de la dogmática penal, cuando revisamos las penas que establece específicamente el Estatuto, se hace evidente que el matiz propio del Derecho Internacional se encuentra presente, como podemos observarlo a continuación:

Artículo 77. Penas aplicables.

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;
b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 78. Imposición de la pena.

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.

Artículo 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.

Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte²⁶.

Por supuesto, coincidimos con Ambos con respecto a que el principio de legalidad solo se cumpliría parcialmente, por cuanto con respecto a las penas no se estaría cumpliendo con el requisito de *lex certa et stricta*, al no especificar las sanciones que corresponderían a cada uno de los tipos penales cuyo juzgamiento corresponden al Tribunal Penal Internacional, sin que podamos dejar de mencionar que, al mismo tiempo, señala penas para todos los supuestos delictuales previstos en el Estatuto.²⁷

Para finalizar las consideraciones sobre este punto, cabe destacar la opinión de Borrego, quien sostiene que el texto del Estatuto no mantiene incólume el alcance del Principio de Legalidad Penal en lo que se refiere a la prescripción de las penas, afectando, incluso, la capacidad disuasoria que estas deben tener. Según el mencionado autor:

Aun cuando, esta manera de legislar en materia de Derecho penal internacional tenga algunos visos de costumbre, como tantas veces se ha indicado no parece conveniente que en

²⁶ <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>, consultado en fecha 25 de abril de 2007.

²⁷ Kai Ambos, ob. cit., pp. 105-106.

este tema tan delicado, se deje a la discreción de los magistrados la precisión de la sanción, siendo que por razón de garantía y seguridad jurídica –nuevamente puestas de relieve– las penas han de aparecer descritas para que de alguna manera cumplan con la llamada: función de la pena (capacidad disuasoria).

De tal modo que el principio de legalidad descansa en la efectiva precisión de las conductas constitutivas de delito y las sanciones que han de imponerse de inmediato, tras la celebración de juicio. Mucho más sería propicio determinar las reglas de aplicación de las penas en cuanto a los límites mínimos y máximos a imponer, así como el establecimiento de los cortes para la aplicación bien en la parte media, inferior o superior a la par de lo reglado en el derecho interno de los países²⁸.

Ciertamente, la señalada observación refleja una adecuación con el aspecto sancionatorio de la legalidad penal. No obstante, pareciera que las dificultades que se han puntualizado sobre la adaptación del Principio de Legalidad penal con respecto a la tipificación, tienen su incidencia, en buena medida sobre el otro aspecto que deber verse regido por el mencionado principio.

Aparte de todas las dificultades que hemos mencionado a lo largo de las consideraciones que están relacionadas con la tipificación legal de los delitos internacionales, no podemos dejar de referirnos a un aspecto capital que creemos se ha visto afectado o, al menos, ha sido descuidado, en el proceso de tipificación de los delitos llevado a cabo en el contexto a que hemos circunscrito nuestro estudio. Nos referimos a la necesidad imperiosa de prestar debida atención a las directrices que la doctrina penal más avanzada aconseja al momento de confeccionar los tipos penales en general, en el sentido de que el legislador debe juzgar en su exacta dimensión la correspondencia de dichos tipos con los bienes jurídicos que la legislación que los positiviza busca proteger. Esta deficiencia se ha hecho evidente en todos los esfuerzos que históricamente pueden registrarse en lo que respecta a la tipificación de los delitos relacionados con las violaciones del derecho de los conflictos armados. Al respecto Borrego ha expresado lo siguiente:

De *lege lata*, en el capítulo atinente al Derecho penal existen ideas que crean confusión, sobre todo porque del estatuto no se deduce la misma consecuencia; es el caso del artículo 23 –antes anotado– que partiendo del principio *nulla poena sine lege*, señala: “Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”. Esta crítica va en correspondencia con la indeterminación de las provincias que podrían afectarse por el delito. Una adecuada ubicación sistemática de los tipos penales puede facilitar la comprensión de cuál es el bien jurídico protegido, si bien es cierto ello podría deducirse, no obstante, resultaría mejor y para ser más consustanciales con la legalidad precisar esos nortes orientadores. Aun cuando en este trabajo se ha establecido que, a pesar de la dispersión doctrinal, no quedan dudas que las entidades afectadas con las acciones atinentes a lesa humanidad, genocidio y delitos contra las reglas de los conflictos armados es la vida, la integridad, la libertad, la diversidad de la humanidad y sus manifestaciones, lo que constituye el núcleo básico de los derechos humanos; la indeterminación en un área básica de la legalidad puede que afecte la adecuación cuando no existe claridad en relación con la lesión al bien jurídico, base de la antijuridicidad penal²⁹.

No vemos, en conclusión, razones vinculadas al contexto propio de estos delitos que motiven la deficiencia señalada, también identificada, no en pocas oportunidades en los ordenamientos jurídicos internos, sino que en nuestra opinión la misma es producto de una falta de atención a las prescripciones doctrinarias del Derecho Penal General.

²⁸ Carmelo Borrego, ob. cit., pp. 192-193.

²⁹ *Ibid.*, p. 192.

IV. CONCLUSIONES

Es ineludible rescatar, como conclusión fundamental de este trabajo, que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aunque con los matices que han podido observarse, es una guía orientadora internalizada por quienes realizan las actuaciones que tienden a la penalización de conductas incluso en el marco de operación del Derecho Internacional Público. De no ser así, todas las discusiones de las que hemos tenido noticia en el curso de esta investigación no existirían. Testimonio de ello son las posturas que hemos revisado, que han defendido la plena operación del mismo desde Núremberg y hasta ahora, a pesar de las evidentes deficiencias que se pueden constatar, pero que son producto del desafío que posa ante los juristas el hecho de que las conductas que terminan determinándose como constitutivas de delitos de lesa humanidad, son implementadas por organizaciones complejas que cuentan con la fuerza del estado que actúan en forma sistemática, teniendo presente la necesidad de conseguir la impunidad total de quienes perpetrar dichos delitos.

En segundo lugar, pero no menos fundamental, es inevitable tener que concluir necesariamente que la dinámica peculiar a que obedecen las formas propias del Derecho Internacional, aunada a la precariedad en que se encuentra el orden jurídico internacional debido al anclaje en concepciones exageradas que sobre el sentido y alcance de la soberanía tiene cada Estado, imponen la necesidad de construir una legalidad penal que responda a esas circunstancias particulares. En nuestra opinión, la tendencia que se evidencia en este sentido es alentadora, sobre todo por las nuevas figuras delictivas que surgen con el devenir histórico y que reclaman un fortalecimiento de las instituciones. Nuevamente, el desafío se centra en concientizar que los perpetradores insistirán en lograr el cometido de oprimir o exterminar, procurándose formas cada vez más elaboradas, planificadas cuidadosamente y armados con las tecnologías que los nuevos tiempos brindan cada vez con mayor velocidad, con la fuerza que les otorga actuar con la autoridad legítima o usurpada que deja en sus manos todo el poder estatal.

Por último, extraemos del examen limitado que hemos podido realizar de esta materia la conclusión de un lamentable desequilibrio entre los aportes del Derecho Penal y del Derecho Internacional que se han absorbido en este terreno, con una reprochable desventaja de la primera de las disciplinas mencionadas. En razón de ello, consideramos necesario llamar la atención sobre la necesidad urgente de balancear esa situación, imprimiendo más peso a la participación de expertos en Derecho Penal en esta área.

APROXIMACIÓN A UNA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL TERRORISMO DE ESTADO

Héctor Turuhpial Cariello*

SUMARIO

I. La dictadura de la virtud. 1. La juridificación y la axiologización del terror. A. El terrorismo como emanación de la virtud. B. *Novus ordo seclorum*: “bajo el reino de Robespierre, la sangre corría y no faltaba el pan”. 2. El terrorismo de estado o desde el estado. Los eufemismos. II. El terrorismo de estado se manifiesta en la ejecución sistemática de crímenes internacionales. 1. Somera caracterización de los crímenes de lesa humanidad. 2. La delimitación jurisprudencial de la noción del terrorismo de estado a través de la precisión de los elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad. A. La “población civil” como víctima. B. El carácter sistemático o generalizado del ataque. III. El terrorismo de estado en Venezuela. Su carácter cotidiano como política del régimen gubernamental. 1. La “des-ciudadanización” y la conversión en “enemigo”: la no-persona. 2. El terrorismo del estado venezolano. Los crímenes de lesa humanidad que lo configuran. 3. La actividad genocida.

I. LA DICTADURA DE LA VIRTUD

1. La juridificación y la axiologización del terror

A. El terrorismo como emanación de la virtud

Pareciera natural asociar el Poder con la violencia o, mejor dicho, entenderlo en simbiosis connatural, olvidando la acertada distinción de ARENDT, advirtiendo la contraposición de estos términos y la evidencia de que allí donde aparece la violencia como cara del poder, es porque este peligra¹.

La Revolución Francesa representa una gran paradoja histórica: a la vez que como culminación del pensamiento iluminista y como eco de los postulados de la Revolución Norteamericana de 1776, legó al mundo la carta de ciudadanía de los derechos

* El autor es profesor de pregrado y postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

¹ Hannah Arendt, *Sobre la revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 1965, p. 120. Expresa Arendt que poder y violencia no son la misma cosa, siendo más bien opuestos, donde uno domina absolutamente falta el otro. La violencia aparece donde el poder está en peligro pero, confiada a su propio impulso acaba por hacer desaparecer al poder. Esto implica que no es correcto pensar que lo opuesto de la violencia es la no violencia; “hablar de un poder no violento constituye en realidad una redundancia”. En Hannah Arendt, *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 77.

del hombre, al mismo tiempo dejo como herencia la dudosa herramienta del terror sistemático como instrumento político.

Aun cuando este no es el lugar para un estudio extenso, quizás la primera elaboración de la teoría del terror como instrumento político válido y sistemático, y para el caso concreto de la Revolución Francesa, eficaz en el tránsito revolucionario hacia el Estado Constitucional, o en todo caso del terrorismo de estado, se la debe la Historia a Maximilien François Marie Isidore de Robespierre. Su concepción del terror sistemático y, sobre todo, la “despersonalización” del enemigo, alimentó germinalmente el arsenal político de todas las ideologías inspiradas en el jacobinismo, del marxismo radical revolucionario u ortodoxo, luego del leninismo, llegando inclusive a constituir premisa y noción básica de las famosas doctrinas de seguridad nacional que se extendieron por el Cono Sur².

Robespierre, quizás, bajo la influencia de Rousseau³, es el teórico primero del terrorismo de estado, el primero en concebir el terrorismo como una manifestación

² La Doctrina de Seguridad Nacional o de Defensa Nacional, en su vertiente totalitaria, es una categoría distinta y hasta antagónica a la noción de Seguridad Individual legada por la Revolución Francesa, asociada al Estado Democrático Liberal, y que fuera acogida en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre votada por la Convención Nacional Francesa el 23 de junio de 1793, redacción que sirvió de modelo al artículo 156 de la Constitución de 1811. De esa noción de la Seguridad Individual se pasaría, con el avance de los Estados Nacionales, a la noción de seguridad de Estado como la protección debida ya a un conjunto nacional en relación a las amenazas externas. En el caso de la Doctrina de Seguridad Nacional, se trata de una noción que focaliza internamente el origen de las amenazas a la ejecución de un determinado proyecto político y, por tanto, se dirige a estructurar las garantías totalitarias de la seguridad interior. Como parte de sus presupuestos fundamentales, se plantea la guerra total y permanente, incluyendo la guerra psicológica, contra todo antagonismo o disenso, sustituyendo a la política en su sentido democrático, para pasar a la utilización de la violencia considerada legítima para someter al adversario, considerando como tal a todo antagonista u opositor, calificado de enemigo interno o externo, al cual hay que someter por cualquier medio, sin ningún tipo de sujeción o limitación ética o jurídica. Todas las actividades individuales o colectivas son consideradas actos de guerra a favor o en contra de la nación. Según esta doctrina, no había actos neutros, ni existía diferencia entre el estado de paz y el estado de guerra. La paz no era sino la continuación de la guerra. Al respecto véase: Juan Carlos Rey, *Doctrina de Seguridad Nacional y Defensa*, Altholito, Caracas, 1980, pp. 95 ss. Ana María Bidegain De Uran, *Nacionalismo, militarismo y dominación en América Latina*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1983; Edgar Caicedo, *Militares y militarismo*, Sudamérica, Bogotá, 1979; Gustavo Gallón Giraldo, *La República de las armas*, CINEP, núms. 109-110 Bogotá, 1983; Isabel Jaramillo Edwards *El conflicto de baja intensidad: modelo para armar*, Sudamérica, Bogotá, 1988.

³ Rousseau señala que el malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado al hallarse en guerra contra éste y se le hace morir “más como enemigo que como ciudadano”. Por su parte, en Fichte se observa un planteamiento similar, en el cual “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano. En el caso de Kant, éste, al asumir como modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la concepción de Kant “toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana”. De esta forma, todo aquél que se resista a entrar a dicha constitución debe ser expelido (o impelido a la custodia de seguridad), pero pudiéndosele tratar, en todo caso, como a un “enemigo”. Tanto Hobbes como Kant despersonalizan a quien amenaza la constitución existente, lo que implica que ambos reconocen una distinción entre el derecho penal del ciudadano, reconociéndole al ciudadano su status de persona y desconociéndosela al enemigo, siendo la ejecución del culpable, coherentemente, no una pena sino una medida de seguridad. Véase: Jean-Jacques Rousseau *El Contrato Social: o sea principios del derecho político* (1762), Libro II, Capítulo V, Editorial Omegalfa, Madrid, 2015. Immanuel Kant, *Principios Metafísicos del Derecho*, Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019; Johhan Gottlieb Fichte, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Colección Clásicos Políticos, Madrid, 1994.

axiológica y pragmática, a la vez, de la Democracia directa frente a sus enemigos, y no una reacción contingente; un principio de preservación y no un acto aislado de desesperación⁴.

En el Informe presentado por Robespierre a la Convención en nombre del Comité de Salvación Pública⁵, el 25 de diciembre de 1793, sobre él, expone su teoría del terror necesario y permanente practicado por el gobierno revolucionario⁶:

La finalidad del gobierno constitucional es conservar la República: mientras que la del gobierno revolucionario es fundarla.

La revolución es la guerra de la libertad contra sus enemigos: la Constitución es el régimen de la libertad victoriosa y pacífica.

El gobierno revolucionario tiene necesidad de una extraordinaria actividad, precisamente porque se encuentra en estado de guerra. Se halla sometido a reglas menos rígorosas y menos uniformes porque las circunstancias en que se encuentra son tempestuosas y variables, y sobre todo porque está obligado a utilizar incesantemente nuevos y rápidos recursos frente a nuevos y apresurados peligros.

⁴ El terror del Estado encomendado y ejercido a una clase social contra otra, forma parte de la peculiar concepción en la aplicación del derecho propia de los teóricos e ideólogos del pueblo revolucionario, de tal manera, que no se entiende la aplicación de la norma como una facultad propia exclusivamente del poder judicial, sino que el conjunto de los ciudadanos virtuosos aplican directamente las leyes y entre ellas las que regulan el terror. Esta concepción de los terroristas populares muy cercana a concepciones informales de democracia directa en la que el pueblo quería hacer valer directamente sus derechos, aun cuando chocó frontalmente con algunos jacobinos partidarios de las posturas defensoras de la representación nacional, sin embargo, terminó imponiéndose de manera desenfrenada.

De manera coincidente con los métodos de este terrorismo popular, el régimen venezolano ha dictado planes y leyes que ponen en manos de una clase social o de grupos afines al régimen el control del orden público y la confrontación con manifestantes y opositores. Así por ejemplo el Plan Zamora redactado y aprobado en el año 2014, contempla, y así se cumplió desde su activación en abril de 2017, con el apoyo de ciudadanos en las operaciones de confrontación con los manifestantes y la disidencia política, lo cual fue autorizado por los decretos presidenciales que declaraban los estados de excepción y emergencia económica, que permitían a los grupos ciudadanos civiles cooperar en las operaciones de orden público. El primer Decreto de Emergencia Económica fue aprobado el 14 de enero 2016 por el Ejecutivo nacional en Gaceta Oficial N° 40.828, pero en Gaceta Oficial N° 6.227 Extraordinario, 16 de mayo de 2016 se redimensiona la medida tomada y se activa el Estado de Excepción de Emergencia Económica, dejando latente la potestad al Ejecutivo para la suspensión de garantías constitucionales, previendo el artículo 2.3.9 que los CLAPS, Consejos Comunales y demás organizaciones de base del Poder Popular tendrán funciones de vigilancia y organización en conjunto con las Fuerzas Armadas Nacionales Bolivarianas (FANB) y los cuerpos policiales, “para mantener el orden público y garantizar la seguridad y soberanía en el país”. La cláusula se transmite a los 27 Decretos De Estado de Excepción y Emergencia Económica que han sido dictados hasta la fecha.

⁵ Organismo constituido con carácter extraordinario por la Convención Nacional el 6 de abril de 1793. Estaba compuesto inicialmente por nueve miembros de la Convención —doce posteriormente— y se concibió como una institución administrativa destinada a supervisar y agilizar la labor de los órganos ejecutivos de la Convención y de los ministros nombrados por ésta. El movimiento revolucionario estaba amenazado por una coalición de naciones europeas y por fuerzas contrarrevolucionarias en la propia Francia. Mientras el Comité luchaba por salvar estos peligros, su poder iba en aumento. En julio de 1793, tras la derrota sufrida por los republicanos moderados (girondinos) en la Convención, destacados líderes de los jacobinos radicales, entre los que se encontraban Maximilien de Robespierre, Louis de Saint-Just y Georges Danton, se unieron al Comité. En consecuencia, éste pasó a ser el principal órgano de gobierno del país. La Convención confirió oficialmente el poder ejecutivo al Comité en diciembre de 1793. Comenzó lo que se ha llamado la época del Terror. Al respecto puede verse: Julio Martínez Cava Aguilar, *MCPHEE, P.: Robespierre. Una vida revolucionaria*, Barcelona, Península, 2012, p. 9.

⁶ En su discurso: “*La teoría del gobierno revolucionario*”.

El gobierno constitucional se ocupa principalmente de la libertad civil; y el gobierno revolucionario, por el contrario, de la libertad pública. En el régimen constitucional, es suficiente proteger a los individuos contra el abuso del poder público: en un régimen revolucionario, el poder público está obligado a defenderse contra todas las facciones que lo atacan.

De manera pues que en los planteamientos teóricos de Robespierre, el terror es un instrumento revolucionario legítimo, un sistema de protección del poder público y de la libertad pública, que debe ser utilizado como vehículo propiciatorio del nacimiento mismo del Estado Constitucional, para lo cual lucha la revolución⁷.

En la obra de Robespierre, es decir en el complejo teórico que forman sus numerosos discursos ante la Asamblea y ante el Comité de Salvación, es fundamental la distinción entre el ciudadano y el “enemigo”, dado que este último es el objetivo del terrorismo de estado. El “*enemigo*” no es ciudadano o ha dejado de serlo por su actividad conspiradora o por oponerse al gobierno activamente, aún cuando no necesariamente de manera violenta, como lo demuestran la mayor parte de las víctimas de la época del Terror en Francia. De igual forma, el enemigo es el extranjero que conspira contra la Revolución en curso. El enemigo, pues, ha dejado de ser ciudadano y queda despojado de los derechos fundamentales que la revolución reconoce y declara solo para el ciudadano.

En la propuesta teórica de Robespierre el terrorismo del Régimen Revolucionario va dirigido a acabar con el “enemigo”, no con el ciudadano, y es por tanto una forma expedita de justicia para proteger al pueblo y al Estado revolucionario primero, y darle paso fundacional al Estado Constitucional:

Es necesario ahogar a los enemigos internos y externos de la República o perecer con ella. Así, en tal situación, la máxima principal de vuestra política deberá ser la de guiar al pueblo con la razón, y a los enemigos del pueblo con el terror.

Si la fuerza del gobierno popular es, en tiempo de paz, la virtud, la fuerza del gobierno popular en tiempo de revolución es, al mismo tiempo, la virtud y el terror. La virtud, sin la cual el terror es cosa funesta; el terror, sin el cual la virtud es impotente.

El terror no es otra cosa que la justicia expeditiva, severa, inflexible: es, pues, una emanación de la virtud. Es mucho menos un principio contingente, que una consecuencia del principio general de la democracia aplicada a las necesidades más urgentes de la patria⁸.

(omissis)

Sólo se debe protección social a los ciudadanos pacíficos. Y en la República sólo son ciudadanos los republicanos. Y los realistas, los conspiradores no son para ella más que extranjeros, o más bien enemigos.

⁷ La locución “*terrorismo*” aparece ya inscrita en el Suplemento de la Academia Francesa de 1798 calificada como sistema, régimen de terror. Como lo ha señalado Carnevali Rodríguez, Los jacobinos la empleaban para referirse a ellos mismos en un sentido positivo. También destaca el autor, que es en la segunda mitad del siglo XIX donde va adquiriendo elementos particulares y específicos que le dan el contorno a como es conocido en la actualidad. En efecto, la conformación de grupos de lucha más radicales en Irlanda o Serbia, los revolucionarios rusos o los anarquistas italianos o españoles emplearon métodos violentos para afirmar y dar a conocer sus posiciones —la violencia como método de propaganda—, aunque no se apoyaban en estrategias con cierta sistematicidad. Véase: Raúl Carnevali Rodríguez, “El terrorismo de estado como violación a los derechos humanos. En especial la intervención de los agentes estatales State terrorism as an infringement of human rights. In particular the involvement of state agents”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, 2015, pp. 203-236, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

⁸ Maximilien Robespierre, *Sobre los principios de moral política*. Texto parcial del discurso pronunciado el 18 Pluvioso, año II, 5 de febrero de 1794.

Robespierre en sus discursos traza una línea divisoria clara entre quienes son amigos y quienes son enemigos de la República. En este sentido Carl Schmitt señala que lo político se define, justamente, por la posibilidad de poner en escena de manera clara esa distinción. Los enemigos políticos no pueden ser simplemente adversarios a quienes se odia personalmente –*inimicus*–, “...sino que se convierten en enemigos políticos en tanto y en cuanto sean considerados enemigos públicos –*hostis*–: la expresión Enemigo se reduce a aquel conjunto de hombres que se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter público”⁹. Terror y virtud, mientras dura ese estado de guerra permanente que es la revolución, son, en verdad, cara y contracara de una misma moneda.

A la crítica evidente que le formulará Sade de que los revolucionarios reaccionan a la violencia con mayor violencia, Robespierre responde asegurando que el terror revolucionario se parece tanto al terror despótico como la espada de los 11. Así, Robespierre en el Discurso del 18 floréal del año II, 7 de mayo de 1794, define los términos de su dialéctica: “*Les ennemis de la République sont tous les hommes corrompus. Le patriote n’est autre chose qu’un homme probe et magnanime dans toute la force de ce terme... Il faut étouffer les ennemis intérieurs et extérieurs de la République, ou périr avec elle ; or, dans cette situation, la première maxime de votre politique doit être qu’on conduit le peuple par la raison, et les ennemis du peuple par la terreur*”¹⁰.

El gobierno revolucionario cuenta con el apoyo de los *sans culotte* y de los *enragés* para la práctica y difusión eficiente del terrorismo, miedo y crímenes masivos, y que definitivamente terminan configurando la dialéctica de la lucha de clases en el período revolucionario¹¹.

⁹ Rossi, estudia el pensamiento de Schmitt, quien expuso que en Robespierre y hacia el futuro, el criterio dialéctico amigo-enemigo se vuelve el fundamento de toda política posible; ni el fascismo, ni el leninismo pueden sustraerse a él. En la dialéctica amigo-enemigo planteada por Robespierre, quien ocupa el polo negativo es el vicioso, que se disputa con el virtuoso el imperio de la naturaleza. Saint Just decía que “lo que constituye una República es la destrucción total de todo lo que se le opone”. Robespierre advierte que los enemigos de la Revolución son todos los hombres corrompidos y que para describir al patriota alcanza con calificarlo de “*íntegro*”. Los enemigos interiores y exteriores, hombres corrompidos, deben ser purgados mediante el terror. Ahora bien, se plantea el autor, en qué consiste el enfrentamiento amigo-enemigo caracterizado por Schmitt como criterio distintivo de lo político. El enemigo, afirma Schmitt, es aquel que amenaza mi forma de vida de manera concreta, existencialmente y frente a esta amenaza no hay posibilidad de permanecer neutral. Este criterio forja una teoría de la política a partir de la situación política de Alemania, tal como Schmitt la percibe. Los bolcheviques, al igual que los anarquistas, han tomado partido. Esta toma de posición es ineludible –Carl Schmitt: Catolicismo romano y forma política. Al respecto véase: Luis Alejandro Rossi, “*El mito más fuerte reposa sobre lo nacional*”: Carl Schmitt, Georges Sorel y El concepto de lo político, Universidad Nacional de Quilmes (Argentina).

¹⁰ Autores como Matthiez y Cava Aguilar justifican la violencia y el terror revolucionario como instrumento legítimo fundacional del pueblo que ostenta la soberanía: “... para Maximilien el Terror y el gobierno revolucionario no eran sólo un instrumento provisional para salvar la revolución, tenían carácter de fundadores de la nueva sociedad. Su fin era fundar la república, el fin del gobierno constitucional era conservarla. Por eso las innumerables apelaciones a la virtud en este período: el par virtud-terror es el sustituto de una legalidad que no existe en un período revolucionario que, como cualquier revolución, es ilegal. Se trata de una violencia que no es arbitraria ni mucho menos, es la violencia del pueblo que porta la soberanía y por ello puede fundar un nuevo derecho (en fin, una legalidad naciente contra otra que se considera caducada)...”. Véase: Julio Martínez Cava Aguilar, *MCPHEE, P.: Robespierre. Una vida revolucionaria*, Barcelona, Península, 2012, p. 10.

¹¹ Los *sans culottes* actuaban bajo el signo de la traición y del miedo. El arma que respaldaba sus reclamaciones, como es conocido, fue el hacha del pueblo o la guadaña de la igualdad, atributos que

Quedan pues en estos textos expuestos los elementos estructurales del terrorismo de estado en la concepción de Robespierre, los cuales pueden esquematizarse así:

1. El terrorismo es una política planificada, sistemática y colectiva del gobierno revolucionario, organizada como sistema, no un ejercicio individual. Es el instrumento fundacional de la República nacida de una revolución.
2. El terrorismo no es una actividad contingente, sino un verdadero principio de defensa sistemática de la democracia popular ante circunstancias perentorias frente a sus enemigos. El terrorismo del Estado, es pues, un principio de preservación de la democracia en tiempos de conflicto.
3. El enemigo deja de ser ciudadano, y es enemigo todo aquel que conspira contra la República o todo aquel que disiente de quienes la representan u ostentan el poder republicano. Es aquel hombre corrompido.
4. El terrorismo se planifica y ejecuta por el Estado, directamente por intermedio de sus poderes y órganos y con la actividad de las masas adeptas.

Así pues, bajo estas premisas, el Reinado del Terror, o simplemente conocido como *Terreur*, fue un período de dos años en la Revolución Francesa, comprendido entre 1793 y 1794, caracterizado por una brutal, sistemática y planificada represión en forma de terrorismo de Estado, que tuvo como protagonista principal a Maximilien Robespierre, etapa durante la cual entre treinta y cinco y cuarenta mil civiles fueron ejecutados, la mayor parte de ellos mediante la guillotina. Fue denominado también este período como el del “Terror rojo”, para diferenciarlo del período del “Terror Blanco” que lo sucedería, conocido como la reacción thermidoriana.

B. *Novus ordo seclorum*: “bajo el reino de Robespierre, la sangre corría y no faltaba el pan”

La tesis moral de Robespierre del terrorismo de Estado como política necesaria ante circunstancias excepcionales de disidencia y oposición, y como expresión

cariñosamente le daban a la guillotina. La voluntad punitiva *sans-cullote* era la esencia de su acción política. Se pensaba que era posible cambiar la sociedad, pero para ello había que acabar con todos los aristócratas. Estos *terroristes* eran distintos de los jacobinos y de los girondinos, que se encontraban comprometidos con las doctrinas liberales. Los jacobinos formaron una milicia de combatientes ideológicamente puros llamados los *enragés*, movimiento que en gran parte radicalizaría las posturas de los diputados jacobinos en la convención a la hora de implantar el terror. Los *enragés*, expresaban el conjunto de las demandas populares. El 21 de marzo se autorizó a las secciones para que eligieran Comités Révolutionnaires para ejercer la vigilancia revolucionaria. Esa vigilancia y control será una de las características del terror, aparecerá un poder permanente y siempre vigilante. Robespierre estaba convencido de que solo el “*immense peuple des sans-culottes*” podía salvar a la República. Véase: JR Moreton Macdonald, “El Terror”, en: *La Revolución Francesa*, tomo I, Universidad de Cambridge, Ramon Sopena Editor, Barcelona, p. 589.

El factor decisivo para la configuración y posterior desarrollo del terror como fenómeno social entre 1793 y 1794, fue la aprobación, por la Convención, de un importante texto legal, la *Loi des suspects* de 17 de septiembre de 1793. Esta disposición y desarrollo posterior otorgó a los *certificats de civisme* concedidos por los *Comites Revolutionnaires* de las Secciones una excepcional valoración al equiparar la falta de posesión de los mismos con la condición de sospechoso.

El terror anárquico y popular de los comienzos se va legalizando e institucionalizando posteriormente dentro de la lógica de la acción revolucionaria contra los enemigos del Estado, en virtud de una concepción en la aplicación del derecho propia del pueblo revolucionario, en orden a la cual no se entiende la aplicación de la norma como una facultad propia exclusivamente del poder judicial, sino que los ciudadanos virtuosos aplican directamente las leyes y entre ellas las que regulan el terror, legalización que se inicio principalmente a raíz de la *Loi de Suspects* de 17 de septiembre de 1793, a la que se le dio el nombre popular “procuradora de la guillotina” y de la *Loi de 22 de Prairial* del año II (10 de junio de 1794). Esta concepción de los terroristas populares se transmitirá a movimientos políticos posteriores.

operativa de purificación y preservación de la virtud republicana, se propagaría a diversos movimientos y corrientes ideológicas inspiradas en el jacobinismo, hasta decantarse en la versión leninista de la revolución¹² y hasta en lo que

¹² Ya Mathiez ha puesto sobre el tapete las similitudes entre la revolución jacobina y concretamente su accionar entre 1793 y 1794, y la revolución bolchevique, y la influencia de la idea del terror sistemático de Robespierre en Lenin. En el estudio del autor, Jacobinismo y bolchevismo son las dos dictaduras, nacidas de la guerra civil y extranjera, dos dictaduras de clase que operan con los mismos métodos: el terror, requisas, y los impuestos, y proponiendo como resultado final el mismo objetivo, la transformación de la sociedad. Y no sólo de la sociedad rusa o francesa, sino de la sociedad universal. Robespierre y Lenin justifican el terror por las necesidades de la lucha interna y externa. Ambos proclaman que van a terminar después de la victoria. “Bajo el régimen constitucional”, dijo Robespierre: “Bajo el régimen revolucionario, el propio poder público está obligado a defenderse contra todas las fuerzas que lo atacan” (5 Nivôse); Saint Just más crudamente ha añadido: “...¿Qué constituye una república es la destrucción total de todo lo opuesto a *él*” (8 Ventôse). Como un eco repite Lenin, “sería la mayor estupidez y la utopía más absurdo suponer que el paso del capitalismo al socialismo sería posible sin la restricción y la dictadura” (28 de mayo de 1917), “es imposible”, continuó, “derrotar y extirpar el capitalismo sin la represión implacable de la resistencia de los explotadores”, según afirmó en su obra “*Diez tesis sobre el Poder Soviético*”. Véase: Albert Mathiez, *Le Bolchevisme et le Jacobinisme*. Librairie du Parti Socialiste et de l’Humanité, Paris, 1920. Traducción: Oscar David Reyes Medrano, 2012. Esta edición: Marxists Internet Archive, enero de 2013. Vladimir Lenin, Obras, Tomo VIII, Ediciones Progreso, 1918.

En su obra *Comunismo y Terrorismo* (1918) Leon Trotsky, defiende los principios fundamentales del marxismo: revolución por la conquista del poder político, hundimiento del Estado burgués, instauración de la dictadura proletaria ejercitada por el partido de clase, formación del Estado proletario, ejercicio de la fuerza y la violencia de la dictadura proletaria - incluyendo el terror - para defender el poder proletario conquistado y para desarrollar el movimiento revolucionario en todos los países aún dominados por la burguesía. Trotsky hacía una distinción fundamental entre el terrorismo individual, y el terrorismo revolucionario que las masas oprimidas pueden emplear contra sus opresores, como ocurrió por ejemplo en la Guerra Civil rusa, apoyando decididamente el terrorismo revolucionario. El terror implica la intimidación, las amenazas, los arrestos preventivos, y que la clase obrera no podía pasar por una guerra civil prescindiendo de ellos. No creía en el terrorismo individual, considerándolo insuficiente en sus efectos, como estrategia para el cambio social, con fundamento en tres argumentos: primero, que los actos terroristas individuales no pueden eliminar más que a miembros individuales de la clase dominante y no a la propia clase dominante; segundo, que el terrorismo es un intento de sustituir la movilización social necesaria de las propias masas con las proezas técnicas de un pequeño grupo; y tercero, que no importa cuánto quieran los terroristas ligar sus proezas al movimiento de masas y a la lucha de clases, la necesidad de insistir en la más estricta seguridad y clandestinidad, y los esfuerzos que implica la preparación de las acciones obligan inevitablemente a los terroristas a abandonar todo trabajo de agitación y organizativo en la clase obrera y el campesinado. Sus loas al terrorismo proletario masivo y sin cuartel desde la Dictadura Proletaria contra la burguesía las desarrolló en cuatro escritos: La posición marxista acerca del terrorismo individual -1911-; La bancarrota del terrorismo -1909-, El terrorismo y el régimen estalinista en la Unión Soviética -1937- y El terrorismo y los asesinatos de Rasputín y Nicolás II -1938. En el ensayo La Bancarrota del Terrorismo- individual no masivamente ejecutado por el proletariado expresó que “El terror como método para la revolución política es nuestro aporte nacional ruso”. En estos trabajos, si bien denosta contra el terrorismo individual, de manera clara propone la fórmula terrorista masiva, es decir, como arma de la lucha de clases primero y luego como sistema o política del gobierno revolucionario. No en vano escribe que “Las explosiones terroristas aisladas son inevitables allí donde la oposición política traspasa ciertas fronteras. Semejantes actos tienen casi siempre un carácter sintomático. Pero la política que consagra al terror, la que lo eleva a la categoría de sistema, eso es otra cosa”. -El Terrorismo y el Régimen Stalinista en la Unión Soviética.

Por su parte y en el caso de los ideólogos del comunismo italiano. Gramsci, se ocupa del tema. En los Cuadernos de Cárcel, Antonio Gramsci asume la experiencia jacobina como elemento central de su reflexión sobre la política y sobre la revolución. En los Cuadernos son frecuentes las menciones a Robespierre, al jacobinismo, a la revolución francesa. Estas referencias se concentran en los cuadernos titulados “*La filosofía di Benedetto Croce*”, “*Notas sobre la política de Maquiavelo*” y “*Risorgimento*

algunos autores como Talmon han catalogado recientemente como Democracia Totalitaria¹³.

2. El terrorismo de Estado o desde el Estado. Los eufemismos

¿Puede el Estado mismo querer subvertir el orden constitucional, o pretender defenderlo, ejerciendo y ejecutando prácticas terroristas?

Aunque la regla general e histórica sea la de afirmar que el terrorismo se dirige contra el Estado y sus instituciones y contra la convivencia democrática, involucrando a la población civil con el objeto de doblegar al Gobierno legítimo, la respuesta inobjetable es que efectivamente también existe el terrorismo desde el Estado, por intermedio de sus agentes o por el Estado como política y práctica sistemática.

El delito de terrorismo contra el Estado persigue socavar las bases mismas de la soberanía en sus manifestaciones de Poder Público. En cambio, en el terrorismo de Estado lo que no se respeta es el ejercicio constitucionalizado y procedimentalizado

Italiano". La revisión de la obra de Maquiavelo y del jacobinismo permiten a Gramsci perfilar un nuevo uso para el concepto de hegemonía, o acuñar otros como bloque histórico, acumulación de fuerzas, guerra de movimientos y de posiciones o el importantísimo de revolución pasiva. Gramsci rechaza la concepción dominante en el marxismo de la época del jacobinismo como corriente política abstracta, ideologista, incapaz de analizar la realidad y de actuar para cambiarla. Por el contrario, para Gramsci: "frente a una corriente tendenciosa y en el fondo antihistórica, hay que insistir en que los jacobinos fueron realistas a lo Maquiavelo y no ilusos visionarios. Los jacobinos estaban convencidos de la absoluta verdad de las consignas acerca de la igualdad, la fraternidad y la libertad. Y lo que es más importante: de tales verdades estaban convencidas también las grandes masas populares que los jacobinos suscitaban y a las que llevaban a la lucha".

¹³ Como lo precisa Meucci "Jacob Talmon acuñó el término "democracia totalitaria" para referirse a una forma particular de entender la democracia, heredera del pensamiento de Rousseau, característica de ciertos regímenes revolucionarios que consolidaron la modernidad política, pero que privilegia la figura del colectivo por encima de las libertades individuales y se relaciona con la idea de "mesianismo político".

La noción de Democracia Totalitaria subvierte la noción de libertad, entendida como ausencia de restricciones, para postular una noción de libertad entendida como un solo patrón de existencia y comportamiento social, partiendo de la base de que lo relevante no es el hombre como es, sino como será una vez creadas las condiciones fundamentales de su renovación; mientras a los que discrepen de este ideal absoluto, pueden ser legítimamente ignorados, coaccionados o intimidados, sin que ello implique una violación al principio democrático. Véase el discurso pronunciado por Robespierre ante la Asamblea, "*Sur les ennemis de la nation*", del 26 de mayo de 1794. La cuestión práctica de esta "formula democrática" de origen robesperriano, es si esta termina consiguiendo sus fines de felicidad y bienestar social porque logra que todos los individuos actúen en armonía con los ideales que postula como única fórmula de convivencia, o porque todos los disidentes u opositores a ellos han desaparecido.

La idea de la Democracia Totalitaria se sustenta de base sobre la noción de la voluntad general, postulando que esta voluntad general se alcanza cuando ella puede manifestarse y deliberar como un solo y único ente, como el soberano único e indivisible que delibera sobre el bien común del pueblo como una totalidad, régimen de libertad en el que las facciones y los grupos disidentes son un anacronismo criminal que contribuye al despotismo. Para Rousseau (en lo que podríamos considerar como un razonamiento "*hiperdemocrático*"), no es racional quien opina de forma distinta a la voluntad general; ello solo puede suceder cuando se está cegado por las propias pasiones". En el fondo, la comunidad le hace un favor al disidente cuando lo obliga a obedecer: "El que se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo; lo cual no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre". Véase: Miguel Ángel Meucci Martínez, "El concepto de democracia totalitaria en Talmon y su pertinencia en nuestros tiempos Talmon's Concept of Totalitarian Democracy and its Relevance Today", en: *Revista Politeia*, N° 47, vol. 34, 2011, Instituto de Estudios Políticos, UCV. Igualmente véase: J. Talmon, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, Aguilar, México, 1956.

de la actividad punitiva del Estado, pretendiendo reemplazar el monopolio del juzgamiento y condena que corresponden al Poder Judicial.

Se ha pretendido en la doctrina comparada y en alguna línea jurisprudencial de la CIDH, a nuestro entender en un exceso de decantación sofisticada, diferenciar entre el terrorismo desde el Estado, cuando los delitos que lo constituyen son ejecutados por agentes del Estado, o financiados por el Estado, tolerados o encubiertos por el Estado, utilizando equipos, bienes e infraestructura o apoyo logístico del Estado; del terrorismo de Estado propiamente dicho¹⁴.

Lo cierto es que el Estado no tiene forma de obrar, inclusive en la comisión y práctica de los delitos que constituyen el terrorismo, si no es a través de sus agentes, directos o indirectos. La doctrina en tal sentido, adelanta una definición de terrorismo de Estado que coincide en su grueso con los elementos estructurales que la jurisprudencia le atribuye. Así, Garzón Valdés (1989):

“El terrorismo de Estado es un sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder...”¹⁵.

Así, los actos que traducen terrorismo de Estado en tiempos de paz, son actos que constituyen crímenes internacionales, por su incidencia y el daño grave que producen a los derechos humanos. Incluso, se ha apreciado que esta forma de terrorismo es aún más grave que los delitos que pudieran cometer quienes luchan en su contra, en virtud que los agentes de Estado no tienen cortapisa ni contrapeso alguno, pues todo el aparato estatal está a su favor. Se trata de casos en donde el Estado de Derecho es solo ya una apariencia retórica o nominal, por lo que las víctimas difícilmente pueden esperar protección o reparación de sus instituciones.

Frente a este escenario, solo puede hablarse de tales actos terroristas estatales como de crímenes internacionales, los que tienen jurisdicción universal, en virtud de que violentan el orden público común internacional, en palabras de Nikken¹⁶. Cuando el poder público está destinado a subyugar a la población, violentando el Estado im-

¹⁴ Es la posición y la exposición expresadas en el voto razonado del juez García en el caso Goiburú: “22. Es evidente que las violaciones, aisladas o masivas, son cometidas por agentes del Estado o por otros individuos cuya conducta compromete la responsabilidad internacional de aquél, parte material y procesal en los enjuiciamientos internacionales sobre derechos humanos, que puede recibir, bajo ese título y conforme a la responsabilidad que se acredite, la declaración y la condena que formula el Tribunal. Las violaciones a derechos humanos, particularmente las que afectan de manera más intensa bienes jurídicos fundamentales –vida, integridad, libertad–, se hallan recogidas como crímenes o delitos en la normativa nacional e internacional, y generan, además de aquella responsabilidad del Estado, una responsabilidad penal específica de los individuos. 23. Por eso prefiero hablar de ‘crímenes desde el Estado’ o ‘terrorismo desde el Estado’, es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir. En forma semejante se puede examinar la expresión ‘política de Estado’, que supone un consenso, una participación social y política, una admisión generalizada, o acaso unánime, generada a través de fines, metas y acuerdos democráticos, que no poseen y que jamás han tenido las conjuras criminales, los pactos de camarilla disfrazados con razones de Estado, consideraciones de bien común, motivos de unidad y paz pública que solo tendrían sentido moral en una sociedad democrática”.

¹⁵ Ernesto Garzón Valdés, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 65, julio-septiembre, 1989, Madrid, p. 38.

¹⁶ Pedro Nikken, “El Derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 72, 1989.

punemente, sistemática y abiertamente los derechos fundamentales de su población, asumiendo un papel activo en la comisión de los delitos o tolerándolos en manifiesta complicidad o, incluso, porque el sistema penal nacional ha desaparecido, entendiendo por desaparición su sumisión al Poder Ejecutivo o a la jerarquía cívico-militar que usualmente se alía para construir este Poder Dictatorial o Totalitario, aun cuando retóricamente siga e incluso acreciente las menciones públicas a su condición democrática, los delitos que surgen en este contexto adquieren una relevancia internacional; en orden a lo cual, y para el tema que nos ocupa, atendiendo a lo dispuesto en el art. 7 del Estatuto de Roma, conforme al cual constituyen crímenes de lesa humanidad aquellos listados por la norma que se cometan "...como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...".

II. EL TERRORISMO DE ESTADO SE MANIFIESTA EN LA EJECUCIÓN SISTEMÁTICA DE CRÍMENES INTERNACIONALES

1. Somera caracterización de los crímenes de lesa humanidad.

El Estatuto de Roma¹⁷ recoge la experiencia en la elaboración jurídica de la noción de Crímenes de Lesa Humanidad configurado a partir de la actividad del Tribunal Temporal de Nuremberg, especialmente la Carta del Tribunal de Nuremberg de 1945 –*Charte of the International Military Tribunal*– y el Estatuto del Tribunal, el cual acogiendo y aplicando los preceptos del Acuerdo de Londres –*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 1945–, suscrito por el conjunto de las potencias vencedoras, serían luego reconocidos en 1946 por la Asamblea General de las Naciones Unidas como formando parte del acervo del derecho internacional, y luego como los crímenes de mayor gravedad, conjuntamente con los Crímenes de Guerra, según el Preámbulo de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 –Resolución 2391, XXIII del 26 de noviembre de 1968–; y servirían luego de fundamento para los Estatutos dictados para regular la actividad especial de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia en 1993 –en lo adelante TPIEY– y Ruanda en 1994 –en lo adelante TPIR.

A los efectos de este breve estudio, interesa destacar que mientras los Crímenes de Guerra generan punibilidad por víctimas extranjeras, la noción acogida por el Estatuto de Roma comprende la punibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad como delitos contra los propios nacionales, bajo el presupuesto fundamental con el que se modela esta categoría o tipología delictual, de que cuando los ataques contra individuos se transforman en un ataque sistemático contra una población civil, pasan a tener dimensión internacional y por tanto cobertura jurídica por parte del Derecho Internacional.

De cara al futuro, en la sentencia pronunciada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946, el Tribunal, respecto a los delitos de lesa humanidad, consideró el asesinato, tortura y la prisión de opositores políticos del Tercer Reich y la persecución sistemática de los judíos como inobjetable crímenes de lesa humanidad¹⁸. Sin embargo, acogiendo y aplicando lite-

¹⁷ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado el 17 de julio de 1998, y ratificado por Venezuela el 7 de junio de 2000, entrando en vigencia en Venezuela como ley aplicable, mediante su publicación en la Gaceta Oficial N° 5.507 Extraordinario, 13 de diciembre de 2000.

¹⁸ De manera relevante para casos futuros, además de los individualmente condenados en el juicio, cuatro grupos u organizaciones fueron expresamente declarada organizaciones criminales, siendo ellas

ralmente el texto del artículo 6c del Estatuto, requirió un vínculo de causalidad entre tales crímenes de lesa humanidad y un crimen de guerra o la guerra de agresión, por lo que muchos de estos eventos criminales no pudieron ser condenados¹⁹.

Así, el derecho penal internacional aplicado en Nuremberg y los preceptos tipificantes establecidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional instituido por el Acuerdo de Londres tuvieron extensión y aplicación en el proceso por crímenes de guerra cumplido en Tokio entre 1946 y 1948 al instituirse el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, manteniéndose vigentes las tres categorías de crímenes, contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. De igual forma y bajo los mismos preceptos fueron constituidos los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia –Resolución 827 del 25 de mayo de 1993– y para Ruanda. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia se encuentra claramente inspirado por los preceptos y regla del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y contempla igualmente los tipos correspondientes a los crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, excluyendo los crímenes contra la paz²⁰.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional categoriza los denominados “crímenes fundamentales” o “*core crimes*” siguiendo el patrón de tipificación nacido del Derecho de Nuremberg y probado en los Tribunales Penales Internacionales ad hoc mencionados, tipificación que entonces comprende los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión, considerados por el Preámbulo y por el artículo 5 del Estatuto como los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

2. La delimitación jurisprudencial de la noción del terrorismo de estado a través de la precisión de los elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad

La noción de terrorismo de estado no es un concepto jurídico y, como lo expresamos, no se encuentra tipificada en ninguno de los instrumentos jurídicos internacionales que conforman el Marco Universal de la lucha contra el terrorismo. De otra parte, su referencia pragmática se encuentra constituida por una diversidad de hechos criminales de la más variada índole y naturaleza.

Ante la falta de una definición y de un consenso internacional homogéneo sobre el contenido, alcance y significación de la noción de terrorismo de Estado, no obstante los numerosos instrumentos internacionales que tratan los actos terrorista, pero no se refieren ni definen al terrorismo, y mucho menos proporcionan una definición del

el cuerpo o conjunto de líderes políticos y del personal del Partido Nacional socialista, la Gestapo, el Servicio de Seguridad y la Seguridad Estatal.

¹⁹ Posteriormente, la Ley N. 10 sobre el Castigo de personas que sean culpables de haber cometido Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz o Crímenes contra la humanidad, de 20 de diciembre de 1945, dictada por el Consejo de Control Aliado, respecto a los crímenes de lesa humanidad, eliminó la exigencia de que para la consideración y juzgamiento de tales crímenes debía encontrarse una conexión causal con crímenes de guerra o con crímenes contra la paz, modificación del tipo que se mantiene en la doctrina del derecho penal internacional hasta hoy. La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 95 de 11 de diciembre de 1946, avaló y acogió los tipos y principios de derecho penal internacional elaborados, recogidos y codificados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, aprobando en su Quinto Período de Sesiones entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950 los *Principles of International Law Recognized in the Charter of Nuremberg Tribunal and the Judgement of the Tribunal*.

²⁰ Véase: Gerhard Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

terrorismo del Estado, la delimitación de la noción ha sido obra de la jurisprudencia y la doctrina.

La doctrina nos dice que la noción de terrorismo de estado se yergue sobre la dialéctica de enemigo-estado y se traduce básicamente, en palabras de Torres Vásquez, en "...medidas gubernamentales en las que reiterada y sistemáticamente se efectúan disposiciones represivas, criminales, en general medidas de tipo autoritario que son dirigidas contra los conciudadanos que son considerados enemigos del Estado..."²¹. Así las cosas, la indefinición deliberada, a nuestro juicio, que se mantiene en el ámbito internacional en la comunidad de países, tiene su causa en diversas consideraciones políticas que atienden al hecho de que efectivamente el terrorismo de estado puede ser un sistema muy efectivo, tanto de control social, como de control delincencial e inclusive de control político, como sucede en este último caso en Venezuela²².

Como lo expresa García Aran "...el fin *último* del terrorismo de Estado, no es precisamente, la obstaculización, destrucción, etc., del Estado sino la perpetuación de los privilegios de quienes gobiernan ese Estado..."²³.

Menester es destacar, que no obstante la falta de un concepto normativo universal de terrorismo de estado en el derecho interno y en el derecho internacional, si existen definiciones aisladas de algunos crímenes y delitos que constituyen practicas terroristas estatales, como es el caso de la definición de la tortura contemplada en La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En efecto, hasta la fecha no existe un tratado general de las Naciones Unidas sobre el terrorismo ni una definición internacionalmente vinculante del término "*terrorismo*" y mucho menos del "terrorismo de estado", por lo cual el propio Organismo prefiere utilizar la expresión "marco/régimen jurídico universal contra el terrorismo", como fórmula general para referirse a un conjunto de instrumentos y resoluciones adoptados a nivel mundial, fundamentalmente desde 1963, y que contienen una serie de normas jurídicas que los Estados han de utilizar con el fin de prevenir y combatir el terrorismo²⁴.

²¹ Henry Torres Vásquez, "El concepto de terrorismo de estado: una propuesta de *lege ferenda*", en: *Revista Diálogo de Saberes*, julio-diciembre 2010, p. 129-147 Universidad Libre, Bogotá, p. 131.

²² Algunos autores llegan a negar insólitamente la existencia del terrorismo de estado apelando a una ontologización absoluta de la noción de estado y llegando a afirmar en consecuencia, como lo hace Lamarca Pérez que "tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado".

²³ Mercedes García Aran y Lopez Garrido, *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 134.

²⁴ Las fuentes de los requisitos y recomendaciones vinculantes que constituyen el marco jurídico universal contra el terrorismo se categorizan en tres grupos, pero en ninguno se define o se establecen los elementos descriptivos o conceptualizantes del terrorismo de estado:

- Resoluciones de la Asamblea General: la Asamblea ha aprobado una serie de resoluciones relativas al terrorismo. Si bien no son jurídicamente vinculantes, esas resoluciones, junto con las resoluciones no vinculantes del Consejo de Seguridad, constituyen recomendaciones con fuerza de autoridad, y los términos empleados en su redacción con frecuencia han sido fuente de inspiración para la elaboración posterior de instrumentos vinculantes.

- Resoluciones del Consejo de Seguridad: Esas resoluciones abordan el terrorismo en sus diversas formas y manifestaciones. Generalmente se aprueban en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que trata del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Contienen disposiciones vinculantes dirigidas a los Estados Miembros e imponen a estos una serie de obligaciones. Particular importancia tiene La Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo,

En ese orden de ideas, también juega un rol epistemológico fundamental, distinguir entre el terrorismo en tiempos de guerra, y el terrorismo en tiempos de paz, siendo este último el que nos interesa.

Asumiendo el intento de delimitar una noción de terrorismo de estado en tiempos de paz, estimamos que la noción del terrorismo de estado, es decir de los hechos delictuales por medio de los cuales se ejecuta, es reconducible y subsumible perfectamente en la categoría de los crímenes de lesa humanidad; y que sus elementos estructurales se identifican con aquellos elementos tipificados por el Estatuto de Roma como constitutivos de los tipos delictuales de tales crímenes.

De manera que, en concreto, el artículo 7 del Estatuto, al tipificar los crímenes de lesa humanidad y enunciar sus elementos, describe por subsunción los presupuestos constitutivos del terrorismo de estado, su epistemología fáctica, como lo son fundamentalmente el ataque generalizado, sistemático y planificado, desde o por el Estado, contra una población civil, mediante los actos que dicha norma califica como crímenes de lesa humanidad, sin querer significar que el terrorismo de estado quede reducido a esos delitos.

El núcleo duro o irreductible de los crímenes de lesa humanidad contemplados en el derecho penal internacional hoy, tal y como se consagran en el Estatuto de Roma y que los enlaza con los bienes jurídicos tutelados por la comunidad internacional y por el derecho penal internacional de origen consuetudinario, se encuentra constituido

aprobada por la Asamblea General en el mes de septiembre de 2006, y en su resolución 60/288, la cual consta de cuatro pilares de acción: a) medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo; b) medidas para prevenir y combatir el terrorismo; c) medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de las Naciones Unidas a ese respecto; y d) medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo.

- Instrumentos universales contra el terrorismo: Constituyen 19 convenios y protocolos multilaterales relativos al terrorismo, que exigen a los Estados partes dar respuesta a determinadas manifestaciones de terrorismo (incluso mediante la obligación de tipificar ciertos tipos de conducta) y que sirven de base para la cooperación internacional, instrumentos abiertos a la firma, ratificación o adhesión de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o los organismos especializados afiliados, como la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA). En la práctica, sin embargo, la mayoría de esos tratados han logrado una adhesión casi universal.

Las principales resoluciones relativas al terrorismo aprobadas hasta la fecha por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII (Artículos 39 a 51) de la Carta son las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001), 1540 (2004), 2170 (2014), 2178 (2014), 2199 (2015) y 2253 (2015). En particular, La resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad complementa a la resolución 1373 (2001) sobre la cuestión de la incitación a cometer actos de terrorismo, con lo que refuerza y complementa la disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que condena toda incitación a la violencia (véase infra). En su resolución 1624 (2005), el Consejo de Seguridad: Insta a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas en cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional para: a) Prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo; b) Impedir dicha conducta; c) Denegar protección a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta. Las disposiciones mencionadas son más específicas que las disposiciones más limitadas que figuran en la resolución 1373 (2001), en la que el Consejo de Seguridad: Declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Plan de estudios para la capacitación jurídica contra el terrorismo: el marco jurídico universal contra el terrorismo*, Viena 2018.

por el ejercicio o la práctica de violencia sistemática o masiva, característica esencial igualmente del terrorismo de estado. En palabras nuevamente de García Aran, el crimen contra la humanidad de la cual hace parte el terrorismo político convencional, es una "...definición abierta, construida sobre unos hechos contra los derechos humanos (...), que pasan a integrarse en el concepto de crimen contra la humanidad cuando se les añade una nota específica: la persecución de la disidencia política o ideológica..."²⁵. Esa violencia no se reduce o circunscribe a los casos de homicidio masivo, que corresponden al tipo del genocidio, ni se limitan a grupos determinados de personas, sino que comprende a la población civil, incluyendo a grupos políticos. Así, el artículo 7, párrafo primero, define como crimen de lesa humanidad aquellos constituidos por,

...cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...

A. La "población civil" como víctima

El primer elemento estructural del tipo es que los crímenes de lesa humanidad van dirigidos contra una "población civil", precisando la jurisprudencia los siguientes aspectos definitorios fundamentales a tal noción normativa:

- a. La expresión "población civil", significa en la hermenéutica del Estatuto, no el carácter total del grupo representado o víctima del ataque en un determinado Estado, sino la condición colectiva del hecho, es decir, en correcta interpretación de la expresión normativa, lo que exige la norma no es que toda la población o una significativa mayoría se vea afectada por el hecho, pero si el carácter colectivo, descartándose por supuesto los hechos de violencia individual; criterio interpretativo que fue asentado por las sentencias de 7 de mayo de 1997, caso *Tadic*; caso *Jelsic* de 14 de diciembre de 1999; caso *Kupreskic* de 14 de enero de 2000; caso *Blaskic* de 3 de marzo de 2002, y caso *Kunarac et al.* de 12 de junio de 2002, pronunciadas por el TPIEY. El mismo criterio delimitador se sostuvo en las sentencias dictadas en los casos *Akayesu* de 2 de septiembre de 1998 y 2 de noviembre de 1998, y en el caso *Kayishema y Ruzindana* de 21 de mayo de 1999, dictada por el TPIR.
- b. La expresión "población civil" comprende al conjunto de personas que no integran ni forman parte del poder organizado del que proviene el ejercicio de la violencia estatal, militar, policial o de otro tipo, criterio adoptado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la sentencia de 3 de marzo de 2000, pronunciada en el caso *Blaskic* y, particularmente en la sentencia del 7 de mayo de 1997 en el caso *Tadic*. Quedan excluidos por tanto de la noción de población civil los titulares o detentadores del poder estatal o de las agencias del Estado, o de organizaciones no estatales que ejerzan atribuidas o tácticamente arrogadas, competencias de poder, cuando tal poder se ejerza sobre la población civil, como claramente lo perfiló la sentencia del 21 de mayo de 1999 dictada por el TPIR.

B. El carácter sistemático o generalizado del ataque

Los presupuestos "generalizado" y "sistemático" que califican el ataque, según la propia redacción del párrafo primero del artículo 7, son de ocurrencia alternativa o disyuntiva. En todo caso, la referencia a la condición de que sea "generalizado" representa una condición cuantitativa del mismo, es decir, su incidencia sobre nume-

²⁵ Mercedes García Aran et al, ob. cit., p. 136.

rosas víctimas civiles, más que una referencia a la extensión territorial sobre la cual se materialice; mientras que la condición de “sistemático” alude al elemento cualitativo de la voluntad ejecutora, es decir, que los actos o las acciones criminales deriven o tengan su causa en una preconcepción, plan previo o política, según lo declara la sentencia pronunciada en el caso *Akayesu* el 2 de noviembre de 1998 por el TPIR.

Así las cosas, la línea jurisprudencial de los Organismos Jurisdiccionales Penales Internacionales, asignando contenido a la noción, ha establecido que el término “sistemático” se refiere al carácter organizado de los actos y a la recurrencia de conductas delictivas similares de manera regular, con un *modus operandi* que sigue un patrón regular de delitos²⁶.

Respecto a la exigencia del tipo recogido por el párrafo 2, literal a, del artículo 7 del Estatuto de Roma, de que el ataque contra una población constituya una línea de conducta ejecutada “...de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política...”, la jurisprudencia penal internacional ha establecido que la referencia normativa a la “política” se contrapone en un sentido amplio a los actos de violencia espontáneos y aislados, correspondiendo más bien su significación a un hecho o conjunto de ellos predeterminados, planeados u organizados por un gobierno, una organización o un grupo.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una clara línea jurisprudencial y consultiva sobre la concepción de la democracia como derecho fundamental y como sistema de principios y valores taxativamente irreducibles, y en orden a ello ha precisado sin titubeos que el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos es “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público”.

De manera que es imputable al Estado toda violación de los deberes reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, cometida dicha violación por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial e, incluso, por hechos ilícitos que inicialmente no resulten imputables a un Estado, por ser obra de un particular o grupo de ellos, pero que comprometen la responsabilidad internacional del Estado, no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos en la Convención, como tajantemente lo asienta la Corte en los fallos dictados en el caso *Velásquez Rodríguez* de 29 de julio de 1988, serie C, y en el caso *Godínez Cruz* decidido el 20 de enero de 1989.

Esta imputabilidad del Estado por la acción directa o por intermedio de sus agentes, e incluso por terceros, es también analizada por la Corte dentro del catálogo de conductas deliberadamente deficientes en la comisión o tolerancia de transgresiones que evidencian su organización preconcebida y su ejecución sistemática, teniendo cabida dentro de la noción de terrorismo de estado que ha asumido el Alto Órgano Jurisdiccional.

²⁶ Véase la Sentencia de la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional sobre Katanga, de 7 de marzo de 2014, párr. 1123; e igualmente puede consultarse, Fiscal c. Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía en virtud del párrafo 7 del artículo 58 del Estatuto, 27 de abril de 2007. Véase también el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: caso Kordić y Čerkez Sentencia de apelación, párr. 94, caso Blaškić Sentencia en apelación, párr. 101; caso Kunarac y otros, Sentencia en apelación, párr. 94; Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sentencia en el juicio de Akayesu, párr. 397. ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Caso N° ICTR99-52-A, Sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, párr. 920

III. EL TERRORISMO DE ESTADO EN VENEZUELA. SU CARÁCTER COTIDIANO COMO POLÍTICA DEL RÉGIMEN GUBERNAMENTAL

El Régimen Gubernamental venezolano, integrado por la Alta Dirigencia del Chavismo-Madurismo y por la Cúpula y las líneas de mando de las Fuerzas Armadas, han asumido una política criminal de persecución contra la sociedad civil venezolana, de manera sistemática, planificada, legitimada por un conjunto de leyes violatorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁷, constituidas por “*leyes de persecución*”, practicando y ejecutando ya de manera rutinaria crímenes de lesa humanidad, o incitando y permitiendo que organizaciones paraestatales los cometan, no obstante haber suscrito Venezuela la gran mayoría de los tratados e instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos²⁸, salvo la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (ICED) y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (OPCAT).

Paradójicamente se ha ido dictando y aplicando una legislación “anti-terrorista” fundamentalmente contra la sociedad civil y específicamente contra personas y grupos opositores al Régimen. Así se dictó la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo²⁹, la cual define al acto terrorista, como

aquel acto intencionado que por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el ordenamiento

²⁷ Pedro Nikken precisa que “la adaptación del derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no se agota en la obligación (positiva) de dictar nuevas normas para poner en vigencia, dentro de la jurisdicción nacional, los derechos internacionalmente reconocidos, ni en la obligación (también positiva) de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos. También comporta la obligación (negativa) o prohibición de dictar leyes contrarias al DIDH”. Véase: Pedro Nikken, ob. cit., p. 29.

²⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 10 de octubre de 1967; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10 de mayo de 1978; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de mayo de 1978; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2 de mayo de 1983; Convención sobre los Derechos del Niño, 13 de septiembre de 1990; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 29 de julio de 1991; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 25 de octubre de 2016; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 24 de septiembre de 2013. Venezuela también es parte de: Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el que se establece un mecanismo de denuncias individuales, 10 de mayo de 1978; Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, 22 de febrero de 1993; Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer relativo a los procedimientos de denuncias individuales y de investigación, 13 de mayo de 2002; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativo a los procedimientos de denuncias individuales y de investigación, 10 de octubre de 2018; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 8 de mayo de 2002; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 23 de septiembre de 2003; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 24 de septiembre de 2013. Venezuela adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica (B-32)” el 23 de junio de 1977. Venezuela también es parte de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (A-51), 25 de junio de 1991; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Abolir la Pena de Muerte (A-53), 6 de abril de 1994; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (A-61), 16 de enero de 1995; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (A-60), 6 de julio de 1998.

²⁹ Gaceta Oficial N° 39.912, 30 de abril de 2012.

jurídico venezolano, cometido con el fin de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Como parte de la estructura institucional de la lucha anti-terrorista se creó la Oficina Nacional Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la cual es "...el *órgano* rector encargado de diseñar, planificar, estructurar, formular y ejecutar las políticas públicas y estrategias del Estado contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, así como de la organización, control y supervisión en el *ámbito* nacional de todo lo relacionado con la prevención y represión de dichos delitos, y también la cooperación internacional en esta materia".

De la misma manera, el Tribunal Supremo de Justicia creó los tribunales con competencia exclusiva para conocer y decidir casos cuyas imputaciones, por ilícitos penales, se encuentren vinculadas al terrorismo³⁰, dictando la Resolución No. 2012-0026. Hasta ahora esos Tribunales han sido un instrumento para juzgar a personas de la oposición y los partidos políticos y otras personas de la sociedad civil.

El caso emblemático más reciente es el del periodista y dirigente del partido Voluntad Popular (VP), Roland Carreño, el cual fue detenido arbitrariamente el 26 de octubre del presente año; sin que se supiera dónde estaba por 24 horas –desaparición forzada– y una vez transcurrido dicho lapso el Régimen anunció que estaba detenido por actividades terroristas³¹ y posteriormente fue imputado por los delitos de conspiración, tráfico ilícito de armas de guerra y municiones, y financiamiento al terrorismo.

Pareciera estarse aplicando la doctrina del Derecho Penal del enemigo, tal y como fuera postulada por Jakobs, la cual es un concepto doctrinal y político-criminal que hace alusión a un subsistema penal cuyo postulado principal es la necesidad de "inocuar" o neutralizar a determinados sujetos considerados delincuentes por razón de su peligrosidad. Para ello se dicta e implementa una regulación normativa y jurisdiccional que además de quebrantar los principios del Estado de Derecho, estigmatiza y demoniza a los considerados enemigos –no personas–, considerándolos una fuente de peligros que hay que contener.³²

En tal sentido, la aplicación práctica del Derecho Penal del Enemigo presenta características que responden identitativamente con el patrón criminal que se ha desarrollado por el Régimen en la práctica de las detenciones arbitrarias, de las desapariciones forzadas y juzgamientos por la jurisdicción especial contra el terrorismo, y las cuales la doctrina esquematiza siguiendo los postulados de Jakobs destacando como algunas de las características esenciales, la pertenencia del autor a una organización se tiene en cuenta para agravar las penas; y la supresión o restricción de garantías y derechos procesales, inclusive de rango constitucional, de los imputados; por ejem-

³⁰ Gaceta Oficial N° 40.092, 17 de enero de 2013.

³¹ Véase el minucioso Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela - A/HRC/45/33 de fecha 16 de septiembre de 2020, el cual da cuenta de los patrones seguidos por los agentes policiales de inteligencia del Estado Venezolano en la comisión de los diversos crímenes de lesa humanidad que probadamente documenta y de la ineludible línea de mando en la decisión, planificación, implementación y ejecución, que según las pruebas recabadas comprometen al Presidente de la República, A los Ministros de Defensa e Interiores hasta llegar a los Directores y agentes de los cuerpos policiales y de inteligencia.

³² Javier López Capdevila, *Derecho penal del enemigo la sombra del autoritarismo en la política criminal contemporánea*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 4.

plo, eliminación de la presunción de inocencia, posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones. Se perciben a las garantías y derechos procesales como obstáculos que impiden la debida protección frente a los enemigos. Aunque Jakobs no lo admita explícitamente, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal de hecho, sino un Derecho penal de autor, en orden a que no tiene tanto en cuenta los hechos acaecidos, como las características del autor, del enemigo³³.

Los Estados son los titulares originarios y primarios de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sean estas asumidas mediante la ratificación de tratados de derechos humanos, o adquiridas en virtud del derecho internacional consuetudinario aplicable. Como titulares activos de estas obligaciones, su responsabilidad por la comisión de delitos contra los derechos humanos, según lo han establecido los diversos instrumentos y la jurisprudencia del derecho penal internacional, pueden ser considerados responsables de las violaciones de los derechos humanos cometidas por los órganos entre los cuales se distribuyen sus prerrogativas de poder público, o por el hecho delictual de sus agentes funcionariales, policiales, militares; e igualmente puede ser considerado responsable del comportamiento ilícito de personas o grupos no estatales cuando éstos actúan en dependencia del Estado y bajo su dirección o control efectivo o que cuenten con su aquiescencia, financiamiento, directrices.

1. La “desciudadanización” y la conversión en “enemigo”: la no-persona

El Régimen de Gobierno ha asumido abiertamente el lenguaje y las estrategias sistemáticas del terrorismo de estado contra la población civil en general y contra grupos en particular³⁴.

De manera similar al lenguaje del Terror Rojo –robosperriano y bolchevique– el término “enemigo” es la palabra clave y medular del terrorismo sistemático utilizado por el Régimen, su eje causal, y sirve para designar a aquellos grupos o ciudadanos disidentes, pertenecientes a la oposición política o adversos de cualquier forma al Régimen, a los cuales este considera y declara excluidos y despojados de tal condición ciudadana y, por tanto, de los derechos y garantías fundamentales, pudiendo ser “neutralizados” por agentes del Estado o por organizaciones paraestatales vinculadas al Régimen.

En esta conversión de ciudadanos o de grupos de ciudadanos en enemigos, entra la aplicación de la teoría general del Derecho Penal del enemigo, dado que

nada como señalar a determinados colectivos como enemigos del sistema, en aras al mantenimiento de la cohesión social que se ha perdido. A estos enemigos no se les trata de resocializar, puesto que lo que prima en estos momentos es el pragmatismo, el actuarialismo; se ha perdido la fe en la resocialización que, bajo la *égida* del Estado Social, guiaba la Política

³³ *Ibid.*, p. 7.

³⁴ Para el conocimiento en detalle de la actividad terrorista del Estado venezolano mediante la planificación y ejecución sistemática de una política comprensiva de crímenes de lesa humanidad, en particular la tortura, la persecución de grupos de la sociedad civil, la desaparición forzada, los tratos crueles, infamante o humillantes y el asesinato, véase el Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela - A/HRC/45/33 de fecha 16 de septiembre de 2020, elaborado luego de que el 27 de septiembre de 2019, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció una Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela mediante la resolución 42/25 por un período de un año, para evaluar presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas desde 2014.

Criminal. Ahora toma protagonismo la inocuización, que se considera más segura y eficaz contra determinados delincuentes³⁵.

Ejemplo de la asunción de la locución como factor legitimante y “sistematizante” de la violencia de estado contra la población civil, es el Plan Zamora elaborado por el CEOFANB y firmado por el Ministro de Defensa Vladimir Padrino López. La versión del 2014 establece que el objetivo del plan es garantizar el orden interno del país, por intermedio de las fuerzas militares, incluyendo la Milicia Bolivariana y a las fuerzas policiales y de inteligencia. El plan precisa como peligros para el “orden interno”, en el ámbito político, la “deslealtad a las ideas y a los intereses del país” y “acciones desestabilizadoras de los partidos de oposición”. El Plan clasifica siete tipos de “enemigos” del Estado, dentro de los cuales y bajo la dispersión lógica de grupos evidentemente dedicados a actividades criminales, se solapa la mención de la disidencia política y de oposición³⁶ –numeral 4–, así como a los agentes econó-

³⁵ Javier López Capdevila, ob. cit., p. 7.

La pregunta nuclear que explica el Derecho Penal del Enemigo, por contraposición al Derecho Penal del Ciudadano la plantea y la responde López Capdevila en interpretación de la cosmogonía Jakobiana: “¿a quién se dirige el Derecho penal del enemigo? En otras palabras, ¿quién es el enemigo? Para Jakobs, la sociedad se basa en expectativas, sin expectativas no es posible vivir en sociedad. En concreto, describe dos tipos: las normativas y las cognitivas. Las expectativas normativas nos permiten confiar en que la norma jurídica se debe cumplir y que, por tanto, el Derecho sigue vigente aun cuando alguien actúe contra éste. Si alguien conculca un derecho que nos otorga una norma, podemos presuponer que el infractor será perseguido. Lo que significa que con una defraudación de la norma no desaparece la expectativa normativa, sino que ésta se mantiene contrafacticamente. En cambio, las expectativas cognitivas nos dan la seguridad de que la norma efectivamente se va a cumplir. De nada sirven las expectativas normativas sino cuentan con una base cognitiva que nos permita esperar que nadie va a vulnerar nuestros derechos. En base a esto, nos encontramos dos tipos de individuos. Por un lado, tenemos las –personas, que son aquellos sujetos titulares de derechos y obligaciones que nos dan un mínimo de seguridad cognitiva. Esto es, aunque puedan cometer algún delito aislado, podemos esperar que su comportamiento va a ser conforme a Derecho en el futuro... (omissis)... Y por otro lado tenemos las ‘no-personas’ (*Unpersonen*), los ‘enemigos’. Son individuos que no prestan seguridad cognitiva. A estos sujetos se les arrebató la condición de personas porque no existe ninguna garantía de que vayan a cumplir con la norma, de modo que al ser calificados como no-personas, desaparece la necesidad de concederles derechos, permitiendo entonces –siempre según Jakobs combatir el peligro que suponen más eficazmente. La pena contra el enemigo pierde en buena medida su papel comunicador y pasa a consistir sobretodo en una mera coacción física inocuizadora, para proteger a las personas de los enemigos”. Véase: Javier López Capdevila, ob. cit., pp. 10 y 11.

La oposición a esta formulación del derecho penal la enarbola Zaffaroni, al sostener que “la propuesta de Jakobs resulta inadmisibles porque: (a) históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza. (b) No es posible distinguir nítidamente entre la pena que contiene y la que se pretende que cumple cualquier otra función. (c) Que cunda en la actualidad una legislación penal autoritaria no significa que deba legitimársela y aceptársela sin resistencia jurídica. (d) El DPE tiene una marcada raigambre antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt. (e) En lo penal también evoca la legislación nazista sobre ‘extraños a la comunidad’, proyectada por Edmundo Mezger que pretendía internar a todos los disidentes en campos de concentración. En síntesis, Jakobs trata de construir un derecho penal especial (del enemigo) compatible con un estado de derecho, pero no lo logra, pues toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria”. Véase: Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª edición, Bogotá, Temis, 1993.

³⁶ Comando Estratégico Operacional, Fuerzas Armadas Nacionales Bolivarianas, CEOFANB, “Plan Estratégico Operacional Zamora”, Caracas, 9 de abril de 2014. Las siete categorías son: 1) organizaciones o grupos violentos al margen de la ley; 2) personas o grupos de la delincuencia organizada; 3) organizaciones delictivas que atentan contra la vida y la propiedad pública y privada; 4) organizaciones y gobiernos extranjeros, contrarios al sistema de gobierno legalmente constituido, que asumen acciones desestabilizadoras en el territorio nacional, en apoyo de grupos violentos; 5) organizaciones

micos –numeral 6–. El Plan Zamora contempla, y así se cumplió desde su activación en abril de 2017, con el apoyo de ciudadanos en las operaciones de confrontación con los manifestantes y la disidencia política, lo cual fue autorizado por los decretos presidenciales que declaraban los estados de excepción y emergencia económica, que permitían a los grupos ciudadanos civiles cooperar en las operaciones de orden público, enfrentando así venezolanos contra venezolanos.

Otro ejemplo del uso de la locución “*enemigo*” que se viene aplicando masivamente a miembros de la sociedad civil disidentes, opositores, manifestantes, es la conceptualización que se le ha dado a la labor de inteligencia y contrainteligencia militar. La Dirección General de Contrainteligencia Militar (DGCIM) depende del Presidente como Comandante en Jefe de la FANB y administrativamente del Ministerio de Defensa. Su reglamento de 2015, establece la potestad para la DGCIM de “conducir, coordinar y ejecutar actividades tendentes al descubrimiento, prevención y corte de la actividad enemiga”. También tiene la tarea de “prevenir y cortar las actividades de inteligencia, contrainteligencia y subversivas, de los enemigos que actúan contra” la FANB y proteger al Presidente.

Por su parte, el SEBIN tiene a su cargo, entre otras funciones, contribuir con el Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia en la “*detección y neutralización*” de las amenazas externa e internas que atenten contra la seguridad de la Nación³⁷.

En idéntico sentido, en septiembre de 2018, el Gobierno creó las RAAS –Redes de Articulación y Acción Sociopolítica. A la RAAS se le encargó, entre otras cosas, la identificación del “enemigo” dentro de la comunidad mediante el mapeo de las preferencias sociopolíticas de sus habitantes, movilizándolo las Unidades de Batalla Hugo Chávez (UBCh), ramas civiles locales del partido oficial. La estrategia de comunicación enunciada incluye “identificar claramente al enemigo histórico; fortalecer la unidad para enfrentar al enemigo; maximizar la voluntad de luchar contra el enemigo; y organizar y adquirir el conocimiento necesario para derrotar al enemigo”³⁸.

2. El terrorismo del Estado Venezolano. Los crímenes de lesa humanidad que lo configuran

Identificado el terrorismo de estado con los crímenes de lesa humanidad que forman parte de una política generalizada y sistemática dirigida contra la población civil y proveniente del propio Estado o de sus agentes, en este breve estudio pueden esquematizarse los crímenes sobre los cuales se ha erigido el terror de la Revolución Bolivariana³⁹ y los cuales son, fundamentalmente, el asesinato, el encarcelamiento,

criminales dedicadas al contrabando de extracción o introducción; 6) personas y organizaciones inescrupulosas dedicadas a acciones de guerra económica, como la usura, el acaparamiento, la especulación o el boicot; 7) personas u organizaciones dedicadas a la depredación del medio ambiente con fines comerciales.

³⁷ Artículo 3.2 del Decreto Nro. 7.453, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.436, 1 de junio de 2009, por el cual la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención DISIP pasó a ser el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional SEBIN.

³⁸ Véase el Video YouTube, Aitor Igartua Perosanz, Venezuela (RAAS-Red de Articulación y Acción Sociopolítica), 10 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MFHk5O4GtJw> consultado el 30 de enero de 2021.

³⁹ En sus Conclusiones detalladas, la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, declara en su párrafo conclusivo que tiene motivos razonables para concluir que los actos y conductas descritos en el informe constituyen una violación de las obligaciones internacionales de Venezuela en virtud del derecho internacional de los tratados. “La falta de investigación y de enjuiciamiento de los autores de esas violaciones puede en sí misma

otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos de carácter similar causantes intencionalmente de sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física. De igual forma se encuentra determinado un patrón conductual que configura el crimen de lesa humanidad de persecución⁴⁰, tal y como lo confirma sobradamente el Informe de la Misión para Venezuela designada por la ONU.

En tal sentido, el Régimen de Gobierno viene ejecutando como política de estado un ataque sistemático contra la población y ha organizado para ello toda una estructura cívico-militar para el sojuzgamiento de toda disidencia u oposición legítima por parte de la sociedad civil, utilizando esta estructura para la participación activa mediante una función de dirección de hecho criminales, o para justificar la simple abstención o tolerancia de tales hechos cuando estos son ejecutado por organizaciones para-estatales⁴¹.

dar lugar a una violación separada de las obligaciones internacionales del Estado. Este es el caso de aquellas violaciones bajo el mandato de la Misión que son reconocidas como crímenes por el derecho nacional o internacional. Venezuela tiene la obligación principal de garantizar la rendición de cuentas por esas violaciones y crímenes”.

El Informe determina también una clara línea de mando en orden a la cual las autoridades estatales –tanto a nivel presidencial como ministerial– tenían y ejercían su poder y supervisión sobre las siguientes fuerzas y organismos de seguridad civiles y militares: la PNB (incluidas las PNB/FAES), el CICPC, las fuerzas de policía municipales y estatales, el SEBIN, la FANB y la DGCIM. Los miembros de esas fuerzas y organismos de seguridad fueron los autores de las violaciones y los crímenes documentados en el informe, como lo destaca en su párrafo conclusivo. Es decir, que según lo probó la Misión, “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...”, según consta en el párrafo conclusivo 2100, contribuyendo efectivamente a la comisión de tales crímenes de lesa humanidad, según consta en el párrafo conclusivo 2013, junto a los directores de seguridad e inteligencia de los cuerpos del Estado; y, teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión. Fuente: Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela.

⁴⁰ En tal sentido véase el párrafo conclusivo número 2084 del Informe de la Misión para Venezuela en referencia, en el que se señala que Las violaciones y los crímenes documentados en el informe y que mencionamos en el texto, corresponden a conductas que pueden calificarse jurídicamente, en virtud del artículo 7 del Estatuto de Roma, como crímenes de lesa humanidad. Además, agrega en el párrafo 2085 que Algunas de las mismas conductas también pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de persecución, teniendo por elemento material distintivo la persecución, el hecho de dirigirse un grupo por motivos discriminatorios, entre otras cosas, en “motivos políticos” dado que las víctimas directas de los crímenes examinados por la Comisión fueron objeto de ataques debido a su identidad como presuntos opositores políticos al régimen. El Informe de Amnistía Internacional para el período 2014-2019 llega a las mismas conclusiones.

⁴¹ En tal sentido el Informe de la Misión para Venezuela en referencia concluye: “2101. La información disponible sugiere que las medidas adoptadas por las autoridades estatales para prevenir o sancionar esos crímenes, o para brindar un recurso efectivo a las víctimas, fueron en su mayor parte insuficientes ... (omissis)... En la gran mayoría de los casos, las violaciones y los crímenes documentados en el presente informe fueron recibidos con impunidad e inacción por las autoridades responsables.

2102. Al mismo tiempo, existen múltiples indicios de que, a pesar de tener conocimiento de la ocurrencia de los crímenes documentados en el presente informe, las autoridades mencionadas en los párrafos anteriores no sólo no cambiaron su curso de acción, sino que, de hecho, siguieron adoptando políticas y planes y contribuyeron a su implementación, lo que dio lugar a la comisión de esos crímenes. Las políticas y planes, como mínimo, incluían un elemento de criminalidad en el sentido de que si los acontecimientos seguían el curso normal, la aplicación del plan conduciría a la comisión de esos crímenes”.

De manera que tal política cuidadosamente planificada sigue un patrón perfectamente visible en la ejecución de tales crímenes internacionales⁴².

Se encuentran, pues, plenamente configurados los presupuestos para llevar a los Altos Funcionarios del Régimen ante la Corte Penal Internacional, tanto por los crímenes reseñados en el Informe, como por otros u otras modalidades de los mismos poco desarrollados en dicho texto, como por ejemplo el crimen de persecución tipificado en el artículo 7, párrafo 1, literal h, definido en el párrafo 2, literal g del mismo artículo, que conceptúa como tal “...la privación intencional y grave de derecho fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o colectividad”.

La jurisprudencia ha sido técnicamente muy precisa, asumiendo un criterio amplio e identificando como hechos subsumible en el tipo, aquellos que lesionen gravemente derechos fundamentales, calificados así en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y dentro de los cuales destacan el derecho a la vida, el derecho a la integridad física o psíquica y a no ser víctima o sujeto de tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la seguridad personal y el derecho a la libertad personal, como lo ha puesto de relieve la sentencia dictada en el caso *Blaskic*. También tal violación que lesiona derechos fundamentales no se limita a la lesión física o psíquica, sino que pueden comprender hechos de naturaleza jurídica o económica, como lo asentó expresamente la sentencia del caso *Tadic*.

Particular relevancia para el caso Venezuela tiene la circunstancia que la jurisprudencia penal internacional ha acogido como hecho susceptible de subsumirse en el tipo de la persecución, específicamente a tenor de lo dispuesto por el literal g del párrafo 2 del artículo 7, aquellas medidas legales que priven a todo un grupo de derecho específicos en función o atención a su identidad de grupo; persecución que puede ser ubicable perfectamente en la destrucción deliberada del parque industrial y empresarial del país, comenzando desde arriba por la industria petrolera y llegando a los sectores empresariales privados, mediante mecanismos como la confiscación directa de las empresas, en violación de la prohibición constitucional de ejecutar confiscaciones, tal y como está prevista en el artículo 116 constitucional, o las ocupaciones previas *manu militari* por grupos armados cívico-militares, o las desviaciones de

⁴² En tal sentido el Informe de la Misión para Venezuela concluye en su párrafo 2090 que el ataque fue generalizado y sistemático. La perpetración de 54 actos de ejecuciones extrajudiciales, 112 actos de encarcelamiento ilegal y 95 actos de tortura y otros tratos crueles o inhumanos que la Misión investigó fueron indicativos de patrones de conducta más amplios. Además, la conducta se desarrolló en un lapso de tiempo de más de cinco años y en todo el territorio de Venezuela. Por lo tanto, el ataque fue generalizado. Además, el ataque fue organizado, en contraposición a una repetición “accidental” de una conducta similar. Como se ha señalado, los crímenes siguieron patrones similares; se utilizó el mismo modus operandi para atacar a las víctimas. Por lo tanto, el ataque fue sistemático.

En ese mismo orden de ideas, véase el informe de Amnistía Internacional correspondiente al período 2014 -2019, el cual da cuenta que entre abril y julio de 2017, tuvo lugar un período de conflictividad social, con un saldo de más de 120 personas muertas, la mayoría a manos del Estado y de grupos de civiles armados progobierno (“colectivos”), y al menos 1958 personas heridas como resultado del empleo sistemático y generalizado de fuerza excesiva y a menudo intencionalmente letal contra quienes protestaban. Además, se registraron más de 5000 detenciones de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). Un año después de las protestas, sólo se conocía un proceso judicial abierto en contra de un funcionario de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) por estas muertes. El Informe de Amnistía Internacional para el período 2014-2019 llega a las mismas conclusiones.

procedimientos sometidos a la jurisdicción especial agraria y de tierras, en los cuales se ocupan extensiones privadas de tierras, iniciándose los procedimientos administrativos, pero como medidas iniciales los jueces otorgan el uso de estas tierras a grupos de civiles afectos al Régimen, haciendo prácticamente imposible su recuperación luego por el legítimo propietario.

En sentido similar, el régimen en el poder ha puesto en vigencia una criminalización de la opinión, en reedición de las denominadas y rechazadas “*leyes de desacato*” consideradas por la doctrina de derecho internacional como dirigidas a penalizar las expresiones que se consideran expresivas e injuriosas contra los funcionarios públicos. En particular, las leyes de desacato son incompatibles con la protección a la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y tal como lo ha venido prefigurando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual vale la pena resaltar al menos los preceptos fundamentales delineados en las sentencias correspondientes al caso *Ivcher Bronstein* del 6 de febrero de 2001; caso *Ricardo Canese* de 31 de agosto 2004 y en el caso *Palamara Iribarne vs Chile* del 22 de noviembre de 2005. Esta doctrina jurisprudencial ha sido sintetizada y sistematizada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual aprobó en su sesión 108, la denominada “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”.

Contradictoriamente con toda esta doctrina internacional progresivamente acogida por los ordenamientos internos de los países que participan del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en lo que a Venezuela directamente concierne, el Tribunal Supremo de Justicia, como era de esperar, ha venido prestándole piso y soporte no solo a la aplicación de los preceptos criminalizantes que sostienen a las Leyes de Desacato, sino permitiendo la aplicación de sus tipificaciones. En sentencia de 15 de julio de 2003, expediente 1942, declaró la plena constitucionalidad de estos preceptos restrictivos, advirtiendo en sus razonamientos que ellos eran fundamentales inclusive para la seguridad del Estado, destacando el carácter no vinculante para el Estado de las recomendaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; doctrina nacional que fue luego recogida en la reforma al Código Penal sancionada en marzo de 2005, concretamente en el artículo 148, ampliando sustancialmente el enunciado de los funcionarios protegidos por esta “criminalización inmunizante”.

3. La actividad genocida

Las políticas eliminacionistas también han sido parte fundamental de la actividad del Régimen, ejercidas implementando todo un plan sistemático de desmontaje y destrucción del sistema de producción, distribución y asignación de la producción agroalimentaria, y por tanto de restricción de acceso a los alimentos, provocando muertes y hambruna, como medida de control social y sumisión política. En palabras de Goldhagen, “tanto si los líderes estatales deciden o aliviar las situaciones de hambruna como si las provocan efectivamente mediante sus propias políticas, como sin son asesinos armados quienes impiden a los actores estatales y no estatales suministrar alimentos a las regiones y los pueblos afectados por la hambruna, la causa y el resultado son los mismos: decisiones políticas deliberadas que previsiblemente dan lugar a muertes masivas...” por inanición intencionada⁴³.

⁴³ Daniel Johan Goldhagen, *Peor que la guerra. Genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad*, Editorial Taurus, Madrid, 2010, p. 323.

Comprenden también esas políticas eliminacionistas el abandono deliberado, el desabastecimiento y la aquiescencia ante la ruina y colapso del sistema de infraestructura de salud pública, que ha cobrado miles de vidas por la incapacidad de tal sistema de atender a la población, en orden a lo cual ya fue declarada una crisis humanitaria compleja que comprende los sectores salud y alimentación.

**EL TERRORISMO DE ESTADO COMO VIOLACIÓN
A LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA.
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL INFORME
DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE
DE DETERMINACIÓN DE HECHOS SOBRE
LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020**

Jesús Ollarves Irazábal*

SUMARIO

Introducción. I. La noción de terrorismo de estado. II. El terrorismo de estado en América Latina. 1. Chile. 2. Argentina. 3. Paraguay. 4. Uruguay. 5. Bolivia. 6. Brasil. 7. Guatemala. III. El alcance del mandato de la misión independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. 1. Ejecuciones extrajudiciales. 2. Desapariciones forzadas. 3. Detenciones arbitrarias. 4. Torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. A modo de colofón.

Hacer el inventario de la vida de un ser humano común y corriente es una tarea difícil y hasta interminable, porque cada persona, sin imaginárselo y sin proponérselo, está ligada al pasado, a la historia, a la naturaleza, a los demás seres vivientes y al hervidero sentimental y filosófico de la humanidad. Más titánico puede resultar hacer el inventario de un hombre como Pedro Nikken Bellshaw, cuya inteligencia y sensibilidad, tendieron hilos concatenantes hacia las profundidades del futuro, puentes indestructibles hacia el sueño eterno de la justicia verdadera y del bienestar humano.

* Doctor en Derecho, grado que le confirió con honores la ilustre Universidad Central de Venezuela. También es especialista en Derecho y Política Internacionales y especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración. Ejerce la docencia como profesor de Derecho Penal, Derecho Internacional y Derechos Humanos, en cursos de pregrado, postgrado y doctorado tanto en universidades nacionales como extranjeras. Fue Director del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, miembro de los Comités Académicos y profesor de las Especializaciones en Derecho Internacional Económico y de la Integración, y en Derechos Humanos. Profesor invitado en la Universidad para la Paz (Costa Rica), investigador invitado en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg (Alemania).

Su pasión: los Derechos Humanos. Esa categoría jurídica que representa el gran tema, la tarea superior que avanza en el conocimiento íntimo de las debilidades y las fortalezas humanas, del comportamiento de los poderes y de los entornos del hombre en relación con la existencia; los Derechos Humanos, que lo abarcan todo y cuya materialización, en el acto de ser respetados, constituye una de las actitudes más civilizadas de la historia. Pedro Nikken puso allí su voluntad y su inteligencia, llegando a desempeñarse como magistrado de la Corte de la Interamericana de Derechos Humanos, entre 1979-1989, siendo además su vicepresidente entre 1981-1983, y presidente entre 1983-1985. En 1988 fue vicepresidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En la década de 1990, la ONU lo designó asesor jurídico de la mediación que puso fin a la guerra civil de El Salvador.

En el caso del Profesor Allan Randolph Brewer Carías Vs. Venezuela, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tuve el privilegio de trabajar con él, –y sin que suene petulante– junto a los mejores abogados del mundo, en materia de derechos humanos. Su inteligencia, humildad, humor, y conocimiento sirvió para unificar diversas posiciones doctrinales y liderar con entusiasmo la pertinaz búsqueda de la justicia.

Como profesor universitario tuvo una dilatada carrera, fue decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela entre 1978-1981. Enseñaba con sinceridad y con fe en el poder transformador que da el conocimiento. Lo hacía esgrimiendo la responsabilidad del investigador y la tolerancia del humanista. Esa enseñanza prodigiosa se prolongó en textos que se convirtieron en libros que ayudaron a sus estudiantes, porque tales escritos siguen, vertiendo más conocimientos y juntando más motivación para entender y mejorar la acción emancipadora del Derecho Internacional y sus ramas. El bagaje de su labor tocó también mi formación, y por eso es que, académicos de distintas universidades, le hacemos este libro, como un homenaje, más que merecido.

INTRODUCCIÓN

Hablar de terrorismo de Estado es un tema complejo. Hasta la fecha no se ha podido alcanzar un concepto que permita precisar su alcance porque en las legislaciones internas no existe un tipo penal que lo sancione y tampoco ha sido definido en ningún instrumento internacional, pero proliferan medidas gubernamentales en las que de forma periódica y sistemáticamente efectúan acciones represivas, criminales, que forman parte de un patrón autoritario dirigidas contra los ciudadanos que son considerados enemigos del Estado.

Esta especial forma criminal se verifica cuando los actos terroristas son realizados por agentes de Estado en contra de su población o, en su caso, para enfrentar a grupos asentados en otros países. En otras palabras, existen sistemas de gobiernos criminales que ejecutan múltiples actos de terror y de terrorismo y, sin embargo, sus autores no son estimados como terroristas.

En situaciones normales, el Estado democrático garantiza a todos los ciudadanos la posibilidad de disentir políticamente, pero en los Estados quebrados el disenso político se asume de forma negativa y se amplía el concepto a toda manifestación no institucional y, si ese disenso se convierte en problemático conlleva a la aplicación de la violencia institucional. Es así como el Estado institucionaliza el terrorismo hacía sus súbditos¹.

¹ Cfr. Esteban Mestre Delgado, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid, 1987, p. 47.

El fin último del terrorismo de Estado es la preeminencia y permanencia del gobierno en cualquier situación, bien sea de normalidad o anormalidad. Los factores que determinan la subsistencia de los gobiernos que se sirven del terrorismo estatal son: la policía, las fuerzas armadas, grupos violentos que actúan con el apoyo del Estado, los órganos de inteligencia, la policía política, el control de inmigración y de la información, entre otros mecanismos que, en esencia, es la administración del terror (directa o indirectamente) ejercida por un gran número de ciudadanos² que, en puridad, no son otra cosa que terroristas de Estado. Según Michael Mann son aquellos funcionarios o individuos –o cualquier grupo que estos integren–, que con la anuencia, o aquiescencia del Estado, efectúan actos de terrorismo³.

El presente ensayo tiene como objetivo determinar si de la actuación de los agentes de Estado venezolano se configura un caso de terrorismo de Estado como violación a los Derechos Humanos. Para ello, examinaremos la noción de terrorismo de Estado, el terrorismo de Estado en América Latina, y el alcance del informe de la Misión Internacional Independiente de Determinación de Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, emanada del Consejo de Derechos Humanos del 15 de septiembre de 2020.

I. LA NOCIÓN DE TERRORISMO DE ESTADO

Existen divergencias doctrinales sobre la existencia del terrorismo de Estado. Carmen Lamarca Pérez es del criterio de que tal cosa (terrorismo de Estado) no existe ni puede existir, porque el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, considera que hablar de terrorismo de Estado constituye una metáfora y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado⁴.

Opinión que no compartimos porque la existencia de la noción de terrorismo de Estado no tiene nada que ver con la validez del orden jurídico del Estado. El hecho real es la existencia de la violencia ilegítima del Estado que es anticonstitucional. Es decir, aquella en la que los funcionarios estatales, actuando como tales y con la cobertura institucional de los órganos a que pertenecen, actúan en contra el orden establecido llevando a cabo acciones ilegales para eliminar la disidencia política. Y en esa orientación es totalmente posible, hablar de terrorismo y cuando sus autores son agentes del Estado mismo, es un terrorismo de Estado.

Alexander George considera que el terrorismo de Estado implica que un Estado amparándose en la legitimidad de sus actos, utilice clandestinamente y al margen de la ley los mismos procedimientos que los grupos terroristas; orientados a inducir miedo en una población civil determinada para alcanzar sus objetivos sociales, políticos o militares, o fomentar comportamientos que de otra forma no se lograrían⁵. Un ejemplo de ello sería la aplicación de la desaparición forzada de personas, el uso extrajudicial de las fuerzas armadas o policiales, la organización y apoyo a grupos terroristas, simulados o reales, e incluso la negligencia deliberada en su persecución.

² Cfr. Grant Wardlaw, *Terrorismo Político, teoría táctica y contramedidas*, Ediciones Ejército, Madrid, 1986, p. 44.

³ Cfr. Michael Mann, *El imperio incoherente. Estados Unidos y el nuevo orden internacional*. Editorial Paidós, Barcelona 2004, p. 185.

⁴ Cfr. Carmen Lamarca Pérez, “Sobre el concepto jurídico de terrorismo”, en *A.D.C.P.*, Madrid, tomo XLVI, 1993, p. 541.

⁵ Cfr. Alexander George, *Western state terrorism*, Editorial Polity Press, United Kingdom, 1991, p. 30.

Según Noam Chomsky, el terrorismo de Estado puede ser considerado una mezcla de terrorismo internacional y terrorismo a gran escala (*wholesale terrorism*), siendo este la mayor preocupación para el panorama mundial “el terrorismo a gran escala, dirigido generalmente por Estados o sus agentes, dentro de sus propias fronteras o fuera de ellas”⁶.

El terrorismo de Estado es una política de Estado planificada y ejecutada con la finalidad de combatir por medios ilegales las luchas sociales, paralizar o destruir a la oposición política o ideológica y/o aniquilar a la oposición armada y/o con la finalidad de justificar la suspensión de las garantías constitucionales, el establecimiento de estados de excepción y la violación de los derechos humanos. La internacionalización del terrorismo de Estado consiste, entre otras formas, en el envío de agentes a otros países para cometer atentados, en el apoyo logístico a acciones terroristas en otros países, en el asesinato de personalidades extranjeras y en aterrorizar a la población civil con ataques aéreos indiscriminados⁷.

Miguel Bonasso considera que se usa esta denominación para demarcar un modelo estatal contemporáneo que se ve obligado a transgredir los marcos ideológicos y políticos de la represión “legal” (la consentida por el marco jurídico tradicional) y debe apelar a “métodos no convencionales”, a la vez extensivos e intensivos, para aniquilar a la oposición política y la protesta social, “sea esta armada o desarmada”⁸.

Jonathan Barker abunda en el tema y señala que las formas de terror que las ideologías tenían como “fuentes de inspiración” eran muy variadas. El arsenal de métodos más corrientes que ha empleado el terrorismo de Estado eran los registros por sorpresa, detenciones arbitrarias, torturas, encarcelamiento en campos especiales, amenazas a la familia o privación del trabajo⁹.

⁶ Cfr. Noam Chomsky, William Schulz y Miguel Bonasso, *Terrorismo de Estado*, ediciones Txalaparta, Navarra, 1990, p. 38.

⁷ Véase Congreso de los Estados Unidos, Comisión Church, “Alleged Assassination Plots Involving Foreign Leaders, An Interim Report”, U.S. Government Printing Office, November 18, 1975. Véase También *The CIA's Nicaragua Manual, Psychological Operations in Guerrilla Warfare*, Vintage Books, Random House, New York, 1985. El informe Church se refiere a las tentativas de asesinar a Fidel Castro y a los asesinatos, entre otros, del general chileno René Schneider en 1970 y del líder congolés Patrice Lumumba, el 17 de enero de 1961, menos de seis meses después de haber sido elegido primer ministro. En un documental emitido por el canal de televisión franco alemán ARTE el 3 de octubre de 2007 (Cuba, una odisea africana), se puede ver y oír a Lawrence (Larry) Devlin, jefe de estación de la CIA en el Congo en la época de los hechos, diciendo que la orden de asesinar a Lumumba la habría dado el presidente Eisenhower personalmente. Cabe agregar, entre otros, los asesinatos de Juan José Torres, ex presidente de Bolivia, en Buenos Aires en 1976, y de Orlando Letelier, ex ministro de Salvador Allende, en Washington en 1976. A fines de junio de 2007 fueron desclasificados documentos de la CIA, aunque con numerosas tachaduras. En ellos se revela, entre muchas otras cosas, que en setiembre de 1960 la CIA estuvo en tratos con mafiosos de Miami para que asesinaran a Fidel Castro. Son de pública notoriedad los atentados terroristas cometidos desde hace años en Cuba con el apoyo logístico de los Estados Unidos y en Nicaragua durante los años 80. Estos últimos fueron objeto de una sentencia condenatoria de la Corte Internacional de Justicia de La Haya el 27 de junio de 1986: “Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el caso República de Nicaragua c. los Estados Unidos de América”: “Los Estados Unidos de América, al entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer a las fuerzas de la contra o de otra manera alentar, apoyar y ayudar en la ejecución de actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, ha actuado, contra la República de Nicaragua, en violación de su obligación según el derecho internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos de otro Estado”.

⁸ Cfr. Miguel Bonasso, *Terrorismo de Estado*. Txalaparta, Navarra, 1990, pp. 9-10.

⁹ Cfr. Jonathan Barker, *El sinsentido del terrorismo*, Intermón Oxfam Ediciones, Barcelona, 2004, p. 81

Los métodos son diversos, desde los más brutales hasta los más sofisticados. Jenny Teichman identifica los más utilizados en el contexto del terrorismo de Estado, y señala:

Más allá de consideraciones históricas, tenemos que reconocer que los gobiernos frecuentemente hacen cosas, tanto para sus propias personas, como contra enemigos en guerra y en paz, que comparten las características de los peores tipos de terrorismo revolucionario. El terrorismo de Estado es caracterizado por tales acciones como el secuestro y asesinato de oponentes políticos del gobierno a través de la policía o del servicio secreto del ejército; encarcelamiento sin juicios; tortura; masacres de minorías raciales o religiosas o de ciertas clases sociales; reclusión de ciudadanos en campos de concentración; y en términos generales gobierno a través del miedo¹⁰.

Stephen Sloan y Sean Anderson consideran que los Estados “pueden implicarse en terrorismo de Estado, también conocido como *establishment terrorism*, bien patrocinando a grupos no estatales para llevar a cabo operaciones contra enemigos fuera de sus fronteras, bien creando sus propias unidades de operaciones especiales para llevar a cabo actividades terroristas en el extranjero a modo de acciones encubiertas”¹¹.

William Schulz afirma que el terrorismo de Estado puede operar de dos maneras: 1) directamente, por medio de agencias del Estado mismo; 2) indirectamente, en este caso el Estado es patrocinador del terrorismo mediante la utilización de entidades sustitutas (*proxy entities*), tales como otros Estados o grupos o individuos¹². En este caso, Jack Gibbs sostiene que “el terrorismo de Estado ocurre cuando y solo cuando un oficial de gobierno (o agente o funcionario) se involucra en el terrorismo, como previamente definido, en la dirección o con el consentimiento de un superior que no reconozca públicamente tal dirección o consentimiento”¹³. Sin embargo, se pueden dar casos en los que un Estado patrocine actos terroristas fuera de sus fronteras sin que se involucre en la violencia un agente u oficial de gobierno, como en el caso del asesinato de Orlando Letelier, exembajador chileno en Estados Unidos¹⁴.

Otra visión del terrorismo de Estado, expuesta por Adrian Guelkees, es aquella que abarcaría solo los “régimenes extremadamente brutales”, sin ninguna característica favorable, lo que implicaría que para infundir terror los Estados deben asesinar a miles de personas, mientras los grupos infraestatales, para lograr el mismo objetivo, necesitarían asesinar a unas pocas¹⁵.

II. EL TERRORISMO DE ESTADO EN AMÉRICA LATINA

En América Latina el terrorismo de Estado se extendió durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, especialmente en países con gobiernos dictatoriales, au-

¹⁰ Cfr. Jenny Teichman, “How to Define Terrorism”, en *Philosophy*, Vol. 64, Nr. 250, Cambridge University Press, octubre 1989, pp. 509-510.

¹¹ Cfr. Stephen Sloan y Sean K. Anderson, *Historical dictionary of terrorism*. Third edition. Scarecrow Press, Lanham, Maryland, 2009, p. 642.

¹² Cfr. Williams Schulz, *Terrorismo de Estado*. Txalaparta, Navarra, 1990, p. 30.

¹³ Cfr. Jack P. Gibbs, “Conceptualization of Terrorism”, en *American Sociological Review*, Vol. 54, N° 3, junio 1989, p. 333.

¹⁴ Orlando Letelier fue asesinado al explotar una bomba de control remoto colocada debajo del piso del vehículo en que se movilizaba, el 21 de septiembre de 1976. La muerte no fue instantánea y murió desangrado en el lugar. El coche bomba también mató a la ayudante estadounidense Ronni Moffit. El asesinato de Letelier era la parte de un esfuerzo coordinado por varias dictaduras militares en América Latina para intimidar y asesinar a sus opositores políticos.

¹⁵ Cfr. Adrian Guelke, “Wars of fear”, en: *Harvard International Review*, Vol. 20, N° 4, 1998, pp. 44-47.

toritarios, o que experimentaron conflictos armados internos. Uno de los casos más emblemáticos fue el Plan Cóndor diseñado y ejecutado en el Cono Sur. Esta operación nació durante la primera reunión de trabajo Inteligencia Nacional, realizada en Santiago de Chile entre el 25 de noviembre y el 1 de diciembre de 1975. El impulsor de la iniciativa fue el entonces coronel Manuel Contreras, fundador de la DINA, policía secreta del General Augusto Pinochet.

Fue un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de las dictaduras militares del Cono Sur de América: Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia, en la década de 1970, que se constituiría en una organización clandestina internacional para la práctica del terrorismo de Estado con la cooperación de los Estados Unidos y que tuvo como resultado el asesinato y desaparición de un gran número de opositores de ideología izquierdista a las mencionadas dictaduras¹⁶.

Uno de los métodos utilizados para generar terror durante la ejecución de la Operación Cóndor fue la desaparición forzada de personas. Las fuerzas armadas y policiales del Cono Sur, unidas en su cruzada anticomunista, detenían a ciudadanos de otros países sin enjuiciarlos, los sometían a apremios físicos, los dejaban interrogar por policías de su misma nacionalidad y los remitían clandestinamente a las cárceles de su país de origen o los desaparecían directamente¹⁷.

Entre las estrategias de la Operación Cóndor, se contemplaba el asesinato internacional, el ejemplo más relevante de ello fue el asesinato del exembajador chileno en Estados Unidos, Orlando Letelier. El método utilizado fue un coche bomba que explotó el 21 de septiembre de 1976. La muerte no fue instantánea y murió desangrado en el lugar. En el atentado también murió el ayudante estadounidense Ronni Moffit. El asesinato de Letelier era la parte de un esfuerzo coordinado por varias dictaduras militares en América Latina para intimidar y asesinar a sus opositores políticos.

La planificación y ejecución de este ignominioso crimen fue reconocido por el coronel Manuel Contreras¹⁸, en un discurso parafraseado por el representante uruguayo, dijo: “A propuesta de Chile, se iba a eliminar a gente en cualquier parte del mundo, gente que estaba haciendo daño al país, gente como Letelier”¹⁹.

Cabe señalar que tribunales nacionales de Argentina, Chile y España, entre otros, que han abierto causas penales contra personas involucradas en la Operación Cóndor, la han caracterizado como una organización con fines criminales. Dicha operación ha sido calificada como una “relación ilegítima establecida entre gobiernos y servicios

¹⁶ Cfr. Jhon Dinges, *Operación Cóndor. Una década de terrorismo internacional en el Cono Sur*, Ediciones B, Chile, 2004, pp. 22-36, 146-178.

¹⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153, párr. 61.12.

¹⁸ Fue el jefe de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA) de la República de Chile. En mayo del año 2002, lo condenaron como el autor intelectual del secuestro y desaparición del líder socialista Víctor Olea Alegría, el cargo fue secuestro permanente. El 28 de enero del año 2005, fue apresado por la desaparición del sastre y militante del MIR, Miguel Ángel Sandoval en el año 1975, siendo condenado a 12 años de prisión, el cargo fue secuestro permanente. El 13 de mayo del 2005, Contreras remitió a la Corte Suprema, un documento de 32 páginas de una lista, con el supuesto paradero de 580 detenidos desaparecidos durante el régimen militar, por lo cual organizaciones de derechos humanos cuestionaron la información y su fuente, para ello argumentaron en los supuestos años de engaños y negación de parte de Contreras. Estos esgrimen que mucho de los detalles que entrego, eran previamente conocidos y contradecían los hallazgos y evidencias de las comisiones encargadas de investigar los detenidos desaparecidos.

¹⁹ Cfr. Jhon Dinges, ob. cit., p. 173.

de inteligencia” de los distintos países, distinguida de otros fenómenos de persecución política puestos en práctica en el continente en las décadas de 1970 y 1980, por el elemento de la cooperación que existía entre aquéllos, lo que les permitió desarrollar operativos de inteligencia y militares fuera de competencia territorial²⁰.

1. Chile

Durante el régimen militar de Augusto Pinochet Ugarte, existe suficiente documentación de la práctica del terrorismo de Estado²¹, que se derivó de la política de represión que se originó después del 11 de septiembre de 1973, fecha en la que se produjo el golpe de Estado que derrocó al gobierno de la Unidad Popular precedido por Salvador Allende²².

Uno de los ejemplos más significativos de la política de represión en el mandato de Pinochet, fue la ejecución de varios de miles de partidarios de Allende en el Estadio Nacional de Santiago. Los militares chilenos iniciaron una nueva táctica para América Latina: enterraban los cuerpos de los prisioneros ejecutados en tumbas secretas masivas o fosas comunes, mientras negaban a las familias de los prisioneros que alguna vez hubieran estado bajo custodia²³.

Las detenciones y desapariciones estuvieron a cargo fundamentalmente de la Dirección de Inteligencia Nacional²⁴ establecida en 1974. Antes de su creación, las desapariciones eran responsabilidad de distintos cuerpos de seguridad y procedían indiscriminadamente. Al crearse la Dirección de Inteligencia Nacional el método se aplicó cada vez más selectivamente y al final, fue dirigido sobre todo contra militan-

²⁰ Cfr. Resolución sobre la Operación Cóndor, del 23 de mayo del año 2002, causa No. 33714, “Videla, Jorge Rafael. S/procesamiento”, Juzgado 7-secretaría 14, Sala Primera de la Cámara Federal, Buenos Aires, Argentina, vistos y considerando 11, párr. 2.

²¹ Cfr. El Informe de la Comisión Verdad y la Reconciliación, resume los hechos violatorios de los derechos humanos en Chile, entre 1973 y 1990, incluyendo la desaparición forzada de personas. Ver: Síntesis del Informe de la Comisión Verdad y la Reconciliación, Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1991. Además, detenidos desaparecidos, recopilación de 984 casos, elaborado por la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago y publicada en 1993.

²² Fue a partir de entonces que por primera vez la opinión pública internacional se sensibilizó sobre este problema, a través de las denuncias y luchas de los familiares de los detenidos-desaparecidos. Amnistía Internacional da cuenta de las denuncias recibidas en la década entre 1973 y 1975. Citado por Ana Lucrecia Molina Theissen, *La desaparición forzada de personas en América Latina*, Estudios Básicos de Derechos Humanos VII, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, MARS Editores S.A. San José, 1996, pág. 63 ss.

²³ Cfr. Jhon Dinges, ob. cit., p. 22.

²⁴ La Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), era la Policía secreta chilena durante el periodo inicial del régimen militar de Augusto Pinochet, uno de los elementos más significativos del aparato represor de la dictadura. Funcionaba de facto desde fines de 1973, por el Decreto Ley N° 521. La DINA tenía facultades para detener y confinar personas en sus centros operativos durante los estados de excepción, este estado duró casi toda la dictadura. Esta organización fue entrenada por los Estados Unidos en la Escuela de las Américas, y los agentes de la DINA iniciaron una campaña de represión, focalizada principalmente en el GAP (Grupo de Amigos Personales de Allende, su guardia personal) con 60 muertos, el MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionario) con 400, el Partido Socialista con 400 y el Partido Comunista con 350. La DINA empleó el secuestro, la tortura y el asesinato como métodos de acción. Muchos de los detenidos siguen hoy desaparecidos. Tenían también agentes internacionales, siendo uno de los más relevantes el norteamericano Michael Townley, quien asesinó al General Carlos Prats en Buenos Aires, Argentina, y al exministro de Allende, Orlando Letelier en Washington, D.C. Estados Unidos.

tes del Partido Comunista Chileno²⁵. Se estima que fueron más de 1.197 desaparecidos bajo el régimen dictatorial²⁶.

2. Argentina

Argentina aplicó el terrorismo de Estado durante el régimen militar de Jorge Rafael Videla. Ya en el año 1977, Videla mostraba su macabra intención al declarar que:

en toda guerra hay personas que sobreviven, otras que quedan incapacitadas, otras que mueren y otras que desaparecen. La Argentina está finalizando esta guerra y, consiguientemente, debe estar preparada para afrontar sus consecuencias. La desaparición de algunas personas es una consecuencia no deseada de esta guerra²⁷.

En este mismo sentido, Videla señalaba que:

No, no se podía fusilar. Pongamos un número, pongamos cinco mil. La sociedad argentina, cambiante, traicionera, no se hubiere bancado los fusilamientos: ayer dos en Buenos Aires, hoy seis en Córdoba, mañana cuatro en Rosario, y así hasta cinco mil, diez mil, treinta mil. No había otra manera. Había que desaparecerlos. Es lo que enseñaban los manuales de la represión en Argelia, en Vietnam. Estuvimos todos de acuerdo. ¿Dar a conocer dónde están los restos? Pero ¿qué es lo que podíamos señalar?, ¿El mar, el Río de la Plata, el Riachuelo?, se pensó, en su momento, dar a conocer las listas. Pero luego se planteó: si se dan por muertos, enseguida vienen las preguntas que no se pueden responder: quién mató, dónde, cómo²⁸.

Según algunas cifras conservadoras se documentaron 8.960 casos de personas desaparecidas de los 30.000 denunciados por las organizaciones de familiares.²⁹

3. Paraguay

Durante el Gobierno de Alfredo Stroessner³⁰, se comprobó la participación del Estado paraguayo en la Operación Cóndor. Una de las pruebas más contundentes es un documento con el rótulo de “SECRETO” que recoge la presentación de la delegación paraguaya en el temario de la VII Conferencia Bilateral de Inteligencia entre los Ejércitos de Paraguay y Argentina, que textualmente expresaba que:

No se puede negar la necesidad de una eficiente coordinación de actividades de inteligencia, entre los Ejércitos de Paraguay y Argentina, como el mejor medio de coartar el logro de los planes elaborados por los grupos subversivos (...). Pese a la innegable eficacia de los

²⁵ Se incorporó el factor de la clandestinidad en las operaciones a través de la utilización de agentes de civil armados, en automóviles sin placas que conducirán a las víctimas a cárceles secretas.

²⁶ Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y la Reconciliación, febrero 1991. Listado oficial de la Vicaría de la Solidaridad, noviembre de 1993. Listado oficial de la agrupación de familiares detenidos desaparecidos de Chile, (AFDD), septiembre de 1995.

²⁷ Mensaje dirigido por el Teniente General Jorge Rafael Videla a un grupo de periodistas japoneses, el 12 de diciembre de 1977.

²⁸ Cfr. María Seoane, *El dictador, biografía de J. R. Videla (coautora)*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2001, pág. 215.

²⁹ Cfr. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, publicado por Editorial Universitaria de Buenos Aires en 1984.

³⁰ Alfredo Stroessner en el año 1954 encabezó un golpe de Estado en el cual fue derrocado el presidente Federico Chávez de su mismo partido, y en agosto del mismo año fue elegido por la Junta de Gobierno como Presidente. Fue reeligido en ocho legislaturas, siendo el único candidato: 1958, 1963, 1968, 1973, 1978, 1983 y en 1988.

Organismos de Seguridad de cada país, tampoco se puede negar los indudables empeños desplegados por dichas fuerzas negativas, para ampliar su margen de posibilidades, no encontrado mejor instrumento para ello, que coaligarse con fuerzas subversivas de otros países, atravesando las fronteras nacionales e intentando lo que pudiera ser un movimiento continental. Circunstancias que, desde luego a través de informaciones disponibles, ya han tenido plena confirmación las conexiones y apoyos entre grupos subversivos de Chile, Paraguay, Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay y otros³¹.

Sobresale por su importancia la revelación de una serie de documentos que posteriormente constituirían el Centro de Documentación para la Defensa de los Derechos Humanos, mejor conocido como el “Archivo del Terror”, el cual es una de las fuentes de pruebas más importante e innegable de los graves abusos cometidos durante la dictadura del General Stroessner, estos documentos retratan un panorama de su régimen y contienen abundantes pruebas de violaciones de los derechos humanos, incluida la detención arbitraria, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, así como de la cooperación internacional represiva³².

Sobre los pasos a seguir al detener a un presunto “elemento subversivo”, el jefe del Departamento de Investigaciones, Pastor Milciades Coronel, manifestó que había tres caminos: 1) Aplicación de la Ley, 2) Desaparición física y 3) la alternativa aplicada³³.

4. Uruguay

La participación de Uruguay en la Operación Cóndor fue indiscutible. Este sistema de inteligencia debe su nombre a José A Fons, quien se desempeñó como coronel de la Fuerza Aérea uruguaya, tal como se desprende del acta de clausura de la primera reunión interamericana de inteligencia celebrada en Santiago de Chile, en la que se constituyó la carta fundacional de dicho organismo de inteligencia³⁴.

En la República Oriental del Uruguay, se comprobaron casos de desaparición forzada de ciudadanos uruguayos, durante los gobiernos militares en Uruguay y Argentina, entre 1973 y 1985³⁵. Jhon Dinges, considera que existe suficiente evidencia

³¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153, párr. 61.7.

³² Cfr. *Ibid.*, párr. 61.121.

³³ Cfr. *Ibid.*, párr. 61.10.

³⁴ Cfr. Jhon Dinges, ob. cit., pp. 37 y 350.

³⁵ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, establecido en 1977 de conformidad con el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el fin de vigilar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones, emitió en marzo de 1982 y julio de 1983 dos dictámenes en los que se condenaba al Estado de Uruguay por los casos de Eduardo Bleier, ex miembro del Partido Comunista de Uruguay, residente en Hungría e Israel, desaparecido tras su detención en 1975 en Montevideo, y de Elena Quinteros Almeida desaparecida desde su arresto en la embajada de Venezuela en Montevideo en junio de 1976, en un incidente que provocó la suspensión de relaciones diplomáticas entre ambos países. En sus informes, el Comité se basó en la violación de varios artículos del Pacto Internacional, en especial los relativos a “el derecho a la libertad y a la seguridad personales”, “el derecho de los detenidos a ser trasladados humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano” y el “derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”, mientras que en el caso de Quinteros, se resolvió por primera vez a favor de los familiares considerados igualmente víctimas. Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *caso Bleier vs. Uruguay*, comunicación No. 30/1978, dictamen aprobado en fecha 29 de marzo de 1982, y comunicación No. 107/1981, *caso Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros vs. Uruguay*, dictamen aprobado en fecha 21 de julio de 1983.

de una operación que giró en torno a Orletti³⁶, en la cual un equipo de oficiales uruguayos adscritos al Servicio de Inteligencia de Defensa (SID), operó en Argentina, dando como resultado la mayor cantidad de desaparecidos debido a la Operación Cóndor, señalando que desaparecieron y fueron asesinados más uruguayos en Argentina (135 personas) que en Uruguay como resultado de los operativos de seguridad³⁷.

Uno de los casos más emblemáticos se refiere a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, estos actos fueron cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Adicionalmente se le suprimió la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman³⁸.

5. Bolivia

En Bolivia, el 19 de agosto de 1971 se produjo un golpe de Estado propiciado por el coronel Hugo Bánzer Suárez, que instauró una de las dictaduras más sangrientas en la historia de ese país, en donde el asesinato, la tortura, la desaparición de personas, el encarcelamiento arbitrario y el exilio se convirtieron en los métodos corrientes de represión.

No hay certeza sobre la cantidad aproximada de víctimas de la violencia política durante esta época. Sin embargo, de acuerdo a información emanada de una organización de la sociedad civil en Bolivia denominada “Asociación de Familiares de Detenidos, Desaparecidos y Mártires de la Liberación Nacional (ASOFAMD), se señaló que durante el tiempo que duró el régimen de Hugo Banzer se practicaron, por lo menos, 68 desapariciones forzadas de las cuales 35 se llevaron a cabo bajo la “Operación Cóndor”, 78 ejecuciones extrajudiciales, además de la tortura y el exilio masivo de cientos de dirigentes políticos y sindicales, entre otros³⁹. Esta versión coincide con las afirmaciones de Patrice McSherry quien señala que ciudadanos de varios países, entre ellos bolivianos, fueron retenidos en Automotores Orletti y luego trasladados a sus países donde fueron entregados a cuerpos militares de la Operación Cóndor⁴⁰.

³⁶ El Centro clandestino de detención, mejor conocido como “Automotores Orletti”, era un taller mecánico de la policía ubicada en Buenos Aires en el barrio porteño de Floresta, y donde fueron llevados la mayoría de los uruguayos detenidos en Argentina, para luego ser devueltos a su país.

³⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 286.

³⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo, y Reparaciones, sentencia de fecha 24 de febrero de 2011. Serie C. No. 221, párr. 2, 312.1-312.7.

³⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de fecha 1 de septiembre de 2010. Serie C. No. 217, párr. 55.

⁴⁰ Cfr. J. Patrice McSherry, *Los Estados Depredadores: la Operación Cóndor y la Guerra Encubierta en América Latina*, edición en castellano, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 2009, p. 32. Véase igualmente: Sentencia 036 de 26 de marzo de 2009 emanada del Juzgado penal de Primera instancia en lo penal de 19º turno de Montevideo, “Gavazzo Pereira, José Nino. Arab Fernández, José Ricardo- un delito de privación de libertad”, ficha 98-247/2006, (Expediente de anexos a la Demanda, Apéndice III Vol 3, folio 1243); sentencia 037 de 26 de marzo de 2009 emanada del Juzgado penal de Primera instancia en lo penal de 19º turno de Montevideo, “Silveira Quesada, Jorge Alberto.- Ramas

Jhon Dinges, afirma que los enlaces operativos de Bolivia con la Operación Cóndor se encuentran excepcionalmente documentados⁴¹. En este sentido, señala que Gerardo Irusta tuvo acceso a un archivo con telegramas y télex codificados y descodificados, algunos de los cuales estaban rotulados como “Sistema Cóndor”. Uno de los télex, con fecha 3 de mayo de 1976, se enviaba desde Bolivia a Chile e informaba al servicio chileno que el coronel Carlos Mena Burgos, había sido designado jefe del Servicio de Inteligencia del Estado (SIE). El ascenso de Mena era importante para el nuevo Sistema Cóndor, ya que, en noviembre de 1975, como número dos del (SIE), había sido el representante de Bolivia en la reunión fundacional del Cóndor en Santiago.

Los vínculos de Bolivia bajo la dictadura de Hugo Banzer con Argentina y otros Estados pertenecientes al Operación Cóndor son irrefutables. Un hecho que resalta se encuentra, en la visita de tres días a Bolivia, del 28 al 31 de octubre de 1976, por parte del General Jorge Rafael Videla quien durante su visita firmó acuerdos de cooperación con el General Hugo Bánzer en temas como comunicación, entrenamiento profesional y medidas específicas de combate contra el terrorismo. La visita de Videla a Bolivia y sus próximas visitas a Chile, Uruguay y Paraguay, completa la inusual escapada de misiones diplomáticas intercambiadas durante este año entre presidentes, Ministros de Relaciones Exteriores, y Comandantes Militares de Argentina, Bolivia, Uruguay, Chile y Paraguay. Comunicaciones, cooperación tecnológica y la lucha contra el comunismo, figuran entre los acuerdos más importantes alcanzados en el Cono Sur. Hugo Bánzer condecoró a Videla con el Gran Collar del Cóndor de los Andes. (FBIS)⁴².

Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta relevante el decreto de detención provisional y/o preventiva con miras a la extradición del dictador boliviano Hugo Bánzer Suárez y la orden de captura internacional derivada de su participación en la Operación Cóndor, cuyo objetivo era la obtención, intercambio y ordenamiento de la información de inteligencia concerniente a izquierdistas, comunistas y marxistas para eliminar sus actividades en Sud América.

6. Brasil

Algunos autores e instituciones han sostenido que la participación de Brasil en el Plan Cóndor no fue muy activa. Sin embargo, existen pruebas irrefutables que revelan que la práctica de las desapariciones forzadas de personas fue establecida por la dictadura militar que desde 1964 gobernó Brasil durante más de veinte años. En el periodo de 1964 a 1979 se registraron 125 casos de ciudadanos desaparecidos por motivos políticos, algunos de los cuales posteriormente a su detención por la policía fueron encontrados en cementerios, enterrados con nombres falsos⁴³.

Pereira, Ernesto Avelino.- Medina Blanco, Ricardo José.- Vázquez Bisio, Gilberto Valentin.- Mauren-te, Luis Alfredo.- Sande Lima, José Felipe- un delito de privación de libertad”, ficha 2-43332/2005, (Expediente de anexos a la Demanda, Apéndice III Vol 3, folio 1101); sentencia 0159 de 21 de octubre de 2009 emanada del Juzgado penal de Primera instancia en lo penal de 19° turno de Montevideo, “Álvarez Armellino, Gregorio Conrado.- Larcabeau Aguirregaray, Juan Carlos.- Reiterados Delitos de Homicidio muy especialmente agravados”, ficha 2- 20415/2007, (Expediente de anexos a la Demanda, Apéndice III Vol 3, folio 1537).

⁴¹ Cfr. Jhon Dinges, ob. cit., pp. 211-212.

⁴² Cfr. Documento desclasificado de fecha 19 de octubre de 1976, título: Rumores del retomo de los uruguayos exilados al Uruguay, tipo: telegrama secreto, Departamento de Estado, de: Robert C. Hill, Embajador de Estados Unidos en Argentina, para: Secretario de Estado. Estados Unidos de América.

⁴³ Cfr. Arquidiócesis de San Pablo. Torture in Brazil: A Shocking Report on the Pervasive Use of Torture by Brazilian Military Governments, 1964-1979, Secretly Prepared by the Archdiocese of Sao Paulo.

Jhon Dinges, señala que Brasil tuvo un rol activo pero limitado en el Plan Cóndor, ya que su participación se limitó a operaciones dentro de América Latina, y que éste Estado había mantenido una relación de cierta distancia con el Cóndor, sin embargo, en el año 1980 su fuerza de seguridad entró en acción para ayudar a Argentina a sofocar un intento de contraofensiva guerrillera⁴⁴.

Una de las evidencias más contundentes fue la participación del Estado brasilero en el secuestro, y posterior desaparición de varios líderes Montoneros⁴⁵, entre ellos las de Horacio Campiglia, y Susana de Binstok.

La colaboración del servicio de inteligencia brasilero, actuando con el servicio de inteligencia militar de Argentina, mejor conocido como el Batallón 601, fue determinante para el arresto de los dos líderes montoneros. Los brasileños le concedieron permiso a un equipo especial de argentinos que voló a Río de Janeiro bajo las órdenes del teniente coronel Román, a bordo de un C-130 de la Fuerza Aérea Argentina. Los dos montoneros fueron apresados con vida y llevados a Argentina en donde desaparecieron⁴⁶.

Otra evidencia incontrovertible es la declaración del General Agnaldo Del Nero Augusto, ex jefe del Centro de Informaciones del Ejército durante la dictadura brasileña, quien reconoció la participación del Estado brasilero en dicho Plan Cóndor⁴⁷.

Traducción de Jaime Wright. Austin: University of Texas Press, 1998. Véase igualmente: *Brasil: nunca mais*. Petrópolis, Arquidiocese de Sao Paulo, 1985, que recoge las violaciones de derechos humanos en ese país entre abril de 1964 y marzo de 1979, incluye una lista de personas desaparecidas y numerosos testimonios.

⁴⁴ Cfr. Jhon Dinges, ob. cit., p. 297. Es importante señalar que en un informe de la CIA emitido tres días después del crimen de Letelier titulado: “*La Operación Cóndor avanza*”, afirmaba que: a partir de la decisión tomada por Brasil de restringir sus actividades a los límites territoriales de las naciones del Cóndor, comenzaron a recibir entrenamiento en Buenos Aires agentes argentinos, chilenos y uruguayos, quienes operaran en Europa Occidental. Véase en este sentido, *El Cóndor Avanza: Resumen Vespertino del INR*, de fecha 24 de septiembre de 1976, Proyecto Chile.

⁴⁵ Los Montoneros fue una organización guerrillera argentina que desarrolló la lucha armada entre 1970 y 1979, aunque su periodo de máximo poder se extendió hasta 1976. Sus objetivos fueron la desestabilización del gobierno de facto autodenominado “Revolución Argentina” (Onganía, Levingston, Lanusse 1966-1973). El retomo al poder del General Juan Domingo Perón, y la instauración en la Argentina de un sistema político que denominaban “Socialismo Nacional”, al que consideraban como la evolución histórica natural del peronismo.

⁴⁶ Cfr. Jhon Dinges, ob. cit., pp. 297, 306 y 307.

⁴⁷ Artículo de prensa titulado: “*La garra brasileña del Cóndor*”, publicado en el Diario argentino, p. 12, editado en la ciudad de Buenos Aires, de fecha 31 de diciembre de 2007, en la sección País, el cual señala textualmente que: “Nosotros no matábamos. Deteníamos y entregábamos”, dijo a un diario brasilero el general Agnaldo Del Nero Augusto en relación con la orden internacional por la muerte de extranjeros en el marco de la Operación Cóndor. El general brasileño Agnaldo Del Nero Augusto, ante las órdenes de captura internacional y la voluntad del actual gobierno brasileño de “abrir” los archivos de la dictadura y especialmente del Operativo Cóndor, ya juzgado y condenado en otros países como un “plan transnacional sistemático de exterminio entre varios Estados”, aportó hoy su cuota de cinismo al reconocer públicamente que él y la fuerza armada del Estado del Brasil, efectivamente participó del Operativo Cóndor, pero “solo se encargaban de los apresamientos y entregas de los prisioneros”, que luego serían exterminados en otros Estados, “Nosotros no matábamos. Deteníamos y entregábamos. Eso no es un crimen”, dijo al Diario O Estado de Sao Paulo el general Agnaldo Del Nero Augusto, ex jefe del Centro de Informaciones del Ejército durante la dictadura brasileña. El Operativo Cóndor, operativo de inteligencia, de intercambio de prisioneros, de exterminio de luchadores antidictatoriales, fue una acción conjunta de varios Estados, en esos momentos dictaduras militares, con el conocimiento y aquiescencia de varias “grandes democracias occidentales”, con la batuta y aporte logístico de los Estados Unidos de América, con el Estado Vaticano mirando hacia otro lado,

Tal declaración, concuerda con el testimonio del carcelero del Batallón 601⁴⁸, Néstor Norberto Cendón quien señaló que:

La dictadura militar argentina mantuvo bases de información en Sao Pablo y Río de Janeiro destinadas a detectar personas vinculadas a la subversión. Las bases argentinas en Brasil funcionaron durante las décadas del 70 y 80 y tenían como prioridad interceptar en territorio extranjero a los integrantes del grupo guerrillero Argentino Montoneros, y también a mantener informados a los militares de ese país sobre los movimientos de los izquierdistas⁴⁹.

Resultan relevantes dos documentos emanados en los años 1976 y 1977, respectivamente, por el Servicio Nacional de Información (SNI)⁵⁰ al Departamento del Orden Político y Social (DOPS), ambos organismos de la dictadura revelan que Brasil persiguió exiliados chilenos y argentinos en la llamada “Operación Cóndor”, aplicada por los gobiernos militares en el Cono Sur. La importancia de estos documentos estriba en la solicitud de la captura de ciudadanos chilenos y argentinos efectuada por el (SNI) y en el que se pide investigar a todos los argentinos sospechosos de nexos con movimientos subversivos. En este contexto el coronel Jarbas Passarinho, quien se desempeñó como exministro del dictador Joao Baptista Figueiredo admitió que Brasil, “efectivamente participó en la Operación Cóndor”⁵¹.

Sin que exista una relación directa con el Plan Cóndor resaltan los hechos relativos la “Guerrilla del Araguaia”⁵², movimiento que fue fundado por militantes del Partido Comunista de Brasil en 1966, y que realizó un trabajo de movilización de la población local con el objetivo de desencadenar una revolución para derrocar al gobierno militar brasileño, que estaba en el poder desde 1964.

En el transcurso de dichas operaciones militares desaparecieron aproximadamente sesenta guerrilleros que fueron muertos en enfrentamientos con las fuerzas armadas brasileñas o detenidos, torturados y luego asesinados. Ninguna de las personas fue reconocida como muerta, manteniendo su condición de desaparecidos políticos, ocultando el régimen brasileño la existencia del conflicto y la desaparición de los guerrilleros⁵³.

Una vez reinstaurada la democracia en el año 1982, familiares de 22 de las personas desaparecidas interpusieron una acción ante la Justicia Federal del Distrito, solicitando la determinación del paradero de los desaparecidos y la localización de

bendiciendo a los fusiles y los fusileros del Cóndor, Augusto aseguró que cuando el régimen brasileño recibía informes de un “país amigo” sobre un sospechoso, se le detenía y se le enviaba a su país. “Como nosotros no matábamos, lo entregábamos”, dijo y añadió: “Eso fue lo que paso con esos dos italianos”. ¿Qué crimen cometimos al arrestarlos?

⁴⁸ El Batallón de Inteligencia 601 fue un servicio de inteligencia militar del Ejército Argentino activo en la Operación Cóndor, estaba bajo los órdenes de Guillermo Suárez Mason y en última instancia, de la junta militar dirigida por Leopoldo Galtieri.

⁴⁹ Cfr. Nota de prensa emanada de TELAM, agencia de noticias de la República Argentina correspondiente a la publicación del domingo 6 de enero de 2008.

⁵⁰ El director del Servicio Nacional de Información (SIN) era el general Joao Baptista Figueiredo, a la postre el último dictador brasileño (1979- 1985).

⁵¹ Cfr. Boletín N° 177, Proyecto Internacional de Derechos Humanos – Londres, 1-15 enero 2008.

⁵² Cfr. Maria Celina D’Araujo, *Democratic stability, the military and national defense in Brazil and Latin America*. Trabajo presentado en el Center for Canadian Studies Summer Institute, York University, Toronto, Canadá, del 8 a 18 de julio de 2002, págs. 21-22.

⁵³ Cfr. Informe N° 33/01 de fecha 6 de marzo de 2001, emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 11.552, relativo al asunto *Guerrilla del Araguaia. Julia Gomes Lund y otros vs. Brasil*, párr. 22.

sus restos mortales, para que se les pudiera dar un entierro digno y determinar las circunstancias del fallecimiento⁵⁴.

7. Guatemala

En Guatemala se instauró el terror a través de la desaparición forzada de personas. Este crimen constituyó una de las violaciones de los derechos humanos más graves y reiteradas durante el enfrentamiento armado interno⁵⁵.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico⁵⁶, registró un total de 61.648 violaciones de derechos humanos, de las cuales 6.159 corresponden a casos de desapariciones forzadas cometidas durante el periodo que abarcó el enfrentamiento armado. La práctica de desapariciones forzadas alcanzó un significativo aumento entre 1979 y 1983, período que coincide con la mayor agudización del conflicto y con la práctica de desapariciones forzadas masivas en el área rural.

El período aludido corresponde a la etapa de mayor agudización del enfrentamiento, en que los derechos humanos se violaron de manera abierta y masiva por parte del Estado, particularmente el derecho a la vida, a través de ejecuciones arbitrarias individuales y colectivas, masacres y desapariciones forzadas. No obstante, si se observan otros períodos del enfrentamiento armado, particularmente los anteriores y posteriores al tiempo que corre entre los años 1979 y 1983, la muestra estadística indica que no siempre fue la ejecución arbitraria, la violación cometida con mayor frecuencia por los agentes del Estado.

⁵⁴ Cfr. *Ibid.*, párr. 23.

⁵⁵ El enfrentamiento armado comenzó en el año 1962 y culminó en el año 1996. A partir de 1962 la dinámica contrarrevolucionaria encaminó al país hacia una profundización del autoritarismo y de la exclusión histórica, recurrió a la militarización del Estado y a la violación de los derechos humanos bajo la adopción de la Doctrina de Seguridad Nacional. En marzo de 1994, se firmó el “*Acuerdo Global sobre Derechos Humanos*”, en el cual se reconocía una relación directa entre el respeto a los derechos humanos y la construcción de la paz, y se proponían mecanismos concretos para su fortalecimiento. También se firmó el “Acuerdo de Calendario de las Negociaciones para una Paz Firme y Duradera en Guatemala”, que exponía límites temporales a los puntos en discusión. Estos acuerdos se vieron como un indicio real de una posguerra próxima. A finales de junio, en Oslo, Noruega, se firmó el “Acuerdo sobre Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado”, que determinaba un marco para la reinserción de las comunidades de población en resistencia y el retorno de los refugiados, junto con este documento se firmó el “Acuerdo para crear la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones de los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Creado Sufrimiento a la Población Guatemalteca”. En enero de 1996, las elecciones llevaron a la Presidencia de la República a Álvaro Arzú Irigoyen, candidato del Partido de Avanzado Nacional. Durante el primer año de gestión de su gobierno se dio una clara prioridad de acelerar el proceso de negociaciones, de esa manera el gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, concluyeron a finales de 1996, el largo proceso de negociaciones que, contando con la participación de las Naciones Unidas en calidad de moderador y con el respaldo de la comunidad internacional, culminó en la firma el 29 de diciembre de 1996, de los Acuerdos de Paz. Los Acuerdos establecen compromisos que representan un logro de incomparable relevancia en la historia nacional de las últimas décadas. Cfr. Informe emanado de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala Memoria del silencio*. Guatemala, UNOPS, 12 Vol., Cap. II, Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia. Vol., 2, año 1999, pp. 404 ss.

⁵⁶ La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), es el producto del acuerdo entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, firmado en Oslo, el 23 de junio de 1994 y su establecimiento tiene como objeto el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia durante el enfrentamiento armado, entre el año 1962 y 1996.

Durante los años 1971, 1975 y 1976, la desaparición forzada fue un método de violación a los derechos humanos aplicado con preferencia a la ejecución arbitraria. Señala el Informe emanado de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, que la aplicación de un método con preferencia sobre otro coincide con la mayor o menor exacerbación del enfrentamiento, en la medida que una guerra abierta favorece la comisión de ejecuciones arbitrarias con mayor descaro. La manera soterrada y siempre clandestina que conlleva la práctica de la desaparición forzada se aviene mejor a una etapa de desarrollo de los grupos insurgentes y partidos políticos de oposición, previa a la agudización del enfrentamiento, en la medida que busca impedir su consolidación y fortalecimiento, y ofrece mejores posibilidades de mantener oculta la autoría de la violación⁵⁷.

Durante la primera etapa del enfrentamiento armado, la desaparición forzada fue aplicada específicamente contra miembros de dirigencias de organizaciones políticas y sociales con el propósito de impedir el fortalecimiento de las organizaciones⁵⁸.

La mayor frecuencia en la comisión de desapariciones forzadas en la etapa previa a la mayor agudización del enfrentamiento demuestra que las tareas de inteligencia fueron implementadas por el Estado a lo largo de todo el enfrentamiento armado⁵⁹.

La desaparición forzada de personas fue una de las técnicas de exterminio más utilizadas por los agentes del Estado, la cual arrojó uno de los mayores números de víctimas. Existen evidencias de esta violación desde 1954; sin embargo, durante el periodo del enfrentamiento armado, la primera detención seguida de desaparición forzada que se registra en Guatemala ocurrió en 1966, siendo ésta la primera desaparición forzada masiva que se conoce en el continente a partir de la implementación de la denominada Doctrina de Seguridad Nacional⁶⁰.

La desaparición forzada como método de exterminio de la estrategia contrainsurgente tuvo varios propósitos: 1) desarticular o aniquilar organizaciones políticas, asociaciones gremiales y populares, capturando y haciendo desaparecer según criterios selectivos –individual o masivamente– a los cuadros o supuestos cuadros de dichas organizaciones; 2) desarrolló tareas de inteligencia en las víctimas –a través de la tortura o la violación sexual–, para obtener información sobre los planes y actividades de los grupos insurgentes y de la oposición; 3) castigar a las víctimas –y por intermedio de éstas a la familia, a la comunidad y a la organización–, y 4) propagar el terror por medio del ocultamiento del detenido y las amenazas frente a cualquier intento por conocer su paradero. La violación sexual fue otra de las infracciones de los derechos humanos que coexistió con la práctica de la desaparición forzada⁶¹.

⁵⁷ Cfr. Informe emanado de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala Memoria del silencio*. Guatemala, UNOPS, 12 Vol., Cap. II, Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia. Vol., 2, año 1999, págs. 407 y 408. Al tratar de describir el fenómeno de las desapariciones forzadas en Guatemala el citado informe reproduce las versiones, testimonios y la acreditación de los hechos documentados y sistematizados por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico en el informe intitolado “Guatemala Memoria del Silencio”.

⁵⁸ El procedimiento directo, consiste en privar al elemento subversivo de toda posibilidad de fortalecer su movimiento. En esta etapa, el movimiento subversivo, por lo general, carece de vida propia, todo depende de sus jefes, que son en consecuencia, sus elementos claves. Cfr. *Ibid.*, p. 408.

⁵⁹ Cfr. *Ídem*.

⁶⁰ Cfr. CI 68. 1966. Ciudad de Guatemala, Guatemala. Informe emanado de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala Memoria del silencio*. Guatemala, UNOPS, 12 Vols., Cap. II, Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia. Vol., 2, año 1999, pág. 412.

⁶¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 412-413.

Como puede observarse las dictaduras militares del Cono Sur tenían algunos rasgos fundamentales en común: eran ejercidas por representantes institucionales de las fuerzas armadas, profesaban un anticomunismo exacerbado en el cual se consideraba comunista cualquier expresión política opositora, contaban con el apoyo incondicional de los gobiernos de los Estados Unidos, y la intervención directa de los militares en la política, con lo cual se justificó la Doctrina de la Seguridad Nacional, lo cual asignaba a los ejércitos nacionales un nuevo papel en la política interna de los países latinoamericanos.

La Operación Cóndor fue una expresión irrefutable de terrorismo de Estado en América Latina. Fue una política de Estado concebida y ejecutada con el objetivo de exterminar a los movimientos de izquierda en Latinoamérica. A través de la suspensión de las garantías constitucionales se justificó el establecimiento de estados de excepción y la violación de los derechos humanos. Instauró el terror, destruyó a la oposición política e internacionalizó el terrorismo de Estado con el envío de agentes a otros países para cometer asesinatos de personalidades extranjeras y se aterrorizó a la población civil con ataques aéreos indiscriminados.

El terrorismo de Estado en América Latina fue verificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* determinó que la mayoría de los gobiernos dictatoriales de la región del Cono Sur que asumieron el poder o estaban en el poder durante la década de los años setenta, ejecutaron una feroz represión contra personas denominadas como “elementos subversivos” a nivel interestatal. El soporte ideológico de todos estos regímenes era la “doctrina de seguridad nacional”, por medio de la cual visualizaban a los movimientos de izquierda y otros grupos como “enemigos comunes” sin importar su nacionalidad. Miles de ciudadanos del Cono Sur buscaron escapar a la represión de sus países de origen, refugiándose en países fronterizos. Frente a ello, las dictaduras crearon una estrategia común de defensa⁶².

El tribunal hemisférico también explicó la concurrencia de los elementos que conforman el terrorismo interestatal. En el mismo caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* comprobó que

las actividades desplegadas como parte de la “Operación Cóndor” estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre “fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia” de la región, que había sido apoyada por la CIA, la agencia de inteligencia, entre otras agencias de los Estados Unidos de América. Para que la Operación Cóndor funcionara era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de “subversivos buscados” eran manejadas con fluidez por los distintos Estados⁶³.

III. EL ALCANCE DEL MANDATO DE LA MISIÓN INDEPENDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En su resolución 42/25, del 27 de septiembre de 2019, el Consejo de Derechos Humanos estableció una Misión Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela “para que investigue las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y las torturas y otros

⁶² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153, párr. 61.5.

⁶³ Cfr. *Ibid.*, párr. 61.6.

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”⁶⁴.

1. Ejecuciones extrajudiciales

La misión determinó que las ejecuciones extrajudiciales, se produjeron en el contexto de las operaciones de seguridad. Se trataba de operaciones policiales y/o militares destinadas a combatir la delincuencia, que resultaron en un elevado número de ejecuciones extrajudiciales contra personas consideradas como delincuentes⁶⁵.

El informe reveló que, en sus investigaciones, el Ministerio Público identificó a 505 personas muertas durante las OLPs (502 hombres y 3 mujeres, incluidos 27 adolescentes). En los 140 casos examinados por la Misión, 413 personas fueron asesinadas (306 hombres, entre ellos 16 menores, y 3 mujeres. No se disponía de información sobre el sexo de 104 víctimas). En 52 casos se registraron entre una y tres muertes y en 36 casos se registraron entre cuatro y nueve muertes en una sola operación. En ocho casos se registraron diez o más muertes en una sola operación⁶⁶.

2. Desapariciones forzadas

La Misión encontró motivos razonables para creer que durante el período examinado las agencias de inteligencia SEBIN, FAES y DGCIM ejecutaron desapariciones forzadas de corta duración en contra de personas por su afiliación, participación, puntos de vista, opiniones o expresión política, así como de disidentes tanto políticos como militares y personas relacionadas con ellos⁶⁷.

La Misión determinó que en varios casos funcionarios del SEBIN y otras autoridades negaron haber retenido a la persona o dijeron a sus familiares y abogados que no tenían información. En algunos casos, manifestaban a las madres de personas detenidas que debían revisar el hospital y la morgue. El paradero de las personas detenidas permanecía desconocido durante periodos que iban desde unos pocos días hasta varias semanas.

Cabe resaltar que de los casos de desapariciones forzadas que la Misión investigó a fondo, “Barlovento”⁶⁸ podría caracterizarse como un crimen de lesa humanidad según el Estatuto de Roma. El resto se considera una violación⁶⁹.

⁶⁴ Cfr. Consejo de Derechos Humanos, resolución A/HRC/45/33 del 15 de septiembre de 2020. *Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, párrafo 1.

⁶⁵ Las Operaciones de Liberación Popular (OLP) son una serie de operaciones militares y policiales conjuntas, que comenzaron en julio de 2015 y continuaron hasta julio de 2017. Las Operaciones de Liberación Humanista del Pueblo (OLHP) se definieron como un “sistema planificado y articulado” por el Ministerio del Interior, junto con el CEOFANB, “para la liberación de las zonas tomadas por la delincuencia organizada, de manera de erradicar las actividades criminales y paramilitares.

⁶⁶ Cfr. Consejo de Derechos Humanos, resolución A/HRC/45/33 del 15 de septiembre de 2020. *Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, párrafo 92.

⁶⁷ Consejo de Derechos Humanos, resolución A/HRC/45/CRP.11 del 15 de septiembre de 2020. *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, párrafos 262, 276, 277, 278, 862, 898, 980, 1218, 1940, 1996, 2006, 2026, y 2092.

⁶⁸ Fue una operación militar en Barlovento que ejecutó de conformidad con un plan militar, el Plan Rondón. Según el plan, los disturbios del orden público, el saqueo, el narcotráfico, el secuestro, el robo y la extorsión en la zona desde 2008 resultaron en una amenaza a la seguridad de la nación. Los actos equivalían a una subversión interna que requería de una operación militar para restablecer el orden.

⁶⁹ La Misión tuvo motivos razonables para creer que se cometieron desapariciones forzadas contra doce hombres. Otros cinco jóvenes seguían desaparecidos en el momento de redactar el informe.

3. Detenciones arbitrarias

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, ejecutadas por las agencias de inteligencia SEBIN y DGCIM.

En su informe reflejó que algunos fiscales y jueces desempeñaron un rol directo en casos que constituían detenciones arbitrarias. En muchos casos, fue difícil determinar si los actores del sistema de justicia participaron voluntariamente en la detención arbitraria o si lo hicieron bajo presión.

Así mismo, identificó que el patrón utilizado por los agentes del Estado fue las violaciones recurrentes de las garantías procesales bajo los estándares nacionales e internacionales. En los casos investigados precisó que no hubo información que indicara que la legalidad de las detenciones estuviera sujeta a revisión judicial. En diversas etapas del procedimiento, el Estado no proporcionó pruebas sólidas para sustentar la participación de las personas acusadas en la comisión de actos punibles. Posteriormente se reveló que las acusaciones contra los acusados eran falsas o basadas en pruebas manipuladas. Las confesiones se extraían sin la presencia de un abogado y/o bajo coacción. También se acusó a los civiles de delitos militares contenidos en el Código Orgánico de Justicia Militar, entre ellos traición a la patria, sustracción de pertenencias militares, rebelión o ultrajes al centinela.

El incumplimiento de los plazos procesales establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal fue sistemático. Esas demoras dieron lugar a períodos prolongados de prisión preventiva, de más de dos años en muchos casos. Los tribunales no respondieron a las solicitudes de *habeas corpus* u otros recursos judiciales presentados por las personas detenidas, o sus abogados, que cuestionaban esos retrasos. Algunos individuos siguieron detenidos a pesar de haber cumplido sus sentencias. La gran mayoría de los casos que examinó la Misión permanecieron en las fases preparatoria o intermedia, a pesar de que los plazos de esas fases habían expirado en la mayoría de los casos.

Los detenidos políticos y militares también se enfrentaron a interferencias en el derecho a una defensa adecuada y a un abogado de su elección. Además, en muchos de los casos documentados, los tribunales ignoraron las solicitudes de los acusados de contar con abogados de su elección y les asignaron defensores públicos.

Hubo obstaculización para la preparación de la defensa técnica. A veces, a los abogados no se les proporcionaba los documentos esenciales; no se les informaban las fechas de las audiencias; se limitaban las visitas a sus clientes, y/o sufrían diversas formas de acoso e intimidación contra ellos o sus familias.

No hubo transparencia en la selección de los jueces y fiscales que decidirían los casos. Se eludieron los procesos de distribución de casos a fin de garantizar que se asignaran a fiscales y jueces y fiscales de forma aleatoria y aquellos que pretendían ser autónomos, independientes e imparciales fueron presionados indebidamente.

También se reveló un uso cada vez más frecuente de la jurisdicción militar para procesar y juzgar a civiles.

4. Torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes

En su informe, la Misión estimó que las fuerzas de seguridad, incluidas la GNB, la PNB y el SEBIN, sometieron a manifestantes a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el período examinado.

Las personas permanecieron en detención entre tres días y casi tres años. En casi todos los casos examinados, se negó a las personas detenidas el contacto con sus familias o abogados antes de las comparecencias iniciales ante el tribunal. Los detenidos fueron recluidos junto con otras numerosas personas que habían sido arrestadas en el contexto de las protestas y que experimentaron situaciones similares a las descritas en los casos investigados.

Las personas detenidas sufrieron malos tratos y torturas durante el arresto y el traslado a los centros de detención, así como durante la detención. Las instalaciones utilizadas para mantener a las personas detenidas antes de las comparecencias iniciales ante el tribunal no estaban equipadas como centros de detención, ya que carecían de espacio para dormir, instalaciones sanitarias o alimentos y agua. El hacinamiento era común.

Igualmente se constató que los actos de tortura o malos tratos infligidos a las personas arrestadas y detenidas en las protestas incluían golpizas, descargas eléctricas, ser forzadas a posiciones de estrés, exposición a gases lacrimógenos en áreas cerradas, violencia sexual y de género, tortura y malos tratos psicológicos.

La tortura y/o los malos tratos contra manifestantes parecían tener fines de castigo, como revela el lenguaje utilizado por las fuerzas de seguridad para humillarlos o insultarlos. En otros casos, fueron para extraer información. En muchos casos, las personas entrevistadas relataron que los agentes de seguridad les obligaron a firmar documentos que decían que sus derechos habían sido respetados y que no habían sido maltratados durante la detención.

Algunas personas detenidas durante las manifestaciones, en particular las identificadas como líderes, fueron trasladadas a las instalaciones del SEBIN. Allí estuvieron detenidos durante largos períodos, durante el cual fueron sometidos a diversas formas de tortura y malos tratos.

A MODO DE COLOFÓN

La primera conclusión que salta a la vista es que en Venezuela se aplica terrorismo de Estado. De la simple lectura del informe de la Misión se evidencia de forma incontrovertible que el ejercicio del poder estatal permite e impone un temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa de medidas coactivas prohibidas a personas inocentes. Del mismo modo, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por la perpetuación del poder.

El terrorismo institucionalizado es un peligro en ejercicio permanente. Las instituciones están fuera de control, inclusive para los organismos internacionales cuyos requerimientos no son atendidos. La institucionalización del terrorismo de Estado es tan clara que no hay equilibrio de poderes.

Se ha sustituido el derecho penal garantista por el derecho penal del enemigo. Se trata de esa perversión del ejercicio de la autoridad estatal que los gobiernos autoritarios aplican a quienes consideran sus adversarios políticos, y con esa excusa hacen todo lo necesario para aniquilarlos. Y el derecho penal del enemigo no solo es promovido por el gobierno (que se podría limitar al Poder Ejecutivo), pues todos los órganos del Poder Público actúan en forma coordinada y sectaria en contra de individuos o grupos estigmatizados como contrarrevolucionarios y cuya dignidad procura desconocer y aplastar.

El régimen utiliza el derecho penal como instrumento de persecución política y trata a sus adversarios y críticos como enemigos. En efecto, se ha instaurado en Venezuela el derecho penal del enemigo. A la par, reivindica la intolerancia a través del

uso reiterado de expresiones vilipendiosas que persiguen el desprestigio social y aniquilamiento moral de cualquier persona u organización que no aplauda las ejecutorias de la revolución ni se haga eco de las supuestas bondades del socialismo del siglo XXI. En la actualidad, el régimen de Nicolás Maduro ni siquiera tolera la imparcialidad, pues aspira a que tirios y troyanos estén alineados en sus filas y contribuyan a su perpetuación en el poder.

Lo grave es que la definición de enemigo es tan ilegítima como arbitraria. Corre la misma suerte todo aquel que resulte incómodo: dirigentes políticos de oposición, estudiantes, periodistas, los que exigen sus derechos en las calles. En este tipo genérico y amplísimo de personas están las víctimas del derecho penal del enemigo.

El uso indebido del derecho penal se ha convertido en una política de Estado. La instauración de los procesos se lleva a cabo con base en tipos penales que tienen una formulación genérica o ambigua, como “inducción a la rebelión”, “terrorismo”, “sabotaje”, “apología del delito” y “ataque o resistencia a la autoridad”, los cuales tienden a ser utilizados arbitrariamente por las autoridades.

La manipulación del poder punitivo es frecuente, la finalidad es deslegitimar y detener a los individuos que resulten incómodos al régimen. Al acusado no le respetan el derecho a la defensa y sus causas son paralizadas. Los procesos de criminalización, por lo general, comienzan con la interposición de denuncias infundadas o basadas en tipos penales no conformes con el principio de legalidad o con tipos penales que no cumplen con los estándares internacionales. En muchas ocasiones, el inicio de esos procesos penales es precedido por declaraciones estigmatizantes de funcionarios públicos, tienen duración indefinida y son acompañados con la aplicación de medidas cautelares con fines no procesales.

Sin duda, estamos frente a un régimen antidemocrático que utiliza los mecanismos del terrorismo de Estado con la pretensión de acallar hasta la más mínima e inocua expresión de disidencia. El Estado, que en la práctica se confunde con el Partido Socialista Unido de Venezuela, olvida que tiene la obligación de garantizar a todas las personas, sin exclusión alguna, el disfrute y respeto de sus derechos humanos, conforme a lo que establece la Constitución de la República, y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos debidamente ratificados.

Se trata de un terrorismo institucionalizado, de una institucionalidad sin contrapesos democráticos, de una renuencia contumaz al escrutinio internacional en materia de derechos humanos, bajo la anacrónica y absurda excusa de la soberanía nacional.

Estamos ante un terrorismo de Estado porque se ejecutan actos arbitrarios desde los poderes públicos, y se emplean métodos represivos ilegítimos contra la ciudadanía, además del uso desproporcionado de la fuerza pública ha degenerado en brutalidad extrema y pone en peligro la vida de la gente. De enero a junio de 2020, 1.611 personas fueron asesinadas por policías y militares, según los datos del Centro de Investigación de los Padres Jesuitas “Centro Gumilla” y el Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea).

La excusa del terrorismo de Estado es preservar el orden constitucional y la paz. Y en forma maquiavélica se emprende un ataque despiadado e inescrupuloso contra quienes, según el gobierno, pretenden alterar la tranquilidad y el normal desarrollo de las actividades en el país.

Indiscutiblemente, el informe permite inferir que, estamos ante una política de Estado planificada y ejecutada con la finalidad de combatir por medios ilegales las luchas sociales, paralizar o destruir a la oposición política o ideológica y al mismo tiempo la violación de los derechos humanos.

El fin está orientado a inducir miedo en una población civil determinada para alcanzar sus objetivos sociales, políticos o militares, o fomentar comportamientos que de otra forma no se lograrían. Un ejemplo de ello es la aplicación de la desaparición forzada de personas, el uso extrajudicial de las fuerzas armadas o policiales, la organización y apoyo a grupos terroristas, simulados o reales, e incluso la negligencia deliberada en su persecución.

El terror también se ha proyectado a grupos vulnerables como comunidades indígenas y mujeres. En el informe quedó reflejado que al menos 966 indígenas pemones⁷⁰ huyeron a Brasil por miedo a ser perseguidos. Los hechos y el posterior desplazamiento causaron un daño irreparable en esa comunidad indígena, quienes han sufrido violaciones de sus derechos individuales y colectivos, que atañen a sus costumbres, su territorio y la libre determinación.

Toda esta situación indica que en Venezuela se aplica el terrorismo de Estado, ya que el gobierno se ampara en la legitimidad de sus actos para utilizar clandestinamente y al margen de la ley los mismos procedimientos que los grupos terroristas.

Es inocultable que lo que hoy se vive en Venezuela es parte de la herencia política, social y económica de los países que conformaron la Operación Condor. Es el resultado de décadas de gobiernos populistas y regímenes autoritarios que pusieron en crisis a Estados de bienestar embrionarios y que contribuyeron a mantener situaciones de inestabilidad en la región, lo cual sumó obstáculos para la superación de la pobreza y la inequidad social.⁷¹ El soporte ideológico de todos estos regímenes fue la doctrina de seguridad nacional, por medio de la cual se identificaban a los movimientos de izquierda y otros grupos insurgentes como “enemigos comunes”.

Hoy son los movimientos de izquierda los que persiguen al ciudadano, lo consideran su enemigo y le aplican el terrorismo de Estado.

Cancado Trindade tuvo razón, en su mítico voto razonado en la sentencia del *caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*: ¡Cándor *redivivus!* ¡Sus métodos y prácticas atroces e inhumanas siguen siendo seguidos y aplicados, en contexto distinto, en nuestros días! ¿Cuándo aprenderá el ser humano con las lecciones del pasado, con el terrible sufrimiento de las generaciones anteriores? Si no ha aprendido hasta hoy, quizás nunca aprenderá. ¿Cuándo dejará el ser humano de deshumanizar sus semejantes? Si no ha dejado de hacerlo hasta hoy, quizás nunca dejará de hacerlo. Y continuará conviviendo con el mal, y sometándose a él. Es por eso que la lucha por la primacía de la *recta ratio*⁷² no tiene fin, como en el mito de Sísifo⁷³.

⁷⁰ Los pemones son indígenas suramericanos que habitan la zona sureste del estado Bolívar en Venezuela, la frontera con Guyana y Brasil. Son los habitantes comunes en la Gran Sabana y todo el parque nacional Canaima.

⁷¹ La mayoría de los gobiernos dictatoriales de la región del Cono Sur asumieron el poder o estaban en el poder durante la década de los años setenta, lo que permitió la represión contra personas denominadas como “elementos subversivos” a nivel inter-estatal. Miles de ciudadanos del Cono Sur buscaron escapar a la represión de sus países de origen, refugiándose en países fronterizos. Frente a ello, las dictaduras crearon una estrategia común de “defensa”. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153, párrafo 61.5.

⁷² Cfr. Al respecto, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, editorial Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 3-106 y 385-409.

⁷³ Cfr. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153, párrafo 54.

VIII. ARBITRAJE

CONSIDERACIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS*

Enrique Urdaneta Fontiveros**

SUMARIO

I. Concepto y principios generales. II. Algunos interrogantes. III. Cláusulas arbitrales escalonadas facultativas y obligatorias. 1. 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. 1. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales. A. Obligación sustantiva sin trascendencia procesal. B. Requisito de admisibilidad de la demanda. C. Requisito de procedibilidad. D. Nuestra posición. 2. ¿Quid iuris cuando se sujeta la obligación de arbitrar a la condición suspensiva del cumplimiento de los escalones previos? 3. El incumplimiento de los escalones previos no afecta la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral. 4. 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.

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 cascada¹. El carácter escalonado hace referencia a la circunstancia de que las partes convienen en escalar la resolución de la disputa a

* 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.

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, Nº 2, p. 427. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828>, consultado en fecha 20 de noviembre de 2020.

la siguiente etapa una vez que se ha intentado o se ha agotado sin éxito el mecanismo establecido en el escalón anterior².

Las cláusulas arbitrales escalonadas son pues estipulaciones mediante las cuales las partes acuerdan acudir a un mecanismo alternativo 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.

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 Mediación³, 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. 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.

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.

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.

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.

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*), las 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 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 la 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

⁶ Para un examen detallado estos métodos alternativos de solución de disputas, véase: Carolina Macho Gómez, ob. cit., *passim*.

futuros en los proyectos para la construcción del canal de Panamá y la construcción de la carretera central de Boston⁷.

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 costumbres⁸. Por supuesto, el acuerdo de recurrir a un método alternativo 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 modelo⁹. 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 disputas¹⁰. El Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) también trae una cláusula mediación-arbitraje modelo¹¹. En Venezuela, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) también ofrece una cláusula Med-Arb modelo¹².

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

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.

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, No 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.

¹¹ La cláusula modelo del CAMCA se encuentra disponible en: <https://www.intracen.org/Clausulas-Centro-de-Arbitraje-Comercial-y-de-Mediacion-para-las-Américas-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.

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 inadmisibile, 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 *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.

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.

1. 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 obligaciones¹³.

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 comprometen 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.

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*, N° 75, agosto 2015. Disponible en: <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/40823d7c38df29b509bced6a43f0d17bf22a308d.pdf>, consultado en fecha 12 de noviembre de 2020.

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 parte¹⁴. 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 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 arbitraje. 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 arreglo¹⁵.

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*

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.

¹⁵ Roque J. Caivano, “Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)”, en: Carlos Alberto Soto Coaguila (coord.), *Tratado de Derecho Arbitral*, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Peruano de Arbitraje, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, Tomo I (El Convenio Arbitral), p. 73.

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 vinculantes¹⁶. 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 motivo¹⁷.

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 escalonada¹⁸. 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 precisión¹⁹.

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

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.

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.

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 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 contravención²⁰.

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 procedimiento²¹. 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 pacto²². 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 posible ordenar su ejecución forzosa²³. 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

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.

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.

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 suposiciones²⁵.

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 entendimiento²⁶.

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 litigio²⁷. 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 este se había negado antes injustificadamente a negociar a pesar de las solicitudes del demandante,

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.

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 N° 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.

solo respondía al interés espurio de aquél de retrasar la resolución del conflicto²⁸. 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, 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 éxito³⁰.

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 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 concluyera³². Sin embargo en el caso *Aiton Australia Pty Ltd. v. Transfield Pty Ltd*

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.

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. N° 256, (2002), ¶ 30.

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/>

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 forzoso³³.

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 francés³⁴. 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 arbitraje³⁵. 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 acuerdo³⁶. 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.

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 Pty 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 N° 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.

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, N° 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/7kPWADs0eFVxxAiiByatl9dug=&txtSearchText=null&rdSb=null&dtFrom=null&dfTo=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”, *Ibid.*, 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.

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. Implican 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 disputa³⁷.

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 acudir 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 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 sería 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 escalón³⁸. 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

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.

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.

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 buena fe, pues lo único que verifican es si formalmente las negociaciones han tenido lugar⁴⁰.

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 iniciarlas⁴².

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 pleito⁴³.

³⁹ *Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil)*, Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, Laudo de fecha 24 de mayo de 1982. Disponible en: <https://jsumundi.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.

⁴⁰ En tal sentido, véase: Extracto del Laudo interlocutorio de fecha 28 de junio de 1996 en el caso CCI N° 7422, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, (2003), ob. 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 N° 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 negociar⁴⁴.

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 estas hayan concluido. Las 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.

1. Criterios doctrinarios y jurisprudenciales

Las más importantes posiciones de la doctrina y la jurisprudencia respecto de los efectos de la inobservancia 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.

A. 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 1999⁴⁵. En el mismo sentido, en los Estados Unidos de América, el

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.

⁴⁵ Tribunal de Casación de Zúrich (*Kassationengerichte*), Sentencia de fecha 15 de marzo de 1999, citada en *ASA Bulletin*, Vol. 20, N° 2, Association Suisse de L'Arbitrage, 2002, pp. 373-376. Disponible en:

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 prerequisites 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 incumplimiento contractual, pero no afecta para nada la admisibilidad de la demanda⁴⁷.

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 conve-nido 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 mismas⁴⁸.

B. 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 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

<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.

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 Piñero, “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, 201, pp. 116-117.

demanda⁴⁹. 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 inadmisibile hasta tanto no se agotase la fase de las negociaciones previas⁵¹. 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 inadmisibile 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 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 Tribunal⁵³.

⁴⁹ Cour de Cassation, Chambre Mixte, Pourvoi N° 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*, N° 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 1988, citada por Alexander Jolles “Consequences of multi-tiered Arbitration Clauses; Issues of Enforcement”, en *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 72, N° 4, CIArb/Walters Kluwer, 2006, pp. 331-332.

⁵² Ídem.

⁵³ Extracto del Laudo parcial de fecha 29 de enero de 1990 en el caso CCI N° 6276, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, ob. cit., pp. 76-78.

En otro caso, el Tribunal Arbitral consideró igualmente que la demanda arbitral sería inadmisibile por prematura si las partes han incumplido una instancia previa al arbitraje que habían convenido seguir en el contrato que ellas celebraron⁵⁴.

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.

C. 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 un requisito de procedibilidad que condiciona el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la controversia⁵⁵. 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 orientación⁵⁶. 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 esta, 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 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

⁵⁴ Extracto del Laudo preliminar de fecha 7 de junio de 1999 en el caso CCI N° 9984, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, ob. cit., pp. 85-87.

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 N° 6276, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, ob. cit., pp. 76-78; Extracto de las Órdenes Procesales Nos. 4 y 6 en el caso CCI N° 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=VzCWygDOcxdbJ6lE3XE4NCIM/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 N° 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=VzCWygDOcxdbJ6lE3XE4NCIM/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.

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 conciliación⁵⁷.

D. 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 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 inadmisión, 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 arbitral⁵⁸. 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 arbitral⁵⁹.

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

⁵⁷ Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt N° 4A_628/2015, 16 de marzo de 2016. Disponible en: <https://juricaf.org/arret/SUISSE-TRIBUNALFEDERAL/SUISSE-20160316-4A6282015>, consultado en fecha 8 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 ss.

⁵⁸ Cfr: Roque J. Caivano, ob. cit., p. 78.

⁵⁹ Anne-Carole Cremades, ob. cit., p. 67.

hubieren sido prefijadas por las partes en el pacto de negociar⁶⁰. 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 propuesta como defensa *in limine* por el demandado (*infra*, N° VI.D.).

2. ¿*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 comercial impide que se active la cláusula arbitral, es decir, que la misma entre en funcionamiento para la resolución de la controversia⁶¹.

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 conflicto⁶². Pero cuando no se establece expresamente que la inexecución 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 contrapart-

⁶⁰ Alexander Jolles, ob. cit., p. 337; Álvaro López de Argumedo Piñeiro, ob. cit., pp. 129-130.

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.

te 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, sería evidentemente contrario a la intención de las partes de resolver sus controversias de manera extrajudicial⁶³.

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 previa⁶⁴. 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.

3. 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 arbitraje⁶⁵.

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 *House 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.

⁶³ Álvaro López de Argumedo Piñero, ob. cit., p. 113.

⁶⁴ Ana Fernández Pérez, ob. cit., p. 119.

⁶⁵ Charles Jarrosson, “La sanction du non-respect d’une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation: 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 ss. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn24141?title=Revue%20de%20l%27Arbitrage> consultado en fecha 5 de diciembre de 2020.

Habiendo [las partes] prometido llevar sus disputas a los expertos y, de ser necesario, a los árbitros, es allí donde las partes deben ir⁶⁶.

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 arbitraje⁶⁷. 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 escalonada⁶⁸.

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

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 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 N° 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: Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.), *Tratado de Derecho Arbitral*, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Peruano de Arbitraje, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, Tomo I (El Convenio Arbitral), pp. 287-295.

⁶⁷ Alexander Jolles, ob. cit., p. 329 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.

los pasos previos puede afectar la validez del laudo y eventualmente determinar su nulidad, o comprometer su reconocimiento y ejecución⁶⁹.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁷⁰, 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 1958⁷¹ 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 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 arbitraje⁷².

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.

4. 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.

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 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.

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, N° 6, Kluwer Law International, 2008, pp. 840–846. Disponible en: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn30699?q=Nadia%20Darwazeh>, 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 N° 36 de fecha 30 de abril de 2008, citado en Nadia Darwazeh y Friven Yeoh, *Ibid.*

⁷³ Pedro J. Saghy Cadenas, *El Arbitraje Institucional en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 41.

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 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 una 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 arbitraje⁷⁴. 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 defensa⁷⁵.

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

⁷⁴ Luis María Brito Nieto, ob. cit.; Antonio Entrena et al., “Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica”, en: Xavier Lluch (coord.), *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos inestables*, Barcelona, 2014, pp. 761-775. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/cia-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*, N° 13, Caracas, 2020, p. 626.

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 urgencia⁷⁶.

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:

Quando 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 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 mediación⁷⁷.

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 acudir 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 mora⁷⁸.

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 solicitada⁷⁹.

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

⁷⁶ *SCM Port Royal v. Pebay et Samper*, Cour d'Appel de Paris, 14^o 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.

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”. 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://arbitrajecc.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.

derecho si el solicitante no inicia el procedimiento 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 pre-arbitral 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 parte⁸⁰; 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 infructuoso⁸¹; 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 mediación⁸²; 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 parte⁸³.

Tal y como lo declaró el Tribunal Federal suizo mediante sentencia del 6 de junio de 2007:

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, pp. 55-56. Disponible en: https://jsumundi.com/en/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, N° 1, (2003), ob. cit., pp. 82-83.

⁸² Anibal 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.

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 Tribunal Arbitral. Tiene que iniciar él mismo la mediación pactada y solicitar la suspensión del arbitraje⁸⁴.

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.

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 inútil⁸⁵.

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 deben 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.

⁸⁴ Tribunal Fédéral Suisse, Arrêt N° 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.

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 N° 4229, citado en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, (2003), ob. cit., pp. 74-75; Extracto del Laudo final de fecha 27 de noviembre de 1995 en el caso CCI N° 8073, citado en “Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *Ibid.*, pp. 80-81.

- 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 puede 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 pre-arbitral.
 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

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.

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 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.

TEORÍA SOBRE LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE

Fernando Sanquírigo Pittevil*

SUMARIO

I. Introducción. II. Concepciones del arbitraje. 1. Concepción Formalista del Arbitraje. 2. La concepción “westfaliana” o deslocalizada del arbitraje. 3. La concepción de un ordenamiento jurídico. 4. La concepción a-nacional del arbitraje. A. Algunas consecuencias prácticas de que el arbitraje sea a-nacional. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En la conceptualización del arbitraje se han sostenido, principalmente, dos concepciones sobre las cuales se ha tratado de establecer la naturaleza jurídica del arbitraje. Por un lado, encontramos quienes sostienen que el arbitraje tiene naturaleza meramente contractual¹; mientras que hay quienes sostienen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional².

Ahora bien, en la actualidad, es casi unánime encontrar que la doctrina ha encontrado un punto medio entre ambas posturas, estableciendo que el arbitraje tiene una naturaleza tanto jurisdiccional, en virtud de la existencia de un contrato; o dicho en otras palabras,

[e]l arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlín: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es justicia, privada, es cierto, pero una justicia al final y al cabo: esta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida...³.

* Abogado de la Universidad Monteávila, Especialista en Derecho Corporativo de la Unimet. Doctorando de la Universidad Católica Andrés Bello. Socio en Leña Abogados. Profesor de las Universidades Central de Venezuela, Monteávila y Católica Andrés Bello. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Subdirector de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje (2019-2021).

¹ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2ª ed., Wolters Kluwer, Netherlands, 2016, p. 3

² Mario Castillo Freyre y Ricardo Vasquez Kuzne, *Arbitraje. El juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*, Editorial Palestra, Lima, 2013, p. 44.

³ Bruto Opetit, *Teoría del arbitraje*, Editorial Legis, Bogotá, 2006, p. 57.

Si bien existe un consenso en la doctrina, de que el arbitraje tiene una naturaleza mixta⁴, no hay consenso en las implicaciones que se derivan del acuerdo arbitral, más allá de que el acuerdo determina la jurisdicción. Esto se debe, a que todavía existen concepciones “dieciochescas”⁵ que sostienen que, si bien los contratos son manifestaciones de voluntad, esta no es sino manifestación de la delegación del Estado⁶; por lo que la jurisdicción arbitral estaría sometida al ordenamiento jurídico estatal, debido a que esta no es sino (de nuevo) autorización del Estado⁷.

Según desarrollaremos a continuación, nuestra visión sobre el arbitraje, si bien parte de la idea contractualista-jurisdiccional, se aparta de las concepciones que someten al arbitraje al Estado, incluso ante la escogencia de la *lex arbitri* y subsiguiente determinación de la sede arbitral; y también nos apartaremos de la concepción que establece que el arbitraje orbita en un ámbito transnacional.

Igualmente, revisaremos la concepción que considera al arbitraje desde un punto de vista autónomo, lo cual compartimos, pero que terminan considerándolo un ordenamiento jurídico independiente, con lo cual, definitivamente no comulgamos; ya que, como veremos, si bien el arbitraje cuenta con autonomía e independencia, no cuenta, con las características que determinan la existencia de un ordenamiento jurídico.

Finalmente, desarrollaremos las consecuencias prácticas que se derivan de la autonomía con la que cuenta el arbitraje, lo que esperamos sirva a la comunidad arbitral a comprender, que no existe jerarquía ni sometimiento a la jurisdicción de los Estados ni a otras normas que las partes hayan establecido como las aplicables al caso concreto.

II. CONCEPCIONES DEL ARBITRAJE

1. Concepción Formalista del Arbitraje

Existe una vieja corriente entre aquellos que ejercen el arbitraje, en considerar que el arbitraje se encuentra sometido al ordenamiento jurídico estatal. Así, el profesor F. A. Mann en un trabajo denominado *Lex Facit Arbitrum*⁸ dedicado a responder las aseveraciones del profesor Berthold Goldman⁹, defendió con tajantemente esta postura.

Así, el profesor Mann sostenía, entre otras cosas, que no puede existir un arbitraje si no se encuentra sometido a un ordenamiento jurídico¹⁰, dado que la sede del arbitraje controla, permite y determina la existencia del arbitraje¹¹. De esta forma, según palabras del profesor Mann, la sede del arbitraje

⁴ Julian D. M. Lew, “Achieving the dream: Autonomous Arbitration”, en: *Arbitration International*, N° 22 Issue 2, junio 2006, Oxford University Press, London, 2006, p. 186.

⁵ Término utilizado por Mario Castillo Freyre y Ricardo Vasquez Kuzne, ob. cit., p. 42.

⁶ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 155.

⁷ Chittharanjan F. Amerasinghe, *International Arbitral Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 47.

⁸ Republicado en *Arbitration International*, N° 2 Issue 3, julio 1986, Oxford University Press, London, 1986, pp. 241-261.

⁹ El profesor Berthold Goldman en 1963 durante un curso en la Haya sobre Derecho Internacional sostuvo que los árbitros no tienen foro, y en caso de atribuirse uno, sería el mundo entero. Sobre este particular, ver Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010. p. 1.

¹⁰ Frederick Alexander Mann, “The UNCITRAL Model Law – *Lex Facit Arbitrum*”, en: *Arbitration International*, N° 2 Issue 3, julio 1986, Oxford University Press, London, 1986, p. 244.

¹¹ *Ibid.*, p. 246.

*governs the whole of the tribunal's life and work. In particular, it governs the validity of the submission, the creation and composition of the tribunal, the rules of the conflict of laws to be followed by it, its procedure, the making and publication of its award. This does not mean that the lex arbitri will invariably be applied to all these matters as well as to others that may fall to be considered. On the contrary, most legal systems, when called upon to function as lex fori of arbitrations, allow much room for the application of the rules of other legal systems. The scope of such reference, however, is in principle determined by the lex arbitri from which any enquiry must start and to which it will revert at many points*¹².

Lo anterior tiene una justificación arraigada en la idea de la doctrina positivista, entendida esta en el sentido de que solo el Estado es creador de normas jurídicas, y por tanto, la normatividad de los contratos existe únicamente por autorización del Estado. Lo anterior, por simple lógica, llevaría a la conclusión de que los laudos arbitrales serían reconocidos por el Estado, únicamente porque este permite a las partes contratar el arbitraje, o dicho de otra forma “[o]ne can begin with the simple proposition relating to substantive rights that a contract is not law, and no award can be binding simply by virtue of the parties’ agreement to be bound. A contract depends for its force on recognition by law”¹³.

Lo anterior, también había sido sugerido por el profesor F. A. Mann, quien aseveró en su trabajo que

*[n]o one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which would permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law; even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given municipal law and in different systems may have different characteristics and effects. Similarly, every arbitration is necessarily subject to the law of a given State. No private person has the right or the power to act on any level other than that of municipal law. Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may conveniently and in accordance with tradition be called the lex fori, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the lex arbitri or, in French, la loi de l’arbitrage*¹⁴.

Ello llevaría a que la implicación de la diferencia entre arbitraje nacional y arbitraje internacional es un sinsentido, puesto que todo arbitraje es nacional, dado que está anclado y sometido dentro de los confines que determina la *lex arbitri*, la cual siempre será ley de un Estado en particular¹⁵.

Las aseveraciones anteriores caen por su propio peso. Si se presta atención a la naturaleza de las Constituciones, entendidas estas como un Contrato Social, tal y como lo propusieron muchos autores del movimiento ilustrado, entre ellos Jean-Jacques Rousseau; entonces habría que preguntarse, quién o qué derecho local otorgó la autorización a los ciudadanos para que crearan el contrato de contratos, esto es su propia Constitución¹⁶.

Aún más, si se atiende al paradigma positivista de la existencia de normas y al entendido moderno de la Constitución como norma de normas, esta vendría a realizar

¹² *Ibid.*, p. 248.

¹³ Roy Goode, “The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, en: *Arbitration International*, N° 17, Issue 1, marzo 2001, Oxford University Press, London, 2001, p. 29.

¹⁴ Frederick Alexander Mann, ob. cit., p. 245.

¹⁵ Stavros Brekoulakis, “International Arbitration Scholarship and the Concept of Arbitration Law”, en: *Fordham International Law Journal*, N° 36, Issue 4, 2013, The Berkeley Electronic Press, New York, p. 772.

¹⁶ Mario Castillo Freyre y Ricardo Vasquez Kuzne, ob cit., pp. 40-41.

una doble función (i) la garantía de los derechos; y (ii) el establecimiento de la separación de poderes¹⁷; lo que implicaría que la Constitución en su función de garantizar los derechos, debe garantizar, entre otros, la libertad de las personas, incluida la libertad del ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Lo anterior, pareciera no tener mayor relevancia respecto del arbitraje; pero bajo la concepción formalista propugnada por F. A. Mann se observa que el Estado es creador de libertades, mientras que en la concepción del constitucionalismo moderno se observa que el Estado existe para reconocer (no crear) y garantizar las libertades, lo que reafirma que la existencia de la potestad de contrar de las personas existe incluso antes que la existencia misma de la ley. Ello implica, tal y como ha sostenido la doctrina que el acuerdo de arbitraje y por consiguiente el laudo arbitral deban ser reconocidos por el Estado¹⁸, en tanto el ejercicio de la libertad efectivamente reconocida y garantizada por el Estado¹⁹.

2. La concepción “westfaliana”²⁰ o deslocalizada del arbitraje

Una segunda postura, quizá más liberal, es la que considera que el arbitraje no necesita fundamentalmente el reconocimiento del Estado de la sede del arbitraje, sino que el arbitraje sería medido por la efectividad del reconocimiento internacional que tenga el laudo arbitral, haciendo de la naturaleza del arbitraje, una meramente internacional²¹.

Así, la efectividad del laudo —en el sentido de su susceptibilidad de ser reconocido y ejecutado— no depende del reconocimiento que se haga del mismo en la sede del arbitraje, por lo que esta ya no determinará la validez del arbitraje (como en la concepción formalista); sino que el reconocimiento del arbitraje, y por tanto del laudo, dependerá de los Estados que, aun no habiendo sido sedes de dicho arbitraje, elijan reconocer y ejecutar el laudo.

Así, según lo referido por el profesor Arthur Taylor von Mehren²² en una conferencia en la Universidad de Tel Aviv en 1986

[c]ontemporary arbitration proceedings are thus ambulatory in the sense that they need not be geographically localized. There is no requirement in practice that the politically organized society on whose territory an arbitration is to proceed accord its prior autho-

¹⁷ Manuel Aragón Reyes, “La Constitución como paradigma”, en: *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta. Madrid, 2007, p. 30; quién además señala que “[l]o que resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que este, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida”. *Ibid.*, p. 32.

¹⁸ Julian D. M. Lew, ob cit., p. 187.

¹⁹ Ver también Freddy Escobar Rozsa, *Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales*, Editorial Palestra, Lima, 2020. p. 140.

²⁰ Según Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 29, se denomina sistema westfaliano “*by analogy to the world order based on a juxtaposition of sovereign powers established for the international community after the 1648 Peace of Westphalia. According to this model, which for many best defines contemporary international law, States—and not any supranational order—are the sole source of sovereignty, and the legitimacy of international organizations themselves comes from the fact that their existence is a product of the will of sovereign States. This model does not, of course, exclude inter-State cooperation*”.

²¹ Emmanuel Gaillard, ob cit. pp. 24-25.

²² Citado por Emmanuel Gaillard, ob cit., p. 28.

ization. Furthermore, though assistance from national court systems can be helpful in various ways, usually arbitrations can effectively proceed without such court assistance. Where recognition and enforcement of the award are desired, the Austinian sovereign can impose conditions before affording the requested assistance. However, no sovereign enjoys an exclusive right to deal with the award and one or more sovereigns' denial of recognition or enforcement does not deprive the award of its legitimacy nor necessarily render it worthless. In the case of judicial proceedings, sovereignty is focused; in the case of international commercial arbitration, it is diffuse or distributed. As a result, unlike the judge, the arbitrator has no lex fori.

Lo anterior no pareciera tener un enfoque práctico real, ni ningún otro sustento teórico, más allá del que pretende “desvincular al arbitraje comercial internacional del control del derecho correspondiente al lugar donde se lo celebra”²³. Sin embargo, quienes propugnan esta concepción encuentran su mayor sustento en la Convención de New York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual, es una de las convenciones más ratificadas en la actualidad²⁴.

Específicamente, la interpretación literal que se ha dado a la Convención de New York en su artículo V²⁵, ha encontrado el apoyo para propugnar la concepción “westfaliana”. Así, el artículo mencionado se entiende que le otorga al Estado en el que se solicita la ejecución del laudo arbitral una facultad o posibilidad de ejecutar o no el laudo, independientemente de los vicios que puedan haber tenido tanto el laudo como el procedimiento del que aquel emanó.

Así, en la redacción de dicho artículo V, al establecer que se “se podrá denegar”, y en su versión en inglés “*may be refused*”, han hecho que la jurisprudencia y cierta parte de la doctrina afirmen la naturaleza independiente e internacional del arbitraje.

Decisiones como las de *Chromalloy Aeroservices vs. Arab Republic of Egypt* de la Corte del Distrito de Columbia; *Hilmarton vs. Omnium de Traitment et de Valorisation* de la Corte de Casación Francesa; *Department of Civil Aviation of the Government of Dubai vs. International Bechtel Co.*, de la Corte de Apelaciones de París; han ordenado la ejecución de los laudos, independientemente de que los mismos habían sido anulados en la sede del arbitraje²⁶.

La significación de lo anterior es importante, puesto que implica que la *lex arbitri* y por tanto la sede del arbitraje, tienen una función reducida siendo meramente práctica; esto es que, entre otras cosas, la sede del arbitraje se escoge por su cercanía a las pruebas del caso y al domicilio de las partes²⁷.

Si bien la concepción “westfaliana” presenta la importancia del reconocimiento del laudo como paradigma del arbitraje, entendiendo que el arbitraje carecería de algún valor si los Estados no le reconocieran y otorgaran carácter de cosa juzgada y ejecutiva a los laudos; se olvida o minimiza la importancia que tiene la autonomía de las partes al momento de acordar el arbitraje, y en el procedimiento que, en definitiva, produce el laudo.

²³ Alan Redfern, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 168.

²⁴ La Convención de New York ha sido ratificada por 166 países. Ver <http://www.newyorkconvention.org/>

²⁵ Artículo V(1) de la Convención de New York “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución”.

²⁶ Julian D. M. Lew, ob. cit., p. 198.

²⁷ Stavros Brekoulakis, ob. cit., p. 768.

En primer lugar, la importancia de la sede arbitral tiene fundamento más que arraigado en la práctica arbitral. Así, funciones como dar certeza a las partes respecto de la coerción legítima que podrá ser utilizada en caso de una parte en rebeldía, el nombramiento de los árbitros, la asistencia en la actividad probatoria, ejecución de medidas cautelares²⁸; son quizá fundamentos esenciales que dan fuerza a la idea de la necesidad de la sede arbitral.

La *lex arbitri* que determina la sede del arbitraje²⁹, regula aspectos internos del arbitraje, que sin duda el Estado busca garantizar, como la autonomía de la voluntad de las partes, el debido proceso, la igualdad entre las partes, etc³⁰. Pretender, como hace la concepción “westfaliana”, que un arbitraje únicamente va a ser reconocido sin que exista garantía de los derechos de las partes es, sin duda, un sinsentido jurídico.

Así, el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral debe depender de que las garantías procesales mínimas hayan sido respetadas a las partes, y esto se puede hacer únicamente, tomando en consideración las reglas a las que están sometidos los árbitros cuando enfrentan la tarea de adjudicar los derechos de las personas enfrentadas en una controversia.

Ello se debe a que lo que pretende la concepción “westfaliana” es que el tribunal del Estado al que se le presenta el laudo para su reconocimiento y ejecución, debe enfocarse únicamente “*on the raw product constituted by the award, and no longer on the court decisions surrounding the award that may have been rendered at the seat of the arbitration*”³¹; al contrario de lo que piensa otro sector de la doctrina, quienes haciendo una interpretación más extensiva de la Convención de New York, aún consideran que la sede del arbitraje y, por tanto la *lex arbitri*, tiene importancia capital y por tanto sería imposible negar el control que debe hacerse al procedimiento arbitral, incluso antes de la emisión del laudo³².

Pero, además, desde el punto de vista práctico, se presenta un problema mayor. Es un principio general del arbitraje, que los árbitros tienen el deber de dictar un laudo que sea susceptible de ser ejecutado³³. Así, sostener la concepción “westfaliana” implicaría poner a los árbitros a revisar todas las posibles legislaciones en que el laudo podría ser ejecutado para evitar que dicha ejecución sea rechazada. Esto sin duda, presentaría un problema mayor para los árbitros, que desde el punto de vista de la *lex arbitri* se minimizaría, puesto que la certeza que se impone sobre determinadas normas (materias arbitrales, nacionalidad de los árbitros, arbitrabilidad subjetiva) tendería a ser cumplido por los árbitros con el apego a la *lex arbitri* y no a una o varias legislaciones de Estados distintos y seguramente disímiles.

No hay sorpresa, entonces, en porqué parte de la doctrina ha dicho que la propuesta del modelo “westfaliano” o deslocalizado del arbitraje es un estéril debate en determinar las razones que llevan a las partes a lelegir la sede del arbitraje³⁴.

²⁸ Ver Gary Born, ob. cit. pp. 111 ss.

²⁹ Si bien esta afirmación parece ser una regla de oro, en la práctica no es definitivamente cierto; aunque de elegirse una sede arbitral distinta a la del Estado que dicta la *lex arbitri* puede generar ciertos problemas prácticos importantes, sobre todo de procedimiento. Sin embargo, leyes como la de Suiza, Holanda, Italia y Francia permiten someter al procedimiento arbitral al régimen procesal de su preferencia, refiriendonos a “régimen procesal” el determinado en la *lex arbitri*. Sobre este respecto ver Alan Redfern, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit., pp. 164-166.

³⁰ *Ídem*.

³¹ Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 30.

³² Alan Redfern, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit., p. 169.

³³ Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 33.

³⁴ Stavros Brekoulakis, ob. cit., p. 767.

3. La concepción de un ordenamiento jurídico

Una tercera concepción sobre la teoría del arbitraje propone que este es un ordenamiento jurídico independiente que trasciende los límites de los Estados, ya sea por su vinculación a la sede del arbitraje o por el reconocimiento que se le da al laudo en el lugar de la ejecución³⁵, para así interrelacionarse con la comunidad internacional; de tal forma que el ordenamiento jurídico arbitral orbitaría dentro del sistema trasnacional del derecho³⁶.

La concepción del ordenamiento jurídico del arbitraje se aparta de la concepción “westfaliana” debido a que esta última considera que el arbitraje es internacional por sujeción a todos los ordenamientos jurídicos en los que se pretenda la ejecución, individualmente considerados; mientras que la concepción del ordenamiento jurídico propugna que el reconocimiento generalizado del arbitraje³⁷ por parte de los Estados, colectivamente considerados, ha creado un ordenamiento jurídico independiente, tal y como los Estados crearon en su momento el Derecho Internacional³⁸, por lo que dicho ordenamiento se suscribe dentro del paradigma positivista³⁹.

Además, quienes propugnan la concepción del ordenamiento jurídico, no solo se quedan en sostener que el ordenamiento jurídico arbitral está compuesto por aquellas normas estatales que reconocen el arbitraje –sea su origen (el acuerdo arbitral), el procedimiento o su resultado (el laudo)–; sino que además aseveran que este ordenamiento jurídico está compuesto por normas, políticas, estándares y principios emanadas de actores no estatales⁴⁰ que son publicados por instituciones arbitrales, asociaciones, departamentos de firmas de abogados especializados de arbitraje, organizaciones y cámaras de comercio⁴¹.

Igualmente hay quienes aseveran que el ordenamiento jurídico arbitral está compuesto por la costumbre de quienes participan de él⁴²; llegando incluso a asegurar que puede observarse la idea de un ordenamiento jurídico en virtud de la cohesión que se le ha dado a dicho ordenamiento por parte de las decisiones de los jueces y árbitros que componen al sistema, lo que, en última instancia, demuestra que las normas, políticas, estándares y principios que componen al arbitraje, al ser reconocidas por la mayoría de estas decisiones jurisdiccionales, dan vida al ordenamiento jurídico arbitral⁴³.

³⁵ Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 35.

³⁶ *Ibid.*, p. 46.

³⁷ Ya esta concepción ve al arbitraje como un todo, sin enfocarse únicamente en el laudo arbitral únicamente, tal y como hace la concepción “westfaliana”.

³⁸ Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 46, en donde el Profesor Emmanuel Gaillard explica que “*The notion of an arbitral legal order accounts for the fact that, in practice, States broadly agree on the conditions that an arbitration must meet in order for it to be considered a binding method of dispute resolution, the result of which, the award, deserves their sanction in the form of legal enforcement. As arbitrators’ power to adjudicate rests on the ultimate recognition of their awards by States, this approach remains in keeping with positivist thinking. As no State alone holds a monopoly over such recognition, this representation of international arbitration accepts the idea that a system rising above each national legal system taken in isolation can be brought about by the convergence of all laws*”.

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ Stavros Brekoulakis, ob. cit., p. 762.

⁴¹ *Ibid.*, p. 778

⁴² *Ibid.*, p. 777

⁴³ Thomas Schultz, “Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes” en: *The American Journal of Jurisprudence*, N° 56, Oxford Academic, Indiana, 2011, p. 63.

La consecuencia práctica que se deriva del arbitraje como ordenamiento jurídico, implica que este goza de plena autonomía de los ordenamientos jurídicos estatales⁴⁴, y por lo tanto, al igual que la concepción “westfaliana”, apunta que el laudo no está integrado al derecho de la sede del arbitraje⁴⁵, ya que su existencia y validez proviene propiamente de su ordenamiento jurídico propio⁴⁶.

A pesar de los esfuerzos por asignar al arbitraje una naturaleza de ordenamiento jurídico independiente, consideramos que existen algunas fallas en la lógica de esta concepción que deben corregirse; sin dejar de un lado los aportes fundamentales que intentan propungar.

No es debatido en la doctrina que el arbitraje proviene de un acuerdo arbitral que determina la jurisdicción del tribunal que decidirá la disputa, o tal y como expresó la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1974 en el caso *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, “*An agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posits not only the situs of suit but also the procedure to be used in resolving the dispute...*”.

De esta forma, la jurisdicción arbitral pareciera no ser producto de la creación de uno o más Estados, sino que proviene, precisamente, del acuerdo de las partes. Esto, en principio, parece poner en tela de juicio la aseveración de que el arbitraje es un ordenamiento jurídico, debido a que, en la realidad, no existe una única jurisdicción arbitral, sino tantas jurisdicciones, como acuerdos arbitrales existan⁴⁷.

No puede negarse que el arbitraje propiamente dicho consiste en un conjunto de normas de procedimiento⁴⁸ que se hacen coercibles u obligatorias en virtud del acuerdo de las partes. Esta idea choca con la idea del ordenamiento jurídico, puesto que, desde el punto de vista jurídico, para que exista un ordenamiento jurídico, deben existir los denominados *axiomas*⁴⁹ o regla de reconocimiento⁵⁰, las cuales son aquellas normas “cuya pertenencia al sistema no depende de ninguna otra... y su identificación es indispensable no solo para determinar la pertenencia al sistema de las demás normas, sino también para concebir de forma unitaria el sistema jurídico y para distinguirlo de otro...”⁵¹, lo que implica que el ordenamiento jurídico “se construye a partir de cadenas de validez en cascada que legitiman la producción normativa en los diversos niveles del sistema”⁵².

Así, si se aceptara la idea del acuerdo arbitral como fundamento del reconocimiento del arbitraje y su jurisdicción, tal y como se ha sostenido en este trabajo, por lógica debería entenderse que existen tantos ordenamientos jurídicos como cláusulas de arbitraje existan, puesto que la regla de reconocimiento, que hace depender a todo el arbitraje, se sujeta sobre la cláusula arbitral; y baste con hacer una observación práctica: si antes o durante un arbitraje, las partes acuerdan resindir la cláusula arbitral, todas las normas que vinculaban a las partes en virtud de dicho acuerdo, dejarán de

⁴⁴ Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 59.

⁴⁵ La Corte de Apelaciones de París, en el caso de *La Société S.A. Lesbats et fils vs. Monsieur Volker Le Docteur Grum*, en sentencia del 18 de enero de 2007 estableció que “*arbitrators are not an integral part of the legal organization of the seat...*”. Tomado de Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 62.

⁴⁶ Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 62.

⁴⁷ Thomas Schultz, ob. cit., p. 60.

⁴⁸ Stavros Brekoulakis, ob. cit., p. 778.

⁴⁹ Luis Prieto Sanchís, *Teoría del Derecho*, 6ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 106.

⁵⁰ Herbert L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 147.

⁵¹ Luis Prieto Sanchís, ob. cit., p. 106.

⁵² Manuel Calvo García, *Teoría del Derecho*, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 135.

ser obligatorias para estas e incluso para el tribunal arbitral (obviamente, de haberse constituido).

Igualmente podría pensarse que la regla de reconocimiento o axioma, puede encontrarse en la *lex arbitri* o en la Convención de New York, lo que implicaría sostener, en el primer caso, que al ser la *lex arbitri* parte de un ordenamiento jurídico estatal, no podría esta crear a su vez un ordenamiento jurídico independiente, por lo que habría que sostener nuevamente la concepción formalista del arbitraje, arriba expuesta y criticada; y en el segundo caso, que el reconocimiento de los laudos, que es el espíritu de la Convención de New York es lo que da coherencia y unidad al ordenamiento jurídico, lo que implicaría que la concepción “westfaliana” le da unidad a los laudos arbitrales y no al resto de las normas que orbitan alrededor del arbitraje que existen mucho antes de la emisión del laudo arbitral.

Quizá otro error que valga la pena traer a colación en esta concepción, es la que sostiene que el ordenamiento jurídico arbitral está compuesto por normas, principios, estándares y políticas emanadas de actores no estatales; que, además, son reconocidas por los árbitros y jueces, lo que en la práctica cohesionaría el sistema, creando así el ordenamiento jurídico arbitral.

Si bien no negamos la posibilidad de que actores no estatales puedan dictar normas, estas no siempre cuentan con el carácter vinculante por sí mismas, sino que –de nuevo– necesitarán de la fuerza que le da la autonomía de la voluntad de las partes para tener existencia propia o de cualquier otra autoridad⁵³. Ello hace que dichas normas de contenido *soft* no puedan ser incluidas dentro de un ordenamiento jurídico, sino que se necesitará de actos posteriores que den validez y eficacia a dichas normas al caso concreto.

A pesar de que muchas de esas normas no cuentan con la fuerza obligatoria necesaria para ser consideradas propiamente normas jurídicas por sí mismas, se insiste en la idea de la obligatoriedad de las mismas, por el reconocimiento que le ha dado la jurisprudencia en general (tanto nacionales como arbitrales) a dichas normas, creándose, en términos de Hart, la norma de reconocimiento necesaria para la cohesión y existencia del ordenamiento jurídico.

Aquí, la práctica una vez más nos demuestra el problema que se presenta con la aseveración anterior. En primer lugar, los tribunales nacionales están sometidos a las decisiones que les imponen su propio ordenamiento jurídico, por lo que, si bien puede existir un diálogo jurisprudencial entre tribunales de distintas jurisdicciones, difícilmente existe una vinculación al precedente de otras que hagan que las decisiones sean similares de forma tal que cohesionen el sistema. Un ejemplo de ello se puede encontrar en la idea de la ejecución del laudo anulado en la sede, en donde tribunales estatales como los de Francia y Estados Unidos han considerado la posibilidad de permitir la ejecución a pesar de haberse anulado el laudo; mientras que en otras jurisdicciones como en Holanda⁵⁴ o Inglaterra⁵⁵ que rechazan la idea de ejecutar el laudo que haya sido anulado⁵⁶.

⁵³ Al respecto hemos expuesto en otro trabajo cuál es la naturaleza del *soft law* y su relación con la autonomía de la voluntad de las partes. Ver Fernando Sanquírigo Pittevil, “*Soft Law*. Derecho y Terminología”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2020.

⁵⁴ Ver la decisión de la Suprema Corte en *Maximov vs. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat*.

⁵⁵ El mismo laudo referido en la nota anterior, que trató de ejecutarse en Holanda fue solicitada su ejecución en Inglaterra.

⁵⁶ Sherina Petit y Ben Grant, “Awards set aside or annulled at the seat. Zombies, ghost and buried treasure”, en: *International arbitration report*, Issue 10, Norton Rose Fulbright, 2018, pp. 20-22.

Igual consideración requieren las decisiones de los tribunales arbitrales. Se sabe que los laudos no generan jurisprudencia o precedente⁵⁷, a pesar de que algunos laudos han aceptado la influencia de las decisiones de otros laudos⁵⁸, y que esta influencia ha contribuido al desarrollo de las concepciones del arbitraje⁵⁹; pero al no existir jerarquía entre los tribunales arbitrales⁶⁰, difícilmente pueda aseverarse la idea de un ordenamiento jurídico arbitral.

Pero además, aseverar la existencia de una cohesión del ordenamiento jurídico a partir de las decisiones arbitrales parece ser una afirmación sin sustento suficiente. Tal y como se ha expuesto

[o]nly 12% of the decisions adopted under the auspices of International Chamber of Commerce (ICC) are published (with a three-year delay). The percentage of decisions published is even weaker for the majority of other arbitration institutions, according to a recent study by Alexis Mourre. Finally, secrecy remain the rule for ad hoc arbitration. Furthermore, the result of the comprehensive study that Gabrielle Kaufmann-Kohler undertook is that only 15% of the decisions published by the ICC, that is about 30 decisions, refers to previous arbitral decisions...⁶¹.

Cabe preguntarse, si realmente la jurisprudencia arbitral ha creado suficientemente una cohesión en las normas arbitrales (propriadamente jurídicas o no) para crear un verdadero ordenamiento jurídico.

4. La concepción a-nacional del arbitraje

Muchas han sido las veces que se ha hecho mención al postulado *a-nacional* del arbitraje, siendo uno de los primeros en apuntar esta naturaleza el profesor Bruno Oppetit⁶². Sin embargo, la determinación del sentido a-nacional del arbitraje ha sido multívoca, en ocasiones para equipararla a la concepción ‘westfaliana’ del arbitraje, en otras ocasiones para equipararla a la concepción del ordenamiento jurídico independiente.

Sin embargo, como vimos, el sentido real en que deberían entenderse cada una de estas concepciones debería ser como *internacional*, en el caso de la concepción “westfaliana”; y transnacional, en el caso de la concepción del ordenamiento jurídico arbitral. Así, atender a la concepción a-nacional del arbitraje implica un entendimiento más profundo de lo que nosotros consideramos es el arbitraje.

Insistimos en que es un punto común en la doctrina y la jurisprudencia entender que el arbitraje tiene un origen contractual con efectos jurisdiccionales⁶³, esto es, que el contrato de arbitraje de las partes opera no solo como elección de un foro, sino como mecanismo creador de jurisdicción⁶⁴, lo cual es el punto de partida de nuestra concepción a-nacional del arbitraje.

⁵⁷ Thomas Schultz, ob. cit., p. 67.

⁵⁸ Gary Born, ob. cit., p. 373.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ Decisión sobre jurisdicción en caso CIADI N° ARB/02/6 del 29 de enero de 2004 *SGS Société Générale de Surveillance SA vs. Republica de Filipinas*.

⁶¹ Gilbert Guillaume “The use of precedent by International Judges and Arbitrators”, en: *Journal of International Dispute Settlement*, Vol 2, N° 1, 2011, Oxford Academic, Reino Unido, 2011, p. 15.

⁶² Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje*, Legis Editores, Bogotá, 2006.

⁶³ Fernando Sanquírigo Pittevil, “Orden público adjetivo y arbitraje”, en: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 3, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2019, p. 329.

⁶⁴ Julian D. M. Lew, ob. cit., p. 181; Mario Castillo Freyre y Ricardo Vasquez Kuzne, ob. cit., p. 47; Gonzalo Stampa, “El comercio internacional: definición y regulación. La denominada *lex mercatoria*.”

Lo anterior tiene una significación profunda que parece ser olvidada dentro de la doctrina arbitral en general al momento de tratar de explicar la teoría general del arbitraje, más allá de su función interna. Así, el arbitraje es producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, por medio del cual, repitamos, se crea una jurisdicción y se elige esa jurisdicción como foro especial de solución de controversias.

Desde este punto de vista, si aceptamos la teoría contractualista del Estado, la cual propugna, como hemos mencionado anteriormente, que el Estado es producto del concurso de voluntades de los ciudadanos mediante un Contrato; la lógica nos llevará a darnos cuenta que ese Contrato Social creador del Estado, entre las instituciones jurídicas que crea mediante el concurso de voluntades es la jurisdicción estatal. Así es que la teoría procesalista, arraigada en la postura más positivista, entiende a la jurisdicción se como una función y estatal⁶⁵.

Sin embargo, debemos insistir que, si aceptamos que la autonomía de la voluntad, como manifestación indisoluble de la libertad, creadora del Estado y por tanto de su jurisdicción, no podríamos negar que dicha autonomía de la voluntad sería capaz de crear una jurisdicción distinta a la del Estado. Sería un sinsentido, tal y como proponen algunos, afirmar que la facultad para crear contratos proviene de una autorización de la ley⁶⁶. Ya Frédéric Bastiat enseñaba en el siglo XIX que

[e]l derecho colectivo tiene, pues, en principio, su razón de ser, su legitimidad, en el derecho individual, y la fuerza común no puede tener racionalmente otro fin, otra misión, que las fuerzas aisladas a las que sustituye. Así como la fuerza de un individuo no puede atentar legítimamente contra la persona, la libertad y la propiedad de otro individuo, así también la fuerza común no puede aplicarse legítimamente a destruir la persona, la libertad y la propiedad de los individuos o de las clases⁶⁷.

Dicho de otra forma, si la fuerza creadora del Estado es la autonomía de la voluntad, entendida como el concurso de voluntades individualmente manifestadas, es un contrasentido afirmar que el “ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley”⁶⁸, puesto que habría que buscar en la ley la autorización de la creación del Estado.

Pero es que, además, si no se atiende a la concepción contractualista del Estado, sino a posturas como la de Santi Romano, que establece que el Estado es un hecho en sí mismo –un sistema u organización– y por tanto un ordenamiento jurídico, que creará las normas, entre estas la Constitución⁶⁹, posterior a su origen; habría aún que preguntarse cuáles son los límites que tiene ese Estado, respecto de la esfera de lo que puede y lo que no se puede legislar.

Así, independientemente de la postura que se asuma respecto del Estado, se sabe que la Constitución, como paradigma de conformación moderna del Estado, es una

El arbitraje comercial internacional: definición y principales características”, en: *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 50.

⁶⁵ Aristides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 13ª ed., Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003, Tomo I, p. 105.

⁶⁶ Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Contrato y Libertad Contractual” en: *Themis, Revista de Derecho*, N° 49, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 12.

⁶⁷ Frédéric Bastiat, “La Ley”, en: *Frédéric Bastiat Obras Escogidas*, 2ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 182.

⁶⁸ Luis Díez-Picazo y Ponce de León, p. 12.

⁶⁹ Santi Romano, *El Ordenamiento Jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2010.

“técnica de libertad, o sea, que es la técnica jurídica, a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderlos violar”⁷⁰.

Ello implica, sin lugar a dudas, que el entendimiento de las libertades de los individuos, entre estas la del ejercicio de la autonomía de la voluntad, viene dado por el reconocimiento –más no creación– de estas por parte del Estado; razón por la cual, reconocer la libertad de los individuos implica garantizar el ejercicio de esa libertad, bajo los límites de la preservación del orden público.

De esta forma, la creación de una jurisdicción individual, que se manifiesta por medio del contrato de arbitraje, derivada del ejercicio de la libertad en su especie de autonomía de la voluntad, obliga a los Estados a reconocerla, ya que no hacerlo, implicaría a todas luces, atentar contra la existencia misma del Estado, además de violar su principal obligación, la cual es la preservación de la libertad de los particulares.

Queda entendido que la piedra angular del arbitraje y su jurisdicción se deriva entonces de la autonomía de la voluntad, por lo que el reconocimiento de esta jurisdicción arbitral y por tanto de su resultado –el laudo– no son sino una cadena de responsabilidad y obligación derivada de la existencia misma del Estado.

Todo lo anterior, nos lleva a explicar que la jurisdicción arbitral no puede ser entendida como algo que sea creado o permitido por el Estado, sino que la creación de la jurisdicción arbitral depende de los individuos que la pactan, mientras que el Estado está obligado a reconocerla y a darle validez y ejecutividad, mediante las formas que su ordenamiento jurídico le permita⁷¹.

La obligación a la que está sometido el Estado de reconocer la libertad creadora de jurisdicción de las personas, no implica una obligación ilimitada. En efecto, el Estado tiene otras obligaciones que debe ponderar conjuntamente con la obligación de reconocimiento de la libertad, para a su vez, garantizar el resto de las libertades de los individuos.

Es así que el reconocimiento que hacen los Estados del arbitraje debe darse bajo los parámetros de revisar que la manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad fuese realmente libre, que se protejan los derechos del debido proceso e igualdad de las partes, así como que se evite violar las disposiciones del orden público interno del Estado. Todo esto es cónsono con las disposiciones de la mayoría de las leyes de arbitraje y aún más con la Convención de New York. Estos textos normativos de los Estados propenden al reconocimiento, y garantizan el ejercicio de las libertades y los derechos de los particulares.

Así, cada jurisdicción arbitral pactada sería “paralela” o “concurrente” a las demás jurisdicciones, tanto estatales (tribunales nacionales), como internacionales (p.e. Corte Internacional de Justicia).

Desde el punto de vista práctico, podría argumentarse de la siguiente forma. El Estado venezolano reconoce la jurisdicción italiana, y admite la ejecución de sus decisiones, mediante un procedimiento de *exequatur*, en donde revisa que se hayan cumplido formalismos tendentes a garantizar las libertades y derechos⁷² de las partes que disputaron su conflicto en los tribunales italianos.

⁷⁰ N. Matteucci, citado por Manuel Aragón Reyes, ob. cit., p. 34.

⁷¹ Julian D. M. Lew, ob cit., p. 187.

⁷² Estos requisitos están determinados en Venezuela por la Ley de Derecho Internacional Privado

Igual situación sucede con el arbitraje. Estados Unidos reconoce la jurisdicción arbitral de dos partes que pactaron dicha jurisdicción, y admite la ejecución de la decisión mediante un procedimiento en donde revisa que se hayan cumplido los formalismos tendentes a garantizar las libertades y derechos de las partes que disputaron el conflicto en arbitraje.

La diferencia entre el reconocimiento de la jurisdicción italiana (a los efectos del ejemplo, pero de cualquier jurisdicción nacional) y el reconocimiento de la jurisdicción arbitral, estriba en la permanencia de la jurisdicción; o sea, la jurisdicción estatal es permanente y se encuentra asociada a la existencia del Estado, mientras que la jurisdicción arbitral es temporal y se encuentra asociada al conflicto específico que las partes someten a su conocimiento.

Ello explica porqué la jurisdicción de cada Estado está vinculada a la noción de “nacional”, al igual que la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia está vinculada a la noción “internacional”. Por su parte, el arbitraje, al no estar asociado a los Estados, ni a la comunidad internacional, sino directamente vinculado a las partes que crean dicha jurisdicción es que sostenemos que la jurisdicción arbitral es a-nacional⁷³.

A. Algunas consecuencias prácticas de que el arbitraje sea a-nacional

Visto que el arbitraje no está sometido a ningún Estado, sino que es creación autónoma y *ex novo* por las partes, se derivan varias implicaciones prácticas del hecho de que el arbitraje sea a-nacional:

a. En primer lugar, no creemos que sea adecuada la diferencia entre arbitraje nacional y arbitraje internacional.

En efecto, si aceptamos el hecho de que el arbitraje a-nacional, no deben existir diferencias entre el hecho de que un arbitraje sea entre dos personas de un mismo Estado, y se elija la sede del arbitraje de ese mismo Estado. Esto se debe, entre otras cosas, que la obligación de garantizar a las partes su libertad y derechos es la misma independientemente del lugar en donde se encuentren. ¿No es un principio general del derecho la igualdad de las personas independientemente de donde se encuentren?

Además, aceptar que el arbitraje sea “nacional” por encontrarse dos partes de la misma nacionalidad y domicilio, cuya sede del arbitraje es la misma que la de su nacionalidad, no implica que el laudo pueda ser ejecutado en un tercer Estado. Ello significaría que la distinción entre nacional o internacional dependa del lugar de ejecución, entonces ¿por qué diferenciar, como en Colombia, el arbitraje nacional del internacional en su esencia procedimental?

b. La *lex arbitri* es únicamente una garantía de reconocimiento de los derechos y libertades de las partes, y no un sometimiento a la autoridad del Estado de la sede

Mucho ha querido pretenderse vincular la sede del arbitraje al sometimiento de la jurisdicción del Estado cuya *lex arbitri* se elige. No negamos la relevancia práctica de

⁷³ Julian D. M. Lew, ob. cit., p. 195. “As already indicated, the effect of the autonomy of international arbitration is to remove the process from the control of national law and courts. The arbitration exists in a different domain, a non-national or international sphere. The parties have chosen to remove their contractual disputes and place them on a non-national or transnational level, and the New York Convention, international instruments, international laws and arbitration rules support this factor...”.

la sede del arbitraje, y que los tribunales de los Estados tienen el poder de fuerza y coerción que coadyuvan a darle fuerza ejecutiva a las decisiones de otras jurisdicciones –sean extranjeras o a-nacionales–.

En efecto, un tribunal de Suecia no puede hacer coercible sus decisiones dentro del territorio chileno, puesto que aquella jurisdicción es internacional, por más reconocida que sea. El mismo principio aplica al arbitraje, y es por ello por lo que la elección de la sede es importante, porque otorga certeza a quién podría ser la autoridad con potestad de hacer coercible las decisiones procedimentales necesarias que requieran las partes o el tribunal arbitral.

Pero además, un error común que implica una violación a la libertad y derechos de los particulares, es pretender que el Estado puede inmiscuirse en el procedimiento arbitral y tomar decisiones determinadas tendentes a “corregir” vicios del arbitraje, en virtud de la elección de la sede. Ello se entendería como que un tribunal de Suecia ordene la suspensión de un procedimiento en Alemania; sin duda el tribunal alemán no acataría la decisión del tribunal sueco, debido a que este no tiene jurisdicción respecto de su territorio.

Es idéntico el postulado respecto del arbitraje: un Estado, por mas sede que sea, no puede tomar decisiones ni dar órdenes a una jurisdicción que le ajena. Su sede fue elegida por las partes como mecanismo de reconocimiento y facilitador del arbitraje, mas no como un mecanismo que pretende imponer, por medio de la fuerza, sus decisiones dentro de una jurisdicción que le es totalmente ajena debido a que es a-nacional.

c. La sede arbitral y por tanto la *lex arbitri* no imponen las normas de procedimiento en el arbitraje, sino que garantizan el derecho al debido proceso

Influencia profunda en quienes han ejercido el derecho procesal de los Estados, es pretender utilizar el derecho procesal y el derecho probatorio de su foro al arbitraje, por considerar que la sede del arbitraje se encuentra determinada en dicho Estado.

El principio *lex fori regit procesum* debe entenderse como una obligación impuesta por el orden público adjetivo⁷⁴ al que únicamente está sometido el juez del Estado, en virtud del principio de legalidad. Así, la creación de una jurisdicción a-nacional necesariamente requiere de un procedimiento que garantice el debido proceso, y ahí es donde la autonomía de la voluntad de las partes crea (usualmente incorporando por referencia normativa procedimental como Reglamentos de Arbitraje) el procedimiento que regulará su controversia.

Así, al arbitraje no estar vinculado al Estado por determinación de la *lex arbitri*, debido a que esta tiene una función de coadyuvar y garantizar el ejercicio de la libertad de los derechos de las personas, no hay razón que justifique aquellas viejas posturas formalistas que pretenden incorporar al arbitraje normas del Estado que las partes han decidido no incorporar. Es más, uno de los efectos del acuerdo arbitral es la exclusión de la jurisdicción estatal, única obligada de las normas procedimentales del Estado, puesto que las partes siempre tendrán cargas y no obligaciones.

⁷⁴ Fernando Sanquírigo Pittevil, “Orden público adjetivo y arbitraje”, ob cit.

III. CONCLUSIONES

La teoría del arbitraje es un tema que a penas comienza a ser explorado por la teoría del derecho. Tal y como han expuesto diversos autores⁷⁵, el estudio del arbitraje se ha mantenido en general, bajo la revisión de los problemas que han surgido de la práctica arbitral. Sin embargo, poco a poco han sido desarrollándose teorías que tratan de explicar en dónde se encuentra el arbitraje dentro de la teoría general del derecho, categorizándolo y por tanto identificando cuáles son los límites y relaciones que tiene esta rama del derecho con el resto de las instituciones jurídicas.

De la revisión de las concepciones del arbitraje, hemos podido ver que en las últimas décadas se ha migrado de una concepción formalista del arbitraje que lo entiende como algo derivado de la autoridad estatal, hasta encontrarnos con la visión, que consideramos, mas acertada, en virtud del origen autónomo que tiene el arbitraje.

A pesar de las críticas que puedan hacerse a las diversas teorías que revisamos, estamos convencidos que llegar a la concepción a-nacional del arbitraje, es producto de la evolución conceptual que desarrollaron todas concepciones del arbitraje estudiadas; puesto que cada una tiene una proposición teórica que no deja de estar presente, de alguna u otra forma, en las siguientes concepciones.

⁷⁵ Ver Stavros Brekoulakis, ob. cit.

COMENTARIOS SOBRE ALGUNOS ELEMENTOS DEL ARBITRAJE Y UN APORTE SUSTANTIVO DE PEDRO NIKKEN AL PRINCIPIO JURÍDICO *ESTOPPEL*

Irene Loreto González*

SUMARIO

I. La institución jurídica del arbitraje. 1. Medio alternativo de resolución de conflictos. 2. Arbitraje nacional y algunos elementos comunes con el arbitraje internacional. A. Los centros de arbitraje solo administran los procedimientos. B. Ley aplicable. C. Costos. D. Cláusula arbitral o compromisoria. E. Las Pruebas en el arbitraje. F. Ejecutabilidad del Laudo, asequibilidad económica, eficiencia y rapidez del procedimiento, neutralidad e independencia de los árbitros. G. Lugar e idioma del arbitraje. H. Confidencialidad del arbitraje. I. Ética de los árbitros. 3. Arbitraje institucional y arbitraje independiente (*ad hoc*) en Venezuela. 4. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. 5. Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. 6. Arbitraje *ad hoc*. 7. Arbitraje internacional. II. Breve descripción de algunos de los principales “centros de arbitraje internacional” y las normas que regulan los procedimientos de arbitraje. 1. Corte Internacional de Arbitraje con sede en París (CCI o ICC dependiendo de sus siglas en inglés o español). 2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, (conocido por sus siglas en español CIADI, o ICSID en inglés). 3. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC). 4. Corte Permanente de Arbitraje La Haya (PCA). 5. Corte de Arbitraje Internacional de Londres (London Court of International Arbitration: LCIA). 6. Centro de Arbitraje Internacional Dubái (DIAC, Dubái International Arbitration Centre). 7. SIAC, Singapore International Arbitration Center. 8. HKIAC en Hong Kong. 9. ICDR-AAA Services. III. Pedro Nikken como árbitro del CIADI (y su voto disidente sobre el principio jurídico *estoppel*).

Con el presente trabajo se pretende rendir un modesto homenaje a un jurista venezolano que alcanzó, por vez primera en la historia de Venezuela, las más altas posiciones en el mundo del arbitraje internacional. El propósito de la presente exposición es presentar un documento condensado, sobre algunos elementos del arbitraje,

* Doctora en Derecho y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela (UCV). *Visiting Scholar Harvard Law School y Columbia University*. Postgrado en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Profesora Escuela de Derecho (UCV). Arbitro de la lista del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CCA) y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro de la Comisión Internacional de la (ICC) París, para la elaboración del reglamento ICC en materia de medidas cautelares en el arbitraje.

que pueda ser un instrumento útil para los alumnos de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, de la cual nuestro homenajeado fue Decano, y sintetizar así algunos elementos fundamentales del arbitraje, con la ilusión de prestar un apoyo en el conocimiento sobre esta materia.

En julio de 2008, el doctor Pedro Nikken formó parte, como árbitro internacional, del Tribunal Arbitral constituido en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el Procedimiento de Arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD (Demandante) y República del Perú (Demandada). Caso No. ARB/03/28. Más adelante se hará breve referencia a este Centro de Resolución de controversias y la salida de Venezuela del CIADI, cuando el 24 de enero de 2012, denunció el Convenio CIADI (Tratado ratificado por 154 Estados Contratantes que entró en vigor el día 14 de octubre de 1966).

I. LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE

1. Medio alternativo de resolución de conflictos

El arbitraje y la mediación son por excelencia los medios alternativos de resolución de conflictos más utilizados en el mundo contemporáneo. En la mediación o conciliación, el mediador conduce y ayuda a las partes a llegar a un arreglo. En el arbitraje, por el contrario, el árbitro o los árbitros actúan como jueces que concluyen en la controversia a través de un laudo arbitral. Es sobre el arbitraje que se tratará en el presente trabajo, escapándonos del tal vez mal denominado arbitraje previsto en el Código de Procedimiento Civil venezolano.

El arbitraje, como dijimos, es uno de los medios alternativos de resolución de conflictos entre partes que, debido a la naturaleza usualmente comercial del conflicto, ha pretendido desde sus inicios históricos, una solución rápida que prevenga y minimice las pérdidas financieras. “Cuando se habla de un medio alterno, el punto de referencia es siempre la jurisdicción ordinaria...”¹, que tiene un proceso a semejanza de un juicio y que culmina con un laudo equivalente a una sentencia. Los costos del proceso y los honorarios de los árbitros son pagados por las partes. Con más especificidad se le ha definido como: “una institución mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, con base esencial en la voluntad y consentimiento de las partes, en concurrencia con la jurisdicción o competencia estatal, para resolver de manera vinculante una controversia a través de la aplicación de normas preexistentes, en uso de un procedimiento jurisdiccional pero no rígido, para el cual la flexibilidad –que no arbitrariedad–, inclusive en la valoración de las pruebas, es esencial”².

Es, por tanto, un proceso consensuado de resolución de disputas basado en el acuerdo de las partes de someter sus discrepancias, para su resolución, a un tribunal arbitral compuesto generalmente por uno o tres árbitros independientes designados -o aceptados- por las partes. Se lleva a cabo de conformidad con los términos del acuerdo de arbitraje de las partes, que a menudo se encuentran en las disposiciones de un contrato comercial o en un tratado internacional de inversión aplicable.

¹ Luis Alfredo Araque, *Manual del arbitraje comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 36.

² Hernando Díaz Candía, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (teoría general del arbitraje)*, 3ra edición, Editorial Torino, Caracas, 2016. p. 33.

El arbitraje es conocido por su flexibilidad procesal que permite a las partes participar en un proceso eficiente, confidencial y justo que conduce a un laudo definitivo, vinculante y ejecutable.

Los laudos arbitrales en la actualidad son ejecutables en más de 150 países alrededor del mundo al amparo, entre otros, de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, (la Convención de Nueva York)³.

Haciendo una clasificación no exhaustiva, podríamos sistematizar muy genéricamente al arbitraje en Nacional o Internacional, Institucional o Independiente, de Derecho o de Equidad, Comercial o de Inversión. Dependiendo del arbitraje del cual se trate, las normas que regularán cada uno de ellos pueden ser diferentes.

2. Arbitraje nacional y algunos elementos comunes con el arbitraje internacional

En Venezuela, el arbitraje comercial como medio alternativo de resolución de conflictos, está contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 258, regulado por la Ley de Arbitraje Comercial de 1998⁴ y desarrollado en 2008 por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia que interpreta el citado artículo constitucional⁵.

La aludida Ley de Arbitraje Comercial venezolana señala cuáles son los asuntos que pueden ser sometidos a Arbitraje y autoriza la creación de los centros de arbitraje donde se desarrollarán los procedimientos. De esta manera, el artículo 3° señala que

Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto esta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versen sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Así mismo el artículo 11 de la señalada Ley, indica

Las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las contro-

³ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Disponible en <https://www.hkiac.org/arbitration/what-is-arbitration> Consultado el 3 de noviembre de 2020.

⁴ Venezuela, *Ley de Arbitraje Comercial*, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430, 7 de abril de 1998.

⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 08-6763 del 17 de octubre 2008. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela%20-%20Recurso%20de%20Interpretaci%C3%B3n%20-%20Sala%20Constitucional%20Expediente%20N%C2%BA%2008-0763.pdf>, Consultado el 3 de noviembre de 2020.

versias, **podrán organizar sus propios centros de arbitraje**. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma. (Resaltado nuestro).

El arbitraje internacional se circunscribe y organiza en casi los mismos parámetros establecidos por los referidos artículos 3 y 11 de la legislación venezolana.

A. Los centros de arbitraje solo administran los procedimientos

Las funciones del centro de arbitraje son meramente administrativas, ya que cumple aquellas que le son asignadas por el propio reglamento que las rige. Cada centro de arbitraje se rige por su particular reglamento de procedimiento. En varios sitios web de los centros de arbitraje más importantes de Venezuela y también a nivel internacional, se indica lo que contempla la legislación y es que los arbitrajes son resueltos por un Tribunal arbitral constituido por uno o tres árbitros, según el caso, y que es ese Tribunal quien resuelve la controversia a través de un laudo ejecutable.

La referida Ley de Arbitraje Comercial venezolana, en su artículo 12, señala que cada centro de arbitraje creará su respectivo reglamento, a cuyas normas de procedimiento deberán someterse quienes acudan a ellos para un arbitraje institucional.

B. Ley aplicable

El procedimiento se regirá por las normas previstas en el Reglamento del Centro de Arbitraje, o el que las partes acuerden si se trata de un arbitraje independiente. Sin embargo, si se trata de un arbitraje de Derecho, las normas aplicables al fondo o mérito de la disputa serán lógicamente de Derecho sustantivo que regula la materia sobre la que versa la controversia comercial, como el Derecho mercantil, contractual, propiedad intelectual, derecho internacional, etc.

C. Costos

El procedimiento arbitral tiene un costo que debe ser cubierto por las partes. En algunos casos, esos costos se calculan sobre un porcentaje del monto de la controversia, para cubrir los gastos administrativos y los honorarios de los árbitros. Habitualmente esos porcentajes se encuentran en los sitios web de los centros de arbitraje, para que las partes puedan calcular sus costos, que habitualmente deben ser cancelados por partes, una cuota al inicio y otra antes del laudo final. Los costos también podrían aumentar dependiendo del volumen de pruebas que las partes promuevan y si esas pruebas deben ser evacuadas por el mismo tribunal arbitral, es lógico que aumenten los costos, sobre todo en Venezuela en los arbitrajes domésticos, en donde las partes pueden promover una docena o más de testigos, o inspecciones oculares a algunos lugares que van a requerir más tiempo de los árbitros. En el arbitraje internacional, no es común que surjan unas pruebas tan complicadas que requieran de los árbitros un traslado al lugar de la controversia.

D. Cláusula arbitral o compromisoria

En el arbitraje comercial las partes deben haber pactado el arbitraje como medio de resolución de los conflictos que surjan a raíz de la ejecución de ese contrato. El acuerdo de arbitraje es la fuente y raíz de la jurisdicción del Tribunal Arbitral. En dicho acuerdo, las partes determinarán si el arbitraje se llevará a cabo en una institución administradora de arbitrajes, o mediante un arbitraje *ad hoc* o independiente. Así mismo establecerán si se nombrará un árbitro o tres, y si se aplicará el Derecho o la equidad. Habitualmente los centros de administración de arbitrajes proveen a las

partes una cláusula modelo, para que sea incluida en el contrato y con frecuencia esa cláusula puede encontrarse en el sitio web de los centros de arbitraje.

E. Las Pruebas en el arbitraje

La materia probatoria en el arbitraje va a depender mucho del tipo de arbitraje de que se trate. Si nos referimos a arbitraje nacional o también llamado doméstico, las pruebas se admitirán y evacuarán conforme lo hayan acordado las partes en el acta de términos de referencia o acta de misión. En Venezuela, podría desarrollarse el procedimiento probatorio siguiendo las orientaciones del Código de Procedimiento Civil, pero simplemente como un marco de referencia ya que, repetimos, uno de los objetivos del arbitraje es precisamente la celeridad, y en ocasiones resultan inaplicables las pruebas del Código de Procedimiento Civil en el arbitraje, ya que se trata de una jurisdicción privada, que por naturaleza no tiene alcance a cuestiones de orden público reservadas a la competencia del Estado, por ejemplo la prueba de “posiciones juradas”, inadmisibles *per se* en el arbitraje.

En el ámbito del Arbitraje internacional, existen varios instrumentos normativos que regulan la materia probatoria, como las reglas UNCITRAL o las reglas de la *International Bar Association (IBA)* sobre la toma de pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, y le corresponderá a las partes decidir a cual de ellos quieren someter el capítulo de las pruebas en el procedimiento de arbitraje⁶.

F. Ejecutabilidad del Laudo, asequibilidad económica, eficiencia y rapidez del procedimiento, neutralidad e independencia de los árbitros

Haciendo una comparación con el Derecho procesal venezolano, podemos afirmar que un laudo (*arbitral award* en inglés) pone fin a un procedimiento de arbitraje, así como la sentencia a un procedimiento judicial. Cuando las partes incluyen en el contrato una cláusula arbitral, están buscando principalmente que ese laudo sea efectivamente ejecutable, que pueda ser cumplido por las partes, por las autoridades gubernamentales y también (en los casos en que una de las partes sea el gobierno) de un Estado.

Así mismo se pretende que los costos del arbitraje como medio de resolución de conflictos, sea asequible económicamente a través de un procedimiento sencillo, muchas veces alejado de la rigidez de las normas procedimentales estatales, por ejemplo, en Venezuela, del Código de Procedimiento Civil; y por supuesto, que exista una transparencia en la administración del arbitraje que se aleje de la parcialización del o de los árbitros.

Existen casos en los que, para ejecutar un laudo arbitral, hay que acudir a un Tribunal ordinario del poder judicial del Estado, quien se encargará de realizar lo procedente para hacer cumplir dicho laudo.

G. Lugar e idioma del arbitraje

Estos elementos también son usualmente acordados por las partes (o, en ausencia de su acuerdo, por el centro de arbitraje o por el Tribunal Arbitral). Es de tener en cuenta que, en los centros de arbitraje, tanto nacionales como internacionales, la ma-

⁶ Londres, *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional*, adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. Disponibles en <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=0A55DF56-915D-4D34-97DF-26018F5384EE>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

yoría de las comunicaciones son por escrito, aunque hay audiencias presenciales en el centro de arbitraje. También las partes pueden pactar realizarlas en otro lugar con la comparecencia de los árbitros y del secretario del tribunal arbitral si lo hubiere, pero también ahora, a partir de la crisis pandémica del COVID19, han empezado a realizarse audiencias por medio de plataformas *on line*.

H. Confidencialidad del arbitraje

A diferencia de los procedimientos judiciales en materia comercial, los procedimientos arbitrales son regularmente clasificados como confidenciales, a menos que las partes acuerden lo contrario. Los reglamentos de centros de arbitraje internacionales contienen disposiciones equivalentes sobre el carácter privado de las audiencias y la limitación del acceso a terceros que no son parte del procedimiento, de ahí la dificultad de tener acceso a los laudos que se han dictado y conocer de alguna manera las tendencias en las decisiones o laudos sobre algún asunto en específico; sin embargo existen algunos sitios web especializados que contienen ese tipo de información y a los cuales solamente puede accederse a través de plataformas que exigen un pago para revisar la información.

I. Ética de los árbitros

En la mayoría de los Centros de arbitraje, existen unas reglas a las cuales deben someterse los árbitros, mediante un documento de aceptación firmado, cuyo contenido incluye normas para que el posible árbitro acepte un nombramiento; el cual se dará solo si está plenamente convencido de que puede desempeñar sus funciones sin prejuicios, si tiene un conocimiento adecuado del idioma del arbitraje, y si es capaz de dedicar al arbitraje el tiempo y la atención que las partes están razonablemente con derecho a esperar. Igualmente deberá declarar su capacidad para cumplir con sus deberes si es nombrado árbitro, y sin violar cualquier consideración y / u obligación de confidencialidad existente, deberá revelar detalles del uso de su tiempo. Algunas veces el Centro de arbitraje podrá reservarse el derecho de negarse a designar al posible árbitro, si considera que el posible árbitro no podrá desempeñar sus funciones debido a las posibles limitaciones de tiempo.

Un posible árbitro deberá revelar todos los hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad o independencia, que le permita asumir el deber de continuar durante todo el proceso arbitral, debiendo manifestar cualquier relación personal o comercial cercana, pasada o presente, ya sea directa o indirecta, con cualquier parte en la disputa, o cualquier representante de una parte, o cualquier persona conocida por ser un testigo potencialmente importante en el arbitraje.

También deberá declarar el alcance de cualquier conocimiento previo que pueda tener de la disputa. Los criterios para evaluar las cuestiones relacionadas con el sesgo son la imparcialidad y la independencia. La imparcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o cuando se ve perjudicado en relación con el objeto de la disputa. La independencia se mide por las relaciones entre un árbitro y una de las partes, o con alguien estrechamente relacionado con una de las partes. Cualquier relación personal cercana o relación comercial directa o indirecta actual entre un árbitro y una parte, o cualquier representante de una parte, o con una persona que se sepa que es un testigo potencialmente importante, normalmente dará lugar a dudas justificables en cuanto a un posible imparcialidad o independencia del árbitro. Las relaciones comerciales pasadas solo darán lugar a dudas acerca de si son de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la situación de un posible árbitro. Debería negarse un

nombramiento de árbitro en tales circunstancias a menos que las partes acuerden por escrito que puede proceder. Para resolver estas incidencias, los centros de arbitraje generalmente permiten la figura de la recusación del árbitro.

3. Arbitraje institucional y arbitraje independiente (ad hoc) en Venezuela.

Las partes de un contrato podrán pactar el arbitraje como medio de resolución de las controversias del contrato y también estipular si el arbitraje será “Institucional” o “Independiente”. El arbitraje institucional se desarrolla en los centros de arbitraje, el arbitraje independiente puede ser llevado por un árbitro o un grupo de árbitros, nombrados por las partes, sin que el procedimiento se lleve a cabo en un centro de arbitraje.

En Venezuela, conforme al Artículo 11 de la Ley de Arbitraje Comercial, existen en funcionamiento dos importantes centros de arbitraje, conocidos como el Centro de la Cámara de Caracas⁷, creado en el año 1990 por la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas (CACC), y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)⁸, fundado en 1999 por Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Ambos Centros, con gran profesionalidad y prestigio, han venido desarrollando una importantísima actividad profesional de alta calidad en materia de administración de los Arbitrajes.

En el arbitraje internacional también existe la figura del arbitraje institucional y el arbitraje independiente o *ad hoc*, y lo explicaremos brevemente más adelante.

4. Arbitraje de Derecho y arbitraje de equidad

La figura jurídica de “Arbitraje de Derecho o de Equidad”, se implementa tanto en los arbitrajes nacionales como en los internacionales. En el caso de Venezuela, en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial comentada *supra*, se establece muy claramente en qué consiste esta diferenciación del Arbitraje, y, dando un gran margen de libertad a las partes contratantes, nítidamente señala: “Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de Derecho. Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles”.

Esta previsión normativa nacional, también se encuentra en las normas de carácter internacional, y revela profundamente el sentido flexible, práctico y rápido que debe envolver a todo procedimiento arbitral, sin pretender encerrarse en normas que podrían aminorar el sentido de la justicia, el equilibrio y el bien de las partes en una actividad comercial.

En Venezuela, algunas veces, abogados litigantes que representan a una de las partes en algún arbitraje comercial doméstico, han pretendido convertir al arbitraje comercial en un juicio ordinario regido por las normas del Código de Procedimiento Civil, olvidando que el Constituyente y el legislador han dado potestades a los árbi-

⁷ Portal del Centro de la Cámara de Caracas (CACC), información disponible en <https://arbitrajeccc.org/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

⁸ Portal del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), información disponible en <https://cedca.org.ve/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

tros, para resolver los conflictos de las partes de un contrato que así lo deseen, de un modo expedito a través del arbitraje. Otro error frecuente, es la tendencia a utilizar las normas procesales del juicio ordinario como un modo de retardar un arreglo entre las partes o el pago de una deuda, e interponen equivocadamente toda clase de excepciones dilatorias, de inadmisibilidad y objeciones procesales de cualquier tipo que perjudican la solución de la controversia. Es por este motivo que habitualmente, los reglamentos de los centros de arbitraje establecen un tiempo perentorio para que se resuelva la controversia y se dicte el laudo final y de esta manera poder salvar, de algún modo, el vicio de algunos abogados litigantes de utilizar el arbitraje como una medida dilatoria para evadir el cumplimiento de un compromiso o la obligación de un pago.

5. Arbitraje comercial y arbitraje de inversión

El arbitraje comercial (en sentido *lato*) puede ser nacional o internacional y se refiere a la resolución de conflictos provenientes de un contrato en donde las partes han pactado una “cláusula arbitral”, y someten a la jurisdicción de uno o varios árbitros –de modo independiente o en un centro de arbitraje– la resolución de los conflictos surgidos de ese contrato.

El arbitraje de inversión es esencialmente un arbitraje internacional, porque el fundamento de la jurisdicción arbitral no solamente radica en un contrato, sino que se enlaza con un “Tratado de Inversión” o “Convenio internacional”, fundamentándose en las normas de Derecho Internacional Privado. Una de las partes del arbitraje de inversión es un Estado soberano (con personalidad jurídica en derecho internacional) cuyo gobierno ha suscrito y ratificado un tratado internacional, o de otra forma, consentido en el arbitraje.

El Acuerdo Internacional de Inversión es “un tratado internacional que tiene por finalidad establecer un marco jurídico de atracción, promoción y protección de las inversiones a través de estándares internacionales que garantizan un tratamiento transparente y previsible aplicable a las inversiones”⁹. Tratados bilaterales de inversión (BIT) son acuerdos internacionales entre dos Estados sobre los términos de inversión extranjera privada por parte de nacionales de un Estado en otro Estado¹⁰.

Dichos tratados tienen por objeto alentar la inversión extranjera directa en los Estados de acogida garantizando normas para el tratamiento de los inversores extranjeros, incluyendo compensación por la expropiación de inversiones extranjeras, protección contra el trato injusto e injusto de los inversores extranjeros, y protección contra el trato discriminatorio y la falta de plena protección y seguridad.

6. Arbitraje *ad hoc*¹¹

El arbitraje *ad hoc* o arbitraje independiente, como hemos señalado *supra*, se lleva a cabo sin recurrir a una autoridad administrativa y, por lo general, sin la ayuda de

⁹ Ministerio de Economía y Finanzas del Estado Peruano. Disponible en <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/acuerdos-internacionales-de-inversion#:~:text=El%20Acuerdo%20Internacional%20de%20Inversi%C3%B3n,previsible%20aplicable%20a%20las%20inversiones,consultado%20el%203%20de%20noviembre%20de%202020>.

¹⁰ Portal de “Arbitraje Internacional”, disponible en <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/find-bilateral-investment-treaties/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

¹¹ *Ad Hoc* es una palabra que proviene del latín *Ad* que significa “para” y *Hoc* que significa “esto”. Pronombre demostrativo de primera persona “*hic, haec, hoc*”. La H en latín es muda, por lo tanto, la pronunciación más adecuada sería “Ad-Oc” y no “Ad-Joc”.

normas procesales institucionales. En vez de eso, depende totalmente de la cooperación entre las partes, quienes tienen que designar un árbitro o árbitros, que resuelven la disputa sin supervisión institucional y tienen que definir sus propias reglas de procedimiento aplicables¹².

Los arbitrajes *ad hoc* se organizan entre los árbitros y las partes, que deberán contemplar y hacer avanzar el procedimiento de arbitraje ellas mismas bajo la supervisión del tribunal arbitral, pudiendo seleccionar un conjunto de reglas de arbitraje ya preparadas (como las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI por sus siglas en español, o UN-CITRAL por sus siglas en Inglés *United Nations Commission on International Trade Law*), o los procedimientos pueden llevarse a cabo de acuerdo con un conjunto de reglas a medida, elaboradas por las partes específicamente para ese caso en particular¹³.

7. Arbitraje internacional

Dentro de esta global clasificación que arbitrariamente nos hemos permitido reafirmar, vamos a enfocar en el siguiente capítulo el arbitraje internacional, comercial o de inversión, describiendo también los principales centros internacionales de medios alternativos de resolución de conflictos, y el conjunto de normas procedimentales que en cada caso regulan su funcionamiento.

El arbitraje comercial internacional tiene su origen y se fundamenta en una cláusula contractual entre empresas de países diferentes, que pactan el arbitraje como el modo de resolver las controversias que surjan de ese contrato.

El arbitraje de inversión tiene su fundamento en tratados, convenciones o convenios internacionales. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra, en la primera parte del artículo 154, los tratados en sentido estricto o formal cuando expresa: “los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República”¹⁴.

La Organización de Naciones Unidas, (ONU) tiene un portal de internet, llevado por uno de sus órganos: el “Observatorio del principio 10 en América Latina y el Caribe”, donde se pueden encontrar los tratados internacionales suscritos por Venezuela¹⁵, allí aparecen actualmente 15 tratados y protocolos vigentes, que en general, pudieran dar origen a arbitrajes de Inversión.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES “CENTROS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL” Y LAS NORMAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE

En este apartado nos referiremos a los centros de arbitraje internacional que administran los arbitrajes, bien sea de inversión o comerciales. Como hemos comentado

¹² Portal de “Arbitraje Internacional”. Disponible en <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc/> consultado el 3 de noviembre de 2020.

¹³ Portal de HKIAC (*an independent and not-for-profit organization*). Disponible en <https://www.hkiac.org/arbitration/what-is-arbitration> , consultado el 3 de noviembre de 2020.

¹⁴ Larays Leiba Hernández Villalobos, “Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 2005. p. 67, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2347402.pdf> , consultado el 3 de noviembre de 2020.

¹⁵ Portal de la Organización de Naciones Unidas, (ONU). Disponible en <https://observatoriop10.cepal.org/es/countries/44/treaties>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

supra, estos centros no son Tribunales o Cortes, aunque algunos de ellos lleven ese nombre. Estos Centros no dictan laudos, ni deciden la controversia. Estos Centros “administran los arbitrajes”, tienen un reglamento por el cual se rige la parte procesal del arbitraje, sin embargo, el laudo es dictado por un Tribunal Arbitral constituido por uno o tres árbitros, que procesalmente se rigen por el reglamento del Centro y que sustantivamente deciden el caso conforme al Derecho que se ha pactado en el contrato o que establece el tratado internacional que da origen al arbitraje, o que da jurisdicción al Tribunal Arbitral.

1. Corte Internacional de Arbitraje con sede en París (CCI o ICC dependiendo de sus siglas en inglés o español)

La Corte Internacional de Arbitraje fue creada en 1923 por la Cámara de Comercio Internacional, fundada en 1919, y goza de prestigio como institución de primera línea a la hora solucionar controversias grandes o pequeñas, ya se trate de un sencillo contrato de venta, de asuntos de propiedad intelectual, de empresas conjuntas, de acuerdos de adquisición de acciones o de proyectos de construcción financiados por el Estado, entre otros¹⁶.

Los procedimientos arbitrales son regularmente clasificados como confidenciales, no encontramos en la página web de la CCI un listado de casos, ni de demandantes o demandados, tampoco una compilación de laudos que indiquen cómo han sido resueltos los casos. Aunque este centro internacional de arbitraje se llame “Corte Internacional” y tenga unos miembros permanentes, no son ellos quienes deciden las controversias a través de un laudo. La CCI no tiene ni publica listas de árbitros. Las controversias, repetimos, son resueltas por tribunales arbitrales que se constituyen para cada caso, y que culminan habitualmente con un laudo arbitral.

La Corte tiene como función asegurar la aplicación de la Reglas de Arbitraje de la CCI, supervisa el proceso de arbitraje y, es responsable de la designación de los árbitros y de la confirmación de los árbitros. En caso de que estos hayan sido designados por las partes la Corte decide sobre las recusaciones a los árbitros y analiza y aprueba las decisiones arbitrales y determina los honorarios de los árbitros. También la Corte de la CCI podrá determinar *prima facie* si hay un acuerdo de arbitraje. La Corte es apoyada por un Secretariado localizado en la sede principal de la CCI en París¹⁷.

2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, (conocido por sus siglas en español CIADI, o ICSID en inglés)

El Centro de Administración de arbitrajes de inversión con sede principal en Washington, fue fundado en 1965, como una institución del Banco Mundial, y creado por el llamado “convenio de Washington” que entró en vigor el 14 de octubre de 1966¹⁸. Muchos Estados han acordado llevar sus diferencias entre inversionistas al CIADI, bien sea en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como

¹⁶ Portal de la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París (CCI o ICC), disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Solucion-de-Controversias-de-ICC-Espanol.pdf>. Consultado el 3 de noviembre de 2020.

¹⁷ Ídem, disponible en <https://www.intracen.org/Corte-Internacional-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-Internacional/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

¹⁸ Yaritza Pérez Pacheco, “Arbitraje internacional en materia de inversión extranjera. La jurisdicción del CIADI”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, N° 136, Venezuela, 2012, p.p. 33-75.

en numerosos contratos y legislación en materia de inversión como un mecanismo de protección de las inversiones.

Los Estados que así lo deseen, ratifican “el convenio CIADI” y pasan a ser “Estados Miembros”, no existe ningún costo por esta pertenencia, y así participan del “Consejo Administrativo” determinando los lineamientos generales de la Organización. Dentro de las funciones de dicho Consejo está la designación de tribunales u otras autoridades a efectos del reconocimiento y de la ejecución de laudos en virtud del Convenio del CIADI (Artículo 54(2) del Convenio)¹⁹. Cada estado miembro del CIADI tiene Derecho a nombrar tres árbitros, para que formen parte de la lista y puedan ser elegidos por las partes para que compongan un tribunal arbitral.

El órgano de Gobierno del CIADI es el Consejo Administrativo, y sus actividades se encuentran reguladas en los Artículos 4 a 8 del Convenio; dentro de sus funciones se encuentran adoptar los reglamentos administrativos y financieros en nombre del Centro y sancionar las reglas de procedimiento para los casos del CIADI.

El CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales. Posee amplia experiencia en este ámbito, dado que ha administrado la mayoría de los casos de inversión internacional. Los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión.

En tal sentido, dentro de todo el clima de inversiones entre países o entre un Estado y un inversionista (persona natural o jurídica) pueden surgir ciertas diferencias que, de no ser resueltas, generarían un conflicto mayor en el cual los Estados o inversionistas que participan pueden resultar perjudicados y sin poder concluir con una decisión que beneficie a las partes o, en todo caso, que determine de manera justa la responsabilidad de uno de estos. Por ello, las controversias que surgen en materia de inversiones generalmente son sometidas de manera voluntaria por los Estados a un proceso de arbitraje ante el CIADI o Convenio de Washington, siendo que esta institución internacional tiene como fin resolver de manera eficaz.

Conforme a los datos contenidos en la ya citada página web del CIADI, “El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela firmó el Convenio del CIADI el 18 agosto de 1993 y depositó su instrumento de ratificación el 2 mayo de 1995. El Convenio entró en vigor para la República Bolivariana de Venezuela el 1 junio de 1995. El 24 de enero de 2012, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación de la República Bolivariana de Venezuela, es decir el 25 de julio de 2012”²⁰.

Venezuela anunció que se retiraba del CIADI el 24 de enero de 2012, con una carta enviada por el Gobierno venezolano al Banco Mundial cuestionando que esa jurisdicción internacional “ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia”²¹.

¹⁹ Portal del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/rol>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²⁰ Portal del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID-3-SP.pdf>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²¹ Portal de “larazon.com”, disponible en <https://www.americaeconomia.com/economia-mercados/comercio/los-efectos-que-tiene-la-salida-de-venezuela-del-ciadi>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

Dicha separación, sin embargo, no le permite al país ignorar o prescindir de los arbitrajes en curso, pues las causas abiertas hasta el 25 de julio de 2012 deben continuar su curso hasta que se emita un laudo definitivo. Igualmente, con este retiro no se evitará que sean presentadas demandas contra Venezuela ya que la jurisdicción del CIADI no solo se aplica por el convenio, sino cuando se haya suscrito un contrato o un tratado bilateral de inversión que incluya una cláusula donde el CIADI sea el órgano de resolución de las controversias.

Para el año 2013 Venezuela es parte de veintiséis tratados bilaterales de inversión TBI²², también conocidos por sus iniciales en inglés BIT (*Bilateral Investment Treaty*).

3. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)

El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo es un organismo independiente en el seno de la Cámara que trata los asuntos de arbitraje nacional e internacional. Tiene como marco normativo para la prestación de sus servicios el Reglamento de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 1982 (CNUDMI), su Reglamento de Arbitraje Acelerado (1995) y su Reglamento de Arbitraje en materia de seguros (1996)²³. Para 1995, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), ha sido el segundo foro de solución de arbitraje de inversiones bajo sus propias normas, tras el CIADI que en 2015 registró 52 nuevos casos. La SCC ha administrado 85 arbitrajes de inversiones de los que 62 estaban bajo la normativa SCC, 16 bajo las normas de UNCITRAL) y 7 fueron *Ad hoc*. Bajo las normas de este Centro, siempre resuelve las controversias un árbitro único, y el monto de los costos administrativos del arbitraje, como en otros Centros, dependerá del monto del objeto de la controversia²⁴.

4. Corte Permanente de Arbitraje La Haya (PCA)

La Corte Permanente de Arbitraje o Tribunal Permanente de Arbitraje, tiene sede en La Haya, Fue constituida por tratado en 1899, presta apoyo administrativo en arbitrajes internacionales que involucren a varias combinaciones de estados, entidades controladas por estados, organizaciones internacionales y partes privadas²⁵.

A diferencia de la Corte Internacional de París, la corte de la Haya sí tiene un sitio web donde publica sus casos, solamente aquellos en que las partes han acordado divulgar información pública sobre su caso. “La CPA administra actualmente 7 procedimientos entre estados, 101 arbitrajes inversionista-estado y 52 casos surgidos de contratos u otros acuerdos que involucran a un estado u otra entidad estatal”²⁶.

²² Carolina González Hernández, “Efectos de la denuncia venezolana del Convenio de Washington sobre el arbitraje CIADI establecido en los Tratados Bilaterales de Inversión.” Disponible en <http://saber.ucv.ve/handle/123456789/15006>. Consultado el 3 de noviembre 2020.

²³ Portal del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), disponible en <https://www.intracen.org/Instituto-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-de-Estocolmo/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²⁴ Portal de “*ciar global*”. disponible en <https://ciarglobal.com/estocolmo-segunda-corte-internacional-en-arbitraje-de-inversiones/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²⁵ Portal de “La Corte Permanente de Arbitraje”, La Haya. Disponible en <https://pca-cpa.org/es/servicios/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²⁶ Ídem. Disponible en <https://pca-cpa.org/es/cases/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

5. Corte de Arbitraje Internacional de Londres (London Court of International Arbitration: LCIA)²⁷

El 5 de abril de 1883, el Tribunal del Consejo Común de la Ciudad de Londres creó un comité para redactar propuestas para el establecimiento de un tribunal de arbitraje de disputas comerciales nacionales y en particular transnacionales, que surgieran en el ámbito de la ciudad. En 1986, la LCIA se convirtió en una empresa privada sin fines de lucro, limitada por garantía y totalmente independiente de los tres organismos fundadores. Luego se dedicó a consolidar su posición en el área internacional.

La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) proporciona servicios para arbitraje, mediación y otros procedimientos de medios alternativos de Resolución de conflictos, con un promedio actual de 303 casos por año²⁸. La institución no resuelve disputas por sí misma, sino únicamente el apoyo necesario a las partes y al tribunal arbitral durante todo el proceso. Tiene sus propias reglas (*LCA Arbitration Rules*²⁹) y maneja también arbitrajes bajo las reglas de UNCITRAL, dictadas por la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, denominada Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

En 2019 tuvo un número récord de 406 casos, incluidos 346 arbitrajes de conformidad con las Reglas de la LCIA: el número más alto jamás recibido. En el primer trimestre de 2020, la LCIA ha experimentado un repunte de nuevos casos y, a mediano plazo, la crisis del COVID-19 indudablemente dará lugar a nuevos casos.

6. Centro de Arbitraje Internacional Dubái (DIAC, Dubái International Arbitration Centre)

El Centro de Arbitraje Internacional de Dubái (DIAC)³⁰ es el centro de arbitraje más grande del Este Medio. Fue establecido inicialmente por la Cámara de Comercio e Industria de Dubái (Cámara de Dubái) en 1994 como el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial. Es una organización sin fines de lucro que es independiente en sus operaciones tanto del Gobierno de Dubái como de la Cámara de Dubái. La DIAC proporciona una administración eficiente e imparcial de disputas comerciales.

7. SIAC, Singapore International Arbitration Center

Desde que comenzó sus operaciones en 1991 como una organización independiente sin fines de lucro, SIAC ha establecido un historial de brindar los mejores servicios de arbitraje a la comunidad empresarial global.

Los laudos arbitrales de SIAC se han ejecutado en muchas jurisdicciones, incluidas Australia, China, la RAE de Hong Kong, India, Indonesia, Jordania, Tailandia, Reino Unido, Estados Unidos y Vietnam, entre otros signatarios de la Convención de

²⁷ Portal de “*the lcia*”. Disponible en <https://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²⁸ Portal de “Arbitraje Internacional”. Disponible en <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/london-court-international-arbitration-lcia/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

²⁹ Portal de “The LCIA”. Disponible en https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx, consultado el 3 de noviembre de 2020.

³⁰ Portal del Centro de Arbitraje Internacional de Dubái (DIAC) Disponible en <http://www.diac.ae/idias/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

Nueva York. SIAC es una institución arbitral global que brinda servicios de administración de casos eficientes y competitivos en costos a todas partes del mundo³¹.

8. HKIAC en Hong Kong

Establecida en 1985, HKIAC ha sido durante mucho tiempo la opción de resolución de disputas preferida para disputas que surgen entre partes chinas y no chinas. El 55% de los arbitrajes administrados por la HKIAC en 2017 involucraron a una parte de China continental, y las entidades estatales chinas figuran constantemente en el número de casos de la HKIAC.

HKIAC tiene una amplia experiencia en la administración de arbitrajes que involucran a partes de jurisdicciones a lo largo de la Iniciativa *Belt and Road* (BRI)³². Desde la introducción de las Reglas de arbitraje administradas por la HKIAC de 2013, la HKIAC ha manejado 362 casos que involucran a una parte de una jurisdicción BRI, y un tercio de los casos que HKIAC manejó en 2017 involucraron a una parte de China continental y una parte de una jurisdicción BRI.

La HKIAC maneja regularmente casos del tipo que surgirán a raíz del BRI. En 2017, el 19,7% de los casos fueron disputas corporativas y financieras, el 19,2% fueron disputas de construcción y el 8,8% fueron disputas marítimas³³.

9. ICDR-AAA Services

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas, es la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), con Centros en New York, Houston, Miami y Singapur.

Tiene en su página web una Lista de Árbitros de Energía (EAL), un panel de árbitros experimentados en la decisión de disputas energéticas internacionales. El EAL está disponible en línea para los usuarios sin costo y se puede buscar completamente por país, región y palabras clave. Además, la EAL proporciona información detallada con respecto a la experiencia de los árbitros según se define en trece categorías industriales distintas, lo que da como resultado la base de datos más completa de árbitros internacionales calificados de energía disponible actualmente.

El EAL nació de discusiones entre expertos en energía, abogados corporativos y externos para ayudar a identificar árbitros de energía capaces y experimentados. Un Comité de Revisión independiente de líderes de la industria y expertos legales de todo el mundo ha facilitado la identificación y el examen de los árbitros para el EAL.

El EAL está impulsado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas® (ICDR®). El EAL ofrece una variedad de nombramientos de árbitros y servi-

³¹ Portal del *Singapore International Arbitration Center*. Disponible en <https://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

³² *Belt and Road*: La Iniciativa de la Franja y la Ruta (BRI) es una amplia estrategia de inversión en el exterior lanzada por el gobierno chino en 2013 como política oficial para estimular el desarrollo económico a lo largo de una “Franja Económica de la Ruta de la Seda” terrestre y una “Ruta de la Seda Marítima del Siglo XXI”, marítima. La Iniciativa busca desarrollar corredores comerciales integrados en Asia, Oriente Medio, África y Europa, cubriendo más de 65 países que en conjunto albergan a más del 60% de la población mundial. Se estima que se invertirán 5 billones de dólares en, principalmente, proyectos de infraestructura y construcción a gran escala. Disponible en <https://www.hkiac.org/Belt-and-Road/overview-belt-and-road-initiative>, consultado el 3 de noviembre 2020.

³³ Disponible en <https://www.hkiac.org/Belt-and-Road/why-hkiac-belt-and-road-disputes>, consultado el 3 de noviembre 2020.

cios administrativos basados en honorarios respaldados por la Secretaría de Energía Internacional del ICDR (o ICDR / EAL), con sede en la oficina de ICDR en Houston.

Las partes pueden programar sus audiencias en la oficina de ICDR en Houston. El ICDR también puede facilitar audiencias en otros lugares del mundo según lo necesiten las partes³⁴.

III. PEDRO NIKKEN COMO ÁRBITRO DEL CIADI (Y SU VOTO DISIDENTE SOBRE EL PRINCIPIO JURÍDICO *ESTOPPEL*)

Luego de habernos ubicado en el contexto del arbitraje y de los Centros de Arbitraje Internacional, relatamos la actividad del Doctor Pedro Nikken como árbitro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En esa institución participó como co-árbitro en seis procedimientos: 1) RREEF v. España; 2) Duke Energy vs. Perú; 3) Suez, Aguas de Barcelona y Vivendi vs. Argentina; 4) Aguas Cordobesas, Suez y Aguas de Barcelona vs. Argentina; 5) Suez, Aguas de Barcelona e Interagua vs. Argentina y 6) Gas Natural vs. Argentina³⁵.

El 22 de julio de 2008, en el caso entre Duke Energy International Peru Investments No. 1, LTD. (Demandante) y República del Perú (Demandada), Nikken, como árbitro internacional de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros en un arbitraje administrado por el CIADI, emite un escrito que manifiesta su disidencia parcial del laudo que decide la controversia.

El argumento de ese procedimiento arbitral se fundamentó, según palabras de Nikken, en “temas jurídicos, en sí mismos complejos, planteados dentro de un contexto poco común, como lo es la garantía de estabilidad jurídica convenida, no en un instrumento internacional, sino en un contrato de derecho privado, convenido en el marco del Código Civil peruano”³⁶. En el pie de página, podemos encontrar el link del sitio web donde aparece publicada íntegra la referida disidencia, escrita con nítida claridad jurídica, donde el autor expresó respeto a los co-árbitros de quienes discrepa y una pulcritud de estilo en la escritura que devela mucha sabiduría y orden intelectual.

La disidencia de Nikken se refiere a la configuración de tema del *estoppel* en el contexto de relación jurídica de la fusión de empresas, una de ellas del Estado, que dio origen a la controversia debatida en el CIADI. Afirma que hubo contradicciones en los procedimientos previstos por la legislación peruana, sin embargo, esa contradicción, por sí misma, no constituye un quebrantamiento de una regla jurídica que pueda comprometer la responsabilidad del Estado frente al inversionista.

El *estoppel* es una palabra inglesa, muy utilizada en el *Common law*, que recoge el principio jurídico *estoppel principle*, que consiste en “que nadie puede actuar en contra de sus propios actos”. En Derecho Internacional, el *estoppel* ha sido definido como una “Objeción perentoria que se opone a que un Estado, parte en un proceso, pueda contradecir una posición que tomó anteriormente y en la que los terceros habían puesto su legítima confianza.”³⁷

³⁴ Portal de “ICDR-AAA Services”, disponible en https://www.icdr.org/index.php/arbitrator_selection, consultado el 3 de noviembre de 2020.

³⁵ Portal de “ciar global”, disponible en <https://ciarglobal.com/muere-pedro-nikken-abogado-y-arbitro-venezolano-de-reconocido-prestigio-internacional/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

³⁶ *Ídem*, disponible en <https://ciarglobal.com/estocolmo-segunda-corte-internacional-en-arbitraje-de-inversiones/>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

³⁷ Pedro Nikken. “Disidencia Parcial En el Procedimiento de Arbitraje entre Duke Energy International Perú Investments no. 1, ltd. (demandante) y República del Perú (demandada)”. *Centro Internacional*

El disidente en su voto manifiesta gran comprensión del Derecho internacional público, a la par de su amplio manejo de la normativa universal en materia de comercio internacional e inversiones entre empresas privadas y empresas del Estado, y sin caer en la inflexibilidad más propia de los Estados que tienen el deber de mantener entre ellos el rigor de la palabra dada o a través de un documento jurídico, afirma el disidente que no es lo mismo la resolución de un conflicto de Estado versus Estado, que una relación entre Estado y particulares. Así, afirma que “El *estoppel*, lo mismo que la doctrina de los actos propios impone un deber de congruencia (...) sin embargo, no puede entenderse como un dominio inexorable del pasado sobre el futuro o que cualquier acto de un agente del Estado imponga un deber absoluto de no impugnarlo en el porvenir”³⁸.

Nikken, en este caso, se comporta no solamente como un árbitro que dicta un laudo para resolver un problema en particular, sino como un cosmopolita que dedica su tiempo y estudio a dejarnos una clara doctrina sobre cómo debe interpretarse el *estoppel* que, como todo principio jurídico, debe ser tomado dentro del conjunto de circunstancias y normas (hechos y Derecho) que rodea el caso en controversia. Es por lo que en su texto advierte los requisitos que han sido puestos por la doctrina internacional para que se configure el *estoppel* y cita varios casos en los que la Corte Internacional de Justicia ha determinado que las declaraciones de un Estado se hayan revelado de una manera clara y constante (*clerally and consistently; d'une manière claire et constante*)³⁹ y así concluye que no se dieron en ese caso las premisas necesarias del *estoppel* y que si el Tribunal Arbitral así lo hubiera considerado, las pruebas “no habrían sido suficientes para determinar la responsabilidad del Estado, sobre la sola base del *estoppel*”⁴⁰

Esta disidencia de Nikken del Laudo definitivo, define la característica de un jurista completo, que maneja las circunstancias en un momento de su vida impregnado por esa experiencia que caracteriza a los venezolanos estudiosos como él, que no han limitado su actividad solamente a un ámbito del Derecho como la docencia, el ejercicio del Derecho, la investigación o la función jurisdiccional. Nikken es un intelectual completo del Derecho, que ha hurgado las distintas facetas del entorno, un hombre dedicado a las leyes pero con experiencia en todas las áreas, y por eso no puede circunscribirse a una teoría a secas, sin indagar y vislumbrar las consecuencias prácticas que puede tener ese laudo en los contrincantes; en consecuencia, disiente de la mayoría de un modo muy claro y a la vez muy complejo, pues de haberse tomado en cuenta esta interpretación, hubiera sido diferente la decisión final.

En cualquier caso, Nikken ha donado a la doctrina internacional un legado importantísimo sobre la noción del *Estoppel*, que engrandece su figura como venezolano ejemplar, como abogado formado con criterios muy profundos sobre la justicia y la verdad, y que invita a todos los estudiantes y profesionales de las ciencias jurídicas a escoger el estudio, la ponderación, la constancia y la dedicación en el ejercicio del Derecho en todas sus facetas.

de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Disponible en <https://jusmundi.com/en/document/pdf/opinion/es-duke-energy-international-peru-investments-no-1-ltd-v-republic-of-peru-disidencia-parical-del-arbitro-dr-pedro-nikken-monday-18th-august-2008>, consultado el 3 de noviembre de 2020.

³⁸ *Ibid.*, pp. 3-4.

³⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 9.

MONISMO A RABIAR: UN “PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FAVORABLE” ENTRE EL ARBITRAJE COMERCIAL DOMÉSTICO Y EL INTERNACIONAL

Javier L. Ochoa-Muñoz*

SUMARIO

Introducción. I. La fórmula “monista” de la LAC. II. Sobre la internacionalidad y la extranjería del arbitraje. III. La aplicación de las diversas convenciones internacionales sobre arbitraje comercial simultáneamente vigentes en Venezuela. 1. Los conflictos de vigencia simultánea (el principio de máxima eficacia). 2. La remisión a las normas internas más favorables. 3. Sobre la aplicación de la CNY a los arbitrajes internacionales llevados a cabo en Venezuela. IV. Algunas conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación de la Ley de arbitraje comercial venezolana en 1998 (LAC) no han sido pocas las críticas de la doctrina relacionadas con la regulación conjunta del arbitraje doméstico y el internacional. Los cuestionamientos no están realmente dirigidos al tratamiento conjunto o unitario de ambos planos del arbitraje, sino más bien a la ausencia de una definición del arbitraje comercial internacional y de otras aclaratorias o especificaciones que permitan dilucidar adecuadamente ciertas particularidades del arbitraje comercial internacional frente al doméstico¹.

* Profesor de Derecho internacional privado y Derecho procesal civil internacional (UCV-UCAB), *Magister Scientiarum* en Derecho internacional privado y comparado (UCV), Doctor en Ciencias Mención Derecho (UCV). Email: javierochoa@hotmail.com.

¹ Tatiana B. de Maekelt, “Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano”, en: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 275 ss., especialmente pp. 285-289. Víctor Hugo Guerra, “La ley venezolana sobre arbitraje comercial – Consideraciones al reconocimiento y ejecución y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49)”, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, Tomo II, pp. 45 ss., especialmente pp. 57-68. José Luis Bonnemaïson, *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, pp. 102-104. Aristides Rengel-Romberg, “El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998)”, en: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 17 ss., especialmente p. 48.

Pensamos que la problemática planteada por los elementos de internacionalidad del arbitraje comercial en nuestro sistema debe ser abordada teniendo muy en cuenta la fórmula regulatoria acusadamente unitaria o “monista” acogida en la LAC.

Por otra parte, la vigencia simultánea de normas internacionales y las disposiciones de la LAC, también plantea dudas acerca del tratamiento de algunos aspectos relacionados a la internacionalidad o extranjería del arbitraje. Sin embargo, el sistema contempla una pauta de solución general de las dudas que se orienta a la aplicación de la norma más favorable al arbitraje.

I. LA FÓRMULA “MONISTA” DE LA LAC

La utilización de los términos “monismo” y “dualismo” para hacer referencia a la regulación unitaria o separada, respectivamente, del arbitraje doméstico e internacional, parece ser propia de los sistemas de Derecho civil²; y se trataría de una adaptación del significado clásico que tienen esas expresiones para calificar la interconexión entre el Derecho internacional público y el Derecho interno de cada Estado. En contraste, la doctrina del *Common Law* se mantiene apegada a esta última connotación, y con esa misma nomenclatura (monismo-dualismo) se ha analizado la relación entre el Derecho interno y la normativa internacional sobre el arbitraje comercial³.

Siguiendo la terminología del Derecho civil, puede decirse que un sistema de arbitraje monista es aquel que regula conjuntamente o en un mismo cuerpo de normas, el arbitraje comercial doméstico y el internacional, y asigna en menor o mayor medida las mismas soluciones para ambos planos del arbitraje; mientras que un sistema dualista es aquel que opta por regularlos mediante cuerpos, capítulos o grupos de normas separados, o que contempla en mayor o menor medida un tratamiento diferenciado para cada uno de estos planos del arbitraje. Han sido emblemáticos los sistemas dualistas de Francia y Suiza, mientras que entre los sistemas monistas la doctrina tiende a resaltar los de España y Perú. Las razones para elegir entre una y otra opción, según apuntan Favre-Bulle y Muñoz, pueden fundarse en consideraciones prácticas, circunstancias históricas o concepciones filosóficas⁴.

En España, por ejemplo, el reemplazo del dualismo por el actual sistema monista respondió al interés práctico de facilitar el conocimiento de la Ley de arbitraje española y dar certeza a los socios comerciales de ese Estado. Consideraciones del mismo orden se plantearon en Perú para sustituir el sistema dualista de la Ley de arbitraje de 1996, fundado en el interés de atraer empresas extranjeras, para lo cual era mucho más fácil tener disposiciones para el arbitraje internacional que reprodujeran casi totalmente la Ley Modelo de UNCITRAL. Al adoptar la Ley de arbitraje peruana de 2008 el órgano legislativo declaró que la solución más conveniente era la adopción un cuerpo de disposiciones unitario, dado el crecimiento del comercio y la inversión extranjera, así como la entrada en vigor del tratado de libre comercio con los Esta-

² Xavier Favre-Bulle y Edgardo Muñoz, “Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?. en AAVV, Arbitraje internacional pasado, presente y futuro”, en: *Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013, Tomo II, pp. 1427 ss., especialmente p. 1438.

³ Véase, por ejemplo, S.I. Strong, “Monism and Dualism in International Commercial Arbitration: Overcoming Barriers to Consistent Application of Principles of Public International Law”, en: *Basic Concepts of Public International Law: Monism and Dualism*, Forthcoming, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2012-39, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2189905>, consultado en fecha 4 de febrero de 2021.

⁴ Xavier Favre-Bulle y Edgardo Muñoz, ob. cit., p. 1438.

dos Unidos⁵. En Francia, la conservación del sistema dualista habría obedecido a la especificidad del arbitraje internacional que implica necesariamente flexibilidad en asuntos de procedimiento. Esta concepción, aunque entraña una consideración “filosófica” del arbitraje, tiene elementos de raigambre histórica en la jurisprudencia de ese país⁶. En el caso de Suiza, Favre-Bulle y Muñoz, consideran que el dualismo del sistema se funda en principios constitucionales del pasado y en consideraciones prácticas, dadas las dificultades constitucionales de establecer un cuerpo normativo único federal para el arbitraje doméstico que no se presentaban para el arbitraje internacional⁷.

Sin embargo, se reconoce que el monismo no presupone necesariamente una coincidencia total entre el arbitraje doméstico y el internacional⁸, y además, la mayoría de las legislaciones no poseen dos conjuntos de disposiciones clara y absolutamente separados. Más bien, parecen haber diferentes grados de monismo o dualismo en las legislaciones sobre arbitraje⁹.

Esta circunstancia es criticada por Favre-Bulle y Muñoz, quienes cuestionan si todavía tiene sentido establecer disposiciones que privilegien el arbitraje internacional frente al doméstico “¿Por qué no renunciar a las pocas restricciones que se siguen imponiendo al arbitraje interno a fin de “mejorarlo” con la flexibilidad que ofrece el arbitraje internacional? ¿Acaso el arbitraje no está ya listo para una verdadera y total unidad de las disposiciones?”. Coincidimos con estos autores al pronunciarse “a favor de una verdadera unidad, un verdadero monismo”. “Las legislaturas de los Estados y la comunidad legal en general ya no deben tener miedo de la aplicación del régimen favorable del arbitraje internacional en controversias de orden interno. El arbitraje internacional ha sido probado con éxito durante las últimas décadas. La mayoría de las disposiciones que favorecen del arbitraje internacional satisfacen las necesidades de las partes en arbitrajes internos y cumplen con los requisitos mínimos en materia de debido proceso”¹⁰. Nosotros agregaríamos a esas consideraciones que tampoco debe tenerse miedo a aplicar al arbitraje internacional las normas favorables que rigen arbitraje interno en algunos sistemas (p. ej., las que prescinden del exequátur para la ejecución del laudo y las concernientes a la cooperación judicial en materia de medidas cautelares u obtención de pruebas)¹¹.

⁵ *Ibid.*, p. 1442-1443.

⁶ *Ibid.*, p. 1444.

⁷ Luego de muchos esfuerzos por uniformar la legislación cantonal se había logrado el Concordato intercantonal en 1969 para arbitrajes internos e internacionales. Pero ya en la década de los ochenta, el concordato se mostraba obsoleto para algunos aspectos del arbitraje internacional. Ante las dificultades prácticas de llegar a acuerdos para reformar el concordato, la solución fue pasar a un régimen dualista, conforme al cual se dejaba vigente el concordato para los arbitrajes internos, y el arbitraje internacional sería regido por el derecho federal (a través de la Ley de Derecho internacional privado), aprovechando la distribución competencia legislativa de la Confederación suiza. Xavier Favre-Bulle y Edgardo Muñoz, ob. cit., pp. 1444, 1447.

⁸ Alfredo Pablo Rey Vallejo, “Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio”, *Vniversitas*, 128, 2014, p. 250. Disponible en: 10.11144/Javeriana.VJ128.mral, consultado en fecha 4 de febrero de 2021.

⁹ Xavier Favre-Bulle y Edgardo Muñoz, ob. cit., p. 1438.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1453.

¹¹ La Ley de arbitraje española, por ejemplo, somete a exequátur los laudos extranjeros (arts. 46. La Ley) y no contempla una cooperación judicial directa con los tribunales arbitrales extranjeros en materia de pruebas. En su art. 1, a Ley española refiere que un conjunto de preceptos aplicarán por igual al arbitraje local y al extranjero, es decir, cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España (art. 1). Entre

En este sentido, es necesario poner de relieve que nuestra LAC es un instrumento con el mayor grado de monismo posible, orientado a lograr los máximos niveles de equiparación entre los distintos planos del arbitraje comercial, al punto que la doctrina se ha preguntado si realmente la LAC pretende regular el plano internacional¹². Aunque sea válido formular esta duda como observación crítica, la doctrina venezolana parece ser unánime en señalar que efectivamente la LAC pretendió regular tanto el arbitraje doméstico como el internacional. Durante las discusiones parlamentarias de la LAC algunos especialistas manifestaron al ente legislativo la conveniencia de incluir ciertas especificaciones como la calificación de la internacionalidad del arbitraje y el derecho aplicable a los casos con elementos extranjeros, pero tales sugerencias fueron desatendidas¹³. La ausencia de una definición del arbitraje comercial internacional y de las especificaciones adicionales que ha reclamado la doctrina, podría tener su causa precisamente en esa voluntad unificadora del plano doméstico con el internacional¹⁴.

Así, pues, nuestra LAC pudiera ser la legislación más monista del Derecho comparado¹⁵. Cualquiera sea el caso, esa acusada uniformidad es importante para interpretar el sistema, en el sentido de que las mismas reglas que rigen el arbitraje doméstico (especialmente las que vinculan al arbitraje con la jurisdicción judicial), en principio, están dispuestas para aplicarse por igual al arbitraje internacional. En otras palabras, la orientación monista de la LAC conlleva a que cualquier solución jurídica que comporte una diferencia de tratamiento entre el arbitraje doméstico y el internacional o el extranjero, debe estar fundada en alguna razón técnica clara y concluyente¹⁶, o en una norma expresa interna o en la normativa prevalente de un tratado internacional. La LAC no solamente omitió la definición del arbitraje comercial internacional y la delimitación del ámbito de su aplicación solo a los arbitrajes comerciales internacionales, separándose en este sentido de la Ley Modelo UNICTRAL. Adicionalmente, la LAC también omitió la especificación contenida en el artículo 1(2) de la Ley Modelo, conforme al cual se establece que, salvo algunas normas específicas, las disposiciones de la ley “se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”.¹⁷ Esta última omisión refuerza el argumento de que las normas de la

tales preceptos que aplican para los arbitrajes fuera de España, no se encuentra la norma relativa a la cooperación probatoria (art. 33). En la Ley que norma el arbitraje del Perú, también se exige un procedimiento previo de reconocimiento de los laudos extranjeros para proceder a su ejecución (arts. 76-77), pero sí se aplican las mismas normas sobre cooperación judicial probatoria y cautelar (arts. 1, 8 y 45).

¹² Víctor Hugo Guerra, ob. cit., p. 50.

¹³ *Idem*.

¹⁴ En sentido similar Aristides Rengel-Romberg, ob. cit., p. 51.

¹⁵ No hemos investigado suficientemente esta cuestión en el Derecho comparado, pues en realidad ese no es un elemento determinante en nuestro planteamiento de este artículo. Probablemente existan legislaciones con el mismo o mayor grado de monismo, pero no resulta fácil concebir un grado mayor.

¹⁶ Por ejemplo, las normas que rigen el proceso arbitral obviamente están destinadas a regular los procesos que se lleven a cabo en Venezuela, o aquellos procesos en que las partes hayan elegido que sean aplicables. La razón clara y concluyente deriva entre otras cosas de un argumento *ab absurdum*, pues lo contrario implicaría que el legislador venezolano pretendió regular los procesos arbitrales en todo el mundo.

¹⁷ Art. 1(2) Ley Modelo UNCITRAL de 1985: 2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”. Esta norma fue modificada en la versión de 2006, quedando redactada de la siguiente manera: “Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”.

LAC, en principio, pretenden aplicarse por igual a los arbitrajes domésticos, internacionales y extranjeros.

Así, pues, podríamos proclamar la presencia de un “principio de equivalencia” en nuestro sistema con relación al tratamiento de los distintos planos del arbitraje.

No obstante, al basarse en buena medida sobre la Ley Modelo UNCITRAL, la LAC se acopló a un sistema inteligentemente diseñado, que procuró y logró una considerable armonización entre las legislaciones nacionales, y a partir del cual se pueden interconectar de un modo más eficiente las distintas jurisdicciones judiciales y la jurisdicción arbitral comercial en el contexto local y transnacional.

Aunque el sistema de la Ley Modelo fue ideado para regular arbitrajes comerciales internacionales, también fue pensado para que sus reglas no solo sean aplicables a los arbitrajes llevados a cabo en el extranjero y los laudos dictados en el extranjero, sino también a arbitrajes comerciales internacionales con sede local y cuyos laudos hayan sido dictados en el mismo foro.

Al ser estructurado para acuerdos, procedimientos y laudos arbitrales tanto extranjeros como locales (aunque con elementos internacionales), el sistema de la Ley Modelo se adapta casi totalmente al arbitraje doméstico, sin perjuicio de que sean aconsejables algunas normas adicionales para dilucidar determinadas diferencias.

La extensión al ámbito doméstico de normas concebidas para el arbitraje comercial internacional, no se opone a los propósitos de la Ley Modelo, según lo manifiesta la propia Secretaría de UNCITRAL, pues

[s]i bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes¹⁸.

Tal como explican Holtzman y Neuhaus, durante los trabajos preparatorios de la Ley Modelo algunas delegaciones expresaron ciertas preocupaciones sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley únicamente al arbitraje comercial internacional, pues ello traería como consecuencia una doble estructura normativa sobre aspectos muy similares que generaría complicaciones. En respuesta a esas inquietudes se expresó que los Estados tenían libertad de adoptar la Ley Modelo tanto para los arbitrajes domésticos, como para los internacionales, aclarándose además que salvo lo dispuesto en el artículo 1, “todas” las disposiciones de la Ley Modelo podrían aplicarse adecuadamente a ambos tipos de arbitrajes¹⁹.

En relación a las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo arbitral la UNCITRAL ha señalado:

Aun cuando los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los del artículo V de la Convención de Nueva York,

¹⁸ Secretaría de UNCITRAL, Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, en Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, CNUDMI, UN, Nueva York, 2008, p. 28, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

¹⁹ Howard M. Holtzmann y Joseph Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International - T.M.C. Asser Instituut, Boston – The Hague, 1989, p. 28.

los enunciados en la Ley Modelo son relevantes no sólo para los laudos extranjeros, sino también para todos los laudos que se dicten en el ámbito de aplicación del texto legislativo por el que se haya incorporado la Ley Modelo al derecho interno²⁰.

Asimismo, el Secretario de UNCITRAL expresó en su informe sobre la Ley Modelo que las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución “contempla[n] los laudos extranjeros y los laudos nacionales, siempre que se dicten en el “arbitraje comercial internacional” al que se hace referencia en el artículo 1 y, por supuesto, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral en el que sea parte el Estado de ejecución”²¹. Este dato, que tiende a pasar desapercibido por algunos comentaristas, nos parece de gran importancia para entender finalmente la visión unificadora de la LAC.

Para nosotros el sentido y el espíritu de LAC, o al menos la intención que se deduce de su texto y su contexto, es un tratamiento uniforme y equivalente, en la máxima medida posible, para el arbitraje doméstico, el internacional y el extranjero. Así, pues, sobre la base del mismo modelo, nuestro legislador aglutinó el tratamiento de todos los planos del arbitraje comercial. En consecuencia, y a pesar de las justificadas críticas por la falta de una regulación complementaria para lograr una mejor adaptación de la Ley Modelo al arbitraje doméstico, así como por la falta de algunas especificaciones y aclaratorias adicionales, que quizás hubieren sido deseables (incluso en la misma Ley Modelo), pensamos que la referida solución de la LAC es significativamente ventajosa y plausible.

Con esta fórmula se conecta de algún modo todo el sistema puramente doméstico del arbitraje comercial, con un sistema internacional elaborado con particular genialidad, a partir de experiencias y esfuerzos globales, en los que han participado instituciones y estudiosos del más alto nivel de especialización. Además, este sistema se nutre constantemente de doctrina y jurisprudencia de muchos países, que puede utilizarse para la interpretación y complementación de la LAC (incluso en su esfera meramente doméstica), así como para su interacción con las convenciones internacionales vigentes en Venezuela. Dado además que la Ley Modelo se elaboró en cuidadosa sintonía con la CNY, resulta oportuno tener en cuenta, tal como apunta Strong, que el arbitraje comercial internacional disfruta de un beneficio no visto a menudo en otros campos, a saber, la disponibilidad de más de cincuenta años de valor empírico e investigación comparativa sobre la interpretación internacional y la aplicación de la CNY en más de un centenar de países²².

En este sentido, debe agregarse que el “principio de equivalencia” que hemos sugerido en líneas anteriores, respecto del tratamiento de los diferentes planos del arbitraje, debe entenderse como una “equivalencia favorable” o de “máxima eficacia”, en tanto y en cuanto no debe limitarse la eficacia o restringirse la flexibilidad del arbitraje internacional por aplicación de principios o reglas que podrían corresponder

²⁰ Secretaría de UNCITRAL, Nota explicativa de la secretaría..., ob. cit., p. 39. Las discusiones que se dieron sobre este punto en las negociaciones de la Ley Modelo son bastante ilustrativas. Pueden verse resumidas en Gonzalo Parra-Aranguren, “La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985)”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 97, 1995, pp. 388-399.

²¹ Secretario General de UNCITRAL, Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una Ley Modelo Sobre arbitraje comercial internacional, Informe del Secretario General, Doc A/CN.9/264, p. 77. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/264>, consultado en fecha 4 de febrero de 2021.

²² S.I. Strong, ob. cit., pp. 4-5.

particularmente arbitraje local, y viceversa²³. La interpretación que se impone sobre la base del sistema de la CNY y la Ley Modelo, en el que se inscribe la LAC, comporta el principio del “derecho más favorable” o “máxima eficacia”, que comentaremos más adelante²⁴. Este criterio tiene en nuestro sistema jurídico un sustento adicional en virtud de la “constitucionalización” del arbitraje como mecanismo de acceso a la justicia que debe ser promovido (arts. 253 y 258 CRBV), cuyo desarrollo por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha repercutido en la proclamación expresa y reiterada de un principio “*pro arbitraje*”²⁵.

Ahora bien, aunque la LAC no hace diferenciaciones expresas en función del carácter doméstico, extranjero o internacional del arbitraje, sí pueden deducirse de ella, y del régimen internacional aplicable, algunas divergencias en las soluciones jurídicas correspondientes. No obstante, el abanico de posibles circunstancias en las se presenta esta cuestión quizás sea más amplio de lo que pensaron los proyectistas de la LAC y no resulta tan fácil su tratamiento sistemático²⁶. Esta es una razón adicional para tener cuenta un principio de “equivalencia favorable” que permita resolver las dudas interpretativas sin perturbar la eficacia del arbitraje.

II. SOBRE LA INTERNACIONALIDAD Y LA EXTRANJERÍA DEL ARBITRAJE

La internacionalidad del arbitraje puede concebirse desde tres perspectivas separables, según las circunstancias en que se examine, a saber: la internacionalidad del arbitraje mismo, la internacionalidad del acuerdo de arbitraje y la internacionalidad

²³ Así, por ejemplo, no podría extenderse al arbitraje local la limitación establecida en el art. 47 LDIP que impide derogar la jurisdicción venezolana en favor de “árbitros que resuelvan en el extranjero”. Aunque la LAC no hace distinciones relativas a la arbitrabilidad de la controversia, en función de que el arbitraje se dirima en Venezuela o en el extranjero (art. 3), la disposición del artículo 47 LDIP impide la derogatoria de la jurisdicción venezolana en favor de árbitros que resuelvan en el extranjero cuando se trate de las controversias específicas indicadas en ese mismo artículo (i.- relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o ii.- se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o iii.- que afecten los principios esenciales del orden público venezolano). Conforme al artículo 62 de la misma LDIP, el art. 47 *ejusdem* disposición conserva su vigencia en el sistema venezolano de arbitraje.

²⁴ Véase III.1.

²⁵ Entre otras, son particularmente emblemáticas las sentencias: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 702, 18 de octubre de 2018, *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1067, 3 de noviembre de 2010, *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1541, 17 de octubre de 2008, *Hildegard Rondón de Sansó*; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 192, 28 de febrero de 2008, *Bernardo Weininger*. Véase en la doctrina venezolana, Eugenio Hernández-Bretón, “Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental”, en: *Arbitraje comercial interno e internacional – Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 23-34. Gilberto A. Guerrero-Rocca, “Nuevos avances sobre arbitraje en Venezuela: Análisis práctico a las recientes sentencias de la Sala Constitucional”, en: *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 34, 2012, pp. 265-307.

²⁶ Sin pretender agotar todas las posibles diferencias de tratamiento que pudieran presentarse según los elementos domésticos, extranjeros o internacionales del arbitraje, hemos identificado algunas de ellas, relativas a cuestiones como la arbitrabilidad de la controversia, la jurisdicción para conocer el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, el valor de las decisiones judiciales sobre la nulidad o a la suspensión de efectos del laudo arbitral, el momento en el que se hace ejecutable y debe reconocerse el laudo, la propia definición del laudo arbitral, así como el carácter apelable o inapelable del mismo y los efectos de las posibles apelaciones. Estas diferencias, sin embargo, pueden depender también de los criterios que se asuman respecto de las cuestiones respectivas.

de laudo arbitral²⁷. En una estrecha relación con la idea de “internacionalidad” del arbitraje, también debe tenerse en cuenta la noción de “extranjería” o el carácter extranjero, el cual puede concebirse también desde las tres perspectivas mencionadas. Estas nociones (la internacionalidad y la extranjería del arbitraje) se relacionan de un modo particular y confuso, pero no son iguales.

La extranjería del arbitraje es regularmente fácil de determinar, pues se sustenta en un criterio territorial, y ello conduce generalmente a que el respectivo arbitraje sea considerado en el foro de referencia como un arbitraje internacional desde todas las perspectivas. Así, por ejemplo, si el acuerdo de arbitraje se ha suscrito en el extranjero, el arbitraje se ha llevado a cabo en el extranjero o el laudo ha sido dictado en el extranjero, estos normalmente pueden ser considerados como internacionales²⁸. Sin embargo, cuando el acuerdo de arbitraje, el proceso de arbitraje o el laudo arbitral han tenido lugar en el foro, la determinación de la internacionalidad requiere de criterios adicionales, que han sido objeto de divergencias y debates.

Estas calificaciones tienen ocasionalmente consecuencias prácticas de importancia, porque de ellas puede depender la aplicabilidad de una u otra fuente normativa, y de una u otra solución jurídica, según los casos.

De allí, que una de las críticas más constantes que la doctrina internacionalista le hace a la LAC, estriba precisamente en la falta de definición del arbitraje comercial internacional²⁹. No obstante, tal como señalamos antes, la ausencia de tal definición parece obedecer a que en el articulado del LAC no existe ninguna hipótesis normativa específica que tome en cuenta la “internacionalidad” del arbitraje como tal³⁰. La orientación monista o unitaria de la LAC pretende, en la medida de lo posible, aplicar las mismas soluciones jurídicas a todos los planos del arbitraje comercial. Esto no significa que los elementos internacionales del arbitraje no tengan implicaciones en el articulado de la LAC o en el sistema jurídico venezolano. Existen normas en la LAC que se toman en cuenta elementos específicos de internacionalidad (p. ej., art. 49(c) (e)(g)), así como normas que, en principio, solo pueden tener aplicación para laudos dictados en Venezuela (p. ej., arts. 43-47)³¹. En este mismo sentido, la derogatoria

²⁷ En un sentido similar, véase Tatiana B. de Maekelt, ob. cit., p. 276.

²⁸ El lugar de celebración del acuerdo, sin embargo, por sí solo puede no ser suficiente para considerarlo extranjero o nacional. Por lo general, cuando el acuerdo de arbitraje es suscrito en el extranjero, la relación jurídica presenta otros elementos extranjeros, que permiten concluir que se trata de un acuerdo internacional. Por supuesto, pueden presentarse casos más complejos en los que las partes hayan podido celebrar accidentalmente (o artificiosamente) el acuerdo en el extranjero, por ejemplo, pero todas ellas son nacionales, la controversia es realmente local y el arbitraje se lleva a cabo en el propio foro de referencia. En circunstancias como esa, cabe considerar que no se trata realmente de un acuerdo de arbitraje internacional, regido por la CNY o las demás convenciones vigentes en Venezuela.

²⁹ Véase, Víctor Hugo Guerra, ob. cit., p. 57-68.

³⁰ En efecto, durante los trabajos preparatorios de la Ley Modelo se hizo notar que la definición de la internacionalidad era importante, a menos que el Estado que adopte la Ley Modelo, la extienda al arbitraje doméstico por igual. Howard M. Holtzmann y Joseph Neuhaus, ob. cit., p. 72.

³¹ Por otra parte, en respuesta a las dudas acerca de la aplicación de la LAC al arbitraje comercial internacional, se ha puesto de relieve otras normas que apuntan claramente hacia ello, pues conciernen necesariamente al arbitraje internacional. En este sentido se destaca la presencia de normas que tratan lo relativo al lugar del arbitraje (art. 9) y al idioma a ser utilizado en el proceso arbitral (art. 10), así como la disposición sobre la aplicación preferente de los convenios internacionales (art. 1) y la referida a la eficacia de los laudos arbitrales extranjeros (art. 48). Véase German Delgado Soto, “Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Venezuela”, en: *DeCita* (Arbitraje), 02.2004, Zavalía, Buenos Aires, pp. 436 ss., especialmente p. 440.

convencional de la jurisdicción en favor de “árbitros que resuelvan en el extranjero” se encuentra regulada en el artículo 47 de la Ley de Derecho internacional privado (LDIP)³².

Por otra parte, en el sistema venezolano la consecuencia fundamental que se desprende del carácter “internacional” del arbitraje no surge del articulado de la LAC ni la LDIP, sino de la aplicación de la CNY. Esta última tampoco define lo que es un “arbitraje internacional”, al tiempo que concibe la aplicación principal de sus normas sobre la base de un criterio más bien territorial, que toma en cuenta el lugar en que se ha dictado el laudo arbitral³³. Conforme al artículo I(1) CNY, ésta se aplica a las sentencias arbitrales “dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias”. Así, los laudos extranjeros dictados en otros Estados parte de la CNY se regirán por esta convención³⁴.

Sin embargo, conforme al mismo artículo I(1)(segunda frase) CNY, la convención “aplicará también a las sentencias arbitrales **que no sean consideradas como sentencias nacionales** en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución” (resaltado nuestro), es decir, que se aplica también a los laudos dictados en el propio foro, pero que se consideren como laudos “no nacionales” o no domésticos. En consecuencia, en Venezuela la Convención se aplica a los laudos dictados en el extranjero (en Estados contratantes).³⁵ Pero también se aplica a todos aquellos laudos que sin ser extranjeros (por haberse dictado en Venezuela), sean internacionales porque “no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, es decir, que no sean consideradas como laudos nacionales en Venezuela³⁶.

La calificación de los laudos como “no nacionales” a los efectos de la CNY ha sido también una cuestión polémica, toda vez que la propia Convención no aporta una definición al respecto. Como consecuencia de ello explica la Secretaría de UNCITRAL que los Estados contratantes tienen la facultad discrecional de determinarlo conforme a su propio ordenamiento jurídico. En tal sentido, se reporta que un tribunal de los

³² El artículo 47 LDIP tiene vigencia y aplicación respecto de los acuerdos de arbitrajes internacionales norma conforme a lo estipulado en el artículo 62 *ejusdem*.

³³ Explica la Guía de la Secretaría de UNCITRAL que en el proyecto de convención de 1955, el artículo I establecía que la Convención se aplicaría “al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel donde dichas sentencias son invocadas”. Se trataba de un “criterio territorial” para determinar el ámbito de aplicación de la Convención, basándose en el lugar donde se había dictado el laudo. La aplicación de este criterio territorial excluía del ámbito de aplicación de la Convención los laudos dictados en el foro. Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), Edición de la Guía de 2016, Nueva York, 2017, pp. 20-21. Disponible en: https://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf consultado en fecha 4 de febrero de 2021.

³⁴ Téngase en cuenta que Venezuela reservó la aplicación de la CNY solo a los laudos dictados en otros Estados parte de la Convención, véase *infra* III.3.

³⁵ Véase *infra* III.3.

³⁶ Es oportuno observar que cuando Venezuela ratificó Convención de Nueva York declaró, a tono con lo pautado en su inciso 3º de artículo I, que “La República de Venezuela sólo aplicará la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante.” Ahora bien, en nuestra opinión esta declaración solo tiene el efecto de desaplicar la convención respecto de laudos dictados en Estados no contratantes; y ello, por razones de reciprocidad, tal como lo advierte el citado inciso 3º del artículo I. Esta declaratoria no obsta a que el Tratado se aplique a los laudos dictados en Venezuela, pero que por las circunstancias del arbitraje, se trate de laudos internacionales.

Estados Unidos señaló que “parece que se ha omitido deliberadamente la definición a fin de abarcar la más amplia variedad posible de laudos admisibles...”³⁷. Pero los criterios que han surgido al respecto son muy diversos. Según un primer criterio, ceñido a las expresiones recogidas durante los trabajos preparatorios de la CNY, se consideró que los laudos son “no nacionales”, si en el procedimiento de arbitraje se aplicó una ley procesal distinta a la del Estado en que se pide su reconocimiento o ejecución.³⁸ Pero sobre esta idea parece haberse impuesto una noción más amplia, según la cual un laudo se considera “no nacional”, cuando “se dicta en el Estado en que se solicita el reconocimiento y la ejecución, pero se refiere a una controversia en la que hay uno o más elementos internacionales”. En este sentido, los tribunales de los Estados Unidos, en aplicación de su legislación sobre la materia, han establecido que “la nacionalidad de las partes, la ubicación de los bienes objeto de controversia, el lugar en el que se debía cumplir o ejecutar el acuerdo o el hecho de que el laudo contenga algún otro elemento que guarde una relación razonable con un país extranjero” son elementos que determinan si el laudo se considera “no nacional”.³⁹

Un laudo “no nacional” es, en otras palabras, laudo “internacional”. La expresión “no nacional” se emplea para especificar que se trata de laudos que han sido dictados en el Estado en el que se pide su reconocimiento o ejecución, pero que en definitiva se consideran como laudos internacionales.

Por otra parte, la CNY también rige la eficacia del acuerdo de arbitraje. Según la interpretación que se adopte, puede ser igualmente necesario determinar si el acuerdo de arbitraje es internacional a los efectos de la aplicación de la CNY. Es importante tener en cuenta que la intención inicial del proyecto de la CNY era limitarla únicamente al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, excluyendo los acuerdos de arbitraje. Fue apenas unas tres semanas antes de la aprobación de la Convención, que los redactores del proyecto aceptaron finalmente incluir una disposición específica sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje (art. II CNY). Tal como explica la propia Secretaría de UNCITRAL, a esas alturas ya se habían aprobado la mayoría de las demás disposiciones, que no se modificaron para reflejar esta adición tardía, y es por ello que la eficacia de los acuerdos de arbitraje no se menciona ni en el título ni en otras disposiciones de la Convención, en particular en los artículos I (ámbito de aplicación de la Convención) y VII (disposición del “derecho más favorable”)⁴⁰.

La falta de precisión del ámbito de aplicación de la CNY con respecto a la eficacia de los acuerdos de arbitraje genera dudas acerca de cuáles son los acuerdos que realmente se suponen comprendidos en la Convención. Según un criterio, la falta de precisión trae como consecuencia que la CNY se aplique a todos los acuerdos de arbitraje, sean domésticos o internacionales. Otro criterio ha señalado que solo quedan comprendidos los acuerdos de arbitraje que disponen que la sede del arbitraje sea en un lugar distinto a aquel en el que se plantea el problema de la eficacia del acuerdo, o los acuerdos que conllevarían a un laudo que se consideraría como extranjero o no nacional. Un tercer criterio, al que nos adherimos, sostiene que la convención aplica a los acuerdos de arbitraje internacionales, en el sentido de que tengan elementos o

³⁷ Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 25.

³⁸ Albert Jan van den Berg, “When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?”, *Pace Law Review*. 25/6, 1985, p. 43. Disponible en: <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol6/iss1/2>.

³⁹ Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 26.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 43.

visos extranjeros que estén vinculados con el comercio internacional⁴¹. Van der Berg ha señalado en esta dirección que ante el silencio de la CNY con respecto al acuerdo arbitral, se justifica una interpretación expansiva, sobre la base de condiciones como la nacionalidad extranjera de las partes, apoyándose en la propósito de la Convención⁴². La Guía sobre la CNY elaborada por el *International Council for Commercial Arbitration*, señala que la internacionalidad del acuerdo resulta de la nacionalidad o domicilio de las partes o de la transacción subyacente. Adicionalmente, la misma Guía sugiere una lista de criterios que sintetizan las diferentes posturas al respecto, de modo tal que: i.- Si el acuerdo de arbitraje prevé una sede en un Estado extranjero, se debe aplicar la CNY. ii.- Si el acuerdo de arbitraje prevé una sede en el Estado del foro, se debe aplicar la Convención si el futuro laudo calificará como no nacional de conformidad con el artículo I(1) CNY. iii.- Puede aplicar la Convención si el acuerdo de arbitraje es internacional por la nacionalidad o domicilio de las partes o por elementos extraños presentes en la transacción. iv.- Si el acuerdo de arbitraje no prevé la sede del arbitraje, el tribunal debe aplicar la Convención si es probable que el laudo futuro se considerará extranjero o no nacional de acuerdo con con el artículo I(1). v.- Además, puede aplicar la Convención si el tribunal considera que el acuerdo es internacional⁴³.

Cualquiera sea el caso, la cuestión de definir cuándo un arbitraje (o un acuerdo, o un laudo) se considera internacional no tiene una respuesta uniforme en el Derecho comparado ni en la doctrina. La Ley Modelo UNICTRAL, que fue elaborada para regir el arbitraje comercial internacional, sí contiene una definición expresa de la internacionalidad de arbitraje:

Artículo 1(3) Un arbitraje es internacional si:

- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado...

Los trabajos preparatorios de la Ley Modelo revelan que sus redactores prefirieron esta fórmula de definición más precisa, en lugar de tomar la definición acogida en la revisión del CPC francés de 1981, conforme al cual un arbitraje es internacional si en este están implicados los intereses del comercio internacional. Se reconoció que aquella definición francesa tenía el mérito de ser más comprensiva pero se corría el riesgo de divergencias interpretativas en los tribunales de los Estados que adoptaren la Ley Modelo. Por esta razón se favoreció más bien un criterio que ha sido catalogado como “básico”, el cual debería resolver satisfactoriamente la mayoría de los casos⁴⁴.

⁴¹ Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 44-45. *International Council for Commercial Arbitration, ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: A handbook for judges*, 2011, p. 23.

⁴² Albert Jan van den Berg, ob. cit., p. 52.

⁴³ *International Council for Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 23.

⁴⁴ Tal criterio se inspiró en la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961). Véase, Howard M. Holtzmann y Joseph Neuhaus, ob. cit., p. 29.

Para Maekelt, la Ley Modelo consagra en definitiva un criterio amplio que responde a la mayoría de las situaciones que generalmente se consideran internacionales⁴⁵. Ante la ausencia de una definición en la LAC, otro sector de la doctrina parece también aceptar el criterio formulado al respecto por la antigua Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en la sentencia del caso *Pepsi Cola* en la que partiendo de la interpretación de la Convención de Nueva York, se estableció:

...la opinión mayoritaria indica que el carácter de internacional del acuerdo debe ser establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios). Recomienda la doctrina que todos esos criterios no sean utilizados de manera excluyente, sino que se usen según útiles. Se recomienda una interpretación amplia de la noción en cuestión (van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, op. cit., p. 58)⁴⁶.

De modo, pues, que para determinar la internacionalidad del arbitraje en el sistema venezolano, consideramos acertado el citado criterio del caso *Pepsi Cola*, el cual puede siempre acompañarse de los planteamientos adicionales de la doctrina y la jurisprudencia, dentro y fuera de Venezuela. Toda vez que la determinación de la “internacionalidad” será necesaria principalmente para dilucidar la aplicación de las fuentes internacionales vigentes, en especial la CNY, resultará siempre muy útil la aproximación comparativa con la doctrina y la jurisprudencia, desarrollada en el marco de dicha convención.

III. LA APLICACIÓN DE LAS DIVERSAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL SIMULTÁNEAMENTE VIGENTES EN VENEZUELA

1. Los conflictos de vigencia simultánea (el principio de máxima eficacia)

Un aspecto teóricamente problemático pero que suele ser minimizado en el tratamiento doctrinal, es el manejo de la simultánea vigencia de diversos tratados internacionales que regulan aspectos del arbitraje comercial y su relación con la normativa interna sobre la materia. Por lo general, esta cuestión es dirimida por doctrinarios y jueces bajo aparentes sobrentendidos y con la convicción de que existe una incidencia práctica poco relevante⁴⁷.

⁴⁵ Tatiana B. de Maekelt, ob. cit., p. 276.

⁴⁶ Sent. 605 de la CSJ-SPA del 9/10/97, Caso Embotelladora Caracas C.A. y otros contra Pepsi Cola Panamericana S.A. Véase Eugenio Hernández-Bretón, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 109, 1998. Shirley Sánquiz Palencia, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Fundación Roberto Glodschmidt, Universidad CAB, Caracas, 2005, pp. 23-32. German Delgado Soto, ob. cit., p. 449.

⁴⁷ Esta circunstancia se repite en la doctrina y jurisprudencia comparada. Véase S.I. Strong, ob. cit., p. 2-3. En una publicación anterior hemos manifestado también la poca importancia práctica de tales diferencias (Javier Ochoa-Muñoz, “Reconocimiento de laudo arbitral extranjero”, en *Arbitraje comercial interno e internacional / Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 245). Corregimos aquí esa postura, dado que sí pueden identificarse algunas pocas diferencias de importancia práctica como las que se comentan en este artículo.

La Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá) está vigente en Venezuela desde 1985 y nos vincula con otros 18 Estados americanos en total⁴⁸, todos los cuales son también parte de la CNY en la actualidad. Esta última se encuentra vigente en Venezuela desde 1995 y, al día de hoy, nos vincula con 165 Estados más, alrededor de todo el mundo⁴⁹. El deseo de los integrantes de la Conferencia Especializada Interamericana en la que se elaboró la Convención de Panamá, era el de dar una respuesta propia de la región a los problemas del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, debido a un estancamiento de las discusiones y a las limitaciones de tiempo, se aprobó un texto con ciertas deficiencias y sin mejoras relevantes a la CNY, y de hecho, se reprodujeron los artículos V y VI de la CNY (arts. 5 y 6 de la Convención de Panamá), con ligeros cambios de forma en la redacción (por ello, cuando hacemos referencia a estas disposiciones citaremos solo las de la CNY)⁵⁰.

Desde hace tiempo la doctrina ha reconocido que era más razonable la propuesta de la delegada venezolana, Tatiana de Maekelt, de diferir la discusión de la Convención de Panamá para una conferencia posterior, a fin de no frustrar los objetivos inicialmente planteados⁵¹.

Sin embargo, a pesar de los cuestionamientos a la Convención de Panamá, un número considerable de países latinoamericanos, como Venezuela, optaron por ratificarla primero; y fue posteriormente, que decidieron ratificar la CNY. Así, durante años, el único instrumento internacional al alcance de quien pretendiera ejecutar un laudo arbitral entre esos países era la Convención de Panamá. Aunque haya sido por un afán de fortalecimiento de la identidad regional, reconoce la doctrina que este instrumento fue un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica, y además, su aprobación fue un factor en las reformas legislativas internas sobre arbitraje en la región⁵².

También advierte la doctrina que entre la CNY y la de Panamá, más que diferencias, existen aspectos omitidos por esta última, como el ámbito de aplicación⁵³ y los documentos que deben presentarse con la solicitud para hacer valer el laudo⁵⁴.

⁴⁸ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁴⁹ Véase estado de firmas y ratificaciones en https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, consultado en fecha 4 de febrero de 2021.

⁵⁰ En efecto, un estudio sobre las sentencias dictadas en América Latina, reseña la mayoría de los Estados latinoamericanos son partes de la CNY y la de Panamá, y tienden a aplicar y referirse únicamente a la primera convención. Señala el artículo que por lo general existe confusión e incertidumbre acerca del instrumento aplicable, a pesar de que las diferencias no sean tan relevantes. Cristian Conejero, “The New York Convention in Latin America: Lessons From Recent Court Decisions”, 2008. Disponible en: https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/conejero.pdf, consultado en fecha 4 de febrero de 2021.

⁵¹ Rubén Santos Belandro, *Arbitraje Comercial Internacional*, Tercera Edición, Oxford University Press, México, 2000, p. 309.

⁵² Julián Treviño Meixueiro, “Notas sobre la coexistencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá en materia de arbitraje comercial internacional”, en: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión, Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009, pp. 595 ss., especialmente p. 596.

⁵³ Sin embargo, ya hemos visto que el ámbito de aplicación de la CNY respecto de la eficacia de los acuerdos de arbitraje no fue determinado tampoco. Véase *supra* II.

⁵⁴ Julián Treviño Meixueiro, ob. cit., p. 597.

Al no restringirse ni limitarse el ámbito de aplicación de la Convención de Panamá, surge la duda de si un Estado parte debe aplicarla a todos los casos de arbitraje comercial internacional. Sin embargo, por el título y las características de la misma, se concluye que dicha Convención está limitada solo a los arbitrajes internacionales conectados con los países del sistema interamericano⁵⁵. En nuestra opinión, su potencial aplicación está limitada únicamente al ámbito de los arbitrajes comerciales internacionales, con vinculaciones entre los Estados contratantes.

Por otro lado, la Convención de Panamá carece de las denominadas “cláusulas de compatibilidad” que diriman los conflictos de su vigencia simultánea con otros tratados.

La CNY, por su lado, en su artículo VII(1) establece:

Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque⁵⁶

Esta disposición, que se inspira en el artículo 5 de la Convención de Ginebra de 1927,⁵⁷ ha sido alabada por la doctrina y catalogada por la Secretaría de UNCITRAL como una de las “piedras angulares” de la CNY:

La genialidad de los autores de la Convención de Nueva York es haber previsto la progresiva liberalización del derecho de arbitraje internacional y haber establecido disposiciones en ese sentido. El artículo VII 1), que rige la relación que existe entre la Convención y otras leyes y tratados aplicables, se aparta de las normas que habitualmente rigen la aplicación de disposiciones contradictorias de los tratados y establece que en caso de que más de un régimen resulte aplicable, la disposición que prevalezca no será ni la más reciente ni la más específica, sino la que sea más favorable al reconocimiento y la ejecución⁵⁸.

“Así, el artículo VII(1) garantiza que en cualquier caso en que la Convención de Nueva York resulte menos favorable que las disposiciones de otro tratado o ley del país donde una parte trate de obtener el reconocimiento o la ejecución “[haciendo] valer una sentencia arbitral”, las normas más favorables tendrán primacía sobre las de

⁵⁵ Ibid., p. 154. Joao Bosco Lee, “A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional”, en: *DeCita*, 2.2004, Zavalia, Argentina, pp. 201-206.

⁵⁶ La Secretaría aclara que la primera parte del artículo VII(1) ha sido llamada “disposición de la compatibilidad”, al referirse a los tratados, mientras que la segunda parte del artículo VII(1), que permite a cualquier parte interesada hacer valer un tratado o una ley nacional más favorables sobre el reconocimiento o la ejecución en lugar de la Convención, se conoce generalmente como disposición del “derecho más favorable”. “Si bien puede resultar útil para ciertos fines analíticos examinar los dos párrafos del artículo VII 1) por separado, tomado en su conjunto, el artículo consagra la idea del “derecho más favorable”. La primera parte del artículo VII 1) solo anticipa la segunda, que confirma que la validez de otros tratados no se verá afectada por la Convención, de modo que cualquier parte interesada podrá hacerlos valer si son más favorables”. Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 317.

⁵⁷ Art. 5 Convención de Ginebra: “Las disposiciones de los artículos precedentes no privan a ninguna parte interesada del derecho de hacer valer una sentencia arbitral en la forma y la medida admitidas por la legislación o los tratados del país en que esta sentencia se invoque”.

⁵⁸ Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 3. La verdadera genialidad debe más bien atribuirse a los redactores del art. 5 de la Convención de Ginebra. Sin embargo, la CNY mejoró la redacción de la disposición.

la Convención de Nueva York”⁵⁹. Aunque el artículo VII(1) no se refiere expresamente a las normas más favorables a la eficacia del acuerdo de arbitraje, la interpretación doctrinal y jurisprudencial⁶⁰, e incluso la interpretación oficialmente recomendada por la propia UNCITRAL, apunta a que dicha norma debe entenderse como aplicable también a la regulación de los acuerdos de arbitraje⁶¹.

No son muchas las diferencias que pueden encontrarse entre la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, por lo que se ha dicho que las dudas sobre la aplicación de una u otra tienen poca incidencia práctica⁶². Explica la Secretaría de UNCITRAL que los tribunales de los Estados Unidos han aplicado la CNY y la Convención de Panamá como si fueran idénticas⁶³.

Sin embargo, la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convención de Montevideo), y que se supone debe complementar a la Convención de Panamá en lo relativo a la eficacia del laudo arbitral, sí plantea diferencias que pudieran acarrear importantes implicaciones prácticas.

La Convención de Montevideo está vigente en Venezuela desde 1985 y establece exigencias formales en relación a la documentación que debe acompañar la petición de reconocimiento o ejecución del laudo, excesivamente extensas y rigurosas a la luz del Derecho arbitral.

La Convención de Montevideo igualmente carece de cláusulas de compatibilidad apropiadas, limitándose a señalar: “Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975” (art. 1). Como quiera que la Convención de Panamá no previó los documentos y formas que deben consignarse para invocar el reconocimiento o pedir la ejecución del laudo, podría concluirse que deben imponerse las exigencias formales de Montevideo. El punto es que la Convención de Montevideo dispone:

Artículo 3

Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes:

- a. Copia auténtica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional;
- b. Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior⁶⁴;

⁵⁹ *Ibid.*, p. 317.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 326-327.

⁶¹ UNCITRAL, “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, adoptada el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>. (...2. “Recomienda que el párrafo 1) artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.”, p. 19)

⁶² En este sentido véase, María Blanca Noodt Taquela, “El arbitraje Comercial en Argentina”, en: *DeCita*, 2.2004, Zavalia, Argentina, p. 330.

⁶³ Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 324.

⁶⁴ Art. 2: “...e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto; f. Que se haya asegurado la defensa de las partes...”.

c. Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada.

Tales exigencias son mucho más extensas y rigurosas que las contempladas en la CNY (art. IV) y, por supuesto, que las previstas en el artículo 48 LAC (que solamente exige que se presente una copia certificada del laudo arbitral).

La doctrina que ha analizado la aplicación de la Convención de Montevideo a las cuestiones de eficacia de los laudos arbitrales, ha identificado una contradicción entre las orientaciones de esta Convención y los objetivos de la Convención de Panamá. Particularmente, la exigencia prevista en el artículo 3(c) de la Convención de Montevideo, evoca la figura del “doble exequátur” que surgió en el contexto de la Convención de Ginebra de 1927, lo cual fue precisamente una de las exigencias que se eliminaron deliberadamente como logro fundamental de la CNY⁶⁵. Por lo demás, algunas otras exigencias formales previstas en el artículo 3 de la Convención de Montevideo son a todas luces excesivas en comparación con las de la CNY y nuestra LAC, y contrarían los desarrollos del Derecho arbitral. Coincidimos con Bosco Lee, al referir que en este sentido la Convención de Montevideo, en lugar de complementar a la de Panamá, más bien la contradice⁶⁶.

Es importante destacar que todos los Estados parte de la Convención de Montevideo, también son parte de la CNY. Pero la falta de cláusulas de compatibilidad adecuadas en la Convención de Panamá y en la de Montevideo, no facilita la resolución de las dudas sobre su aplicación en relación con la CNY. Entre estos instrumentos no resultan del todo apropiadas las reglas de solución de conflictos normativos previstas de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados⁶⁷.

La disposición del artículo VII(1) CNY sobre el “derecho más favorable”, no plantea una subordinación a los “tratados anteriores o posteriores”, sino en tanto y en cuanto sean más favorables para el arbitraje.

Sin embargo, resulta conveniente tener en cuenta que en una circunstancia similar, el Tribunal Federal suizo ha confirmado que el artículo VII(1) CNY deja sin efecto las normas que generalmente se aplican para resolver los conflictos entre disposiciones contradictorias de los tratados, a saber, “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”. Según explicó el Tribunal, la CNY reemplaza esas normas con el principio de la “máxima eficacia” (“*règle d’efficacité maximale*”),

⁶⁵ Uno de los principales obstáculos que existían para el reconocimiento y la ejecución antes de que se aprobara la Convención era el requisito del “doble exequatur”, que había entorpecido la eficacia de los laudos arbitrales en el contexto de la Convención de Ginebra de 1927. Esta última exigía que la parte que invocara la sentencia arbitral o que pidiera su ejecución suministrara, entre otras cosas, los documentos y datos capaces de establecer que la sentencia se había hecho firme en el país donde había sido dictada. La práctica de entonces en la mayoría de las jurisdicciones mostraba que el carácter definitivo del laudo, o la prueba de dicho carácter, solo podía obtenerse presentando una solicitud de reconocimiento y ejecución ante los tribunales nacionales del Estado en que había dictado, razón por la cual, la parte que pedía que se ordenara la ejecución de un laudo tenía que suministrar prueba del exequatur del laudo en el país de la sede del arbitraje. Además de probar que el laudo había quedado firme, la Convención de Ginebra de 1927 exigía a la parte interesada que presentara varios documentos más. Como consecuencia de ello, se imponía una carga importante a la parte que pedía el reconocimiento y la ejecución de un laudo. Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 93.

⁶⁶ Joao Bosco Lee, ob. cit., p. 216.

⁶⁷ Aunque la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados no ha sido ratificada por Venezuela, se considera que ella contiene los principios generalmente aceptados en el Derecho internacional sobre los aspectos regulados en ella y específicamente se ha reconocido que dicha Convención debe tenerse en cuenta para resolver los conflictos entre la CNY y otras convenciones sobre arbitraje.

conforme al cual el instrumento que prevalece no es ni el más reciente ni el más específico, sino, en cambio, el que resulte más favorable para la ejecución del laudo arbitral extranjero⁶⁸. La doctrina también se ha pronunciado en favor del principio de “máxima eficacia” autorizando a aplicar el tratado que sea más favorable, con independencia de si se tratan de tratados anteriores o posteriores o de ámbito general o específico⁶⁹.

Así, pues, en nuestra región la doctrina y la jurisprudencia también han señalado que las diferencias entre la CNY y la de Panamá deben resolverse dando preferencia a la norma que más favorezca al arbitraje, y específicamente, la que más favorezca la eficacia del acuerdo y el laudo arbitral⁷⁰.

En la jurisprudencia venezolana este aspecto fue específicamente considerado por la antigua Corte Suprema de Justicia, señalándose al respecto lo siguiente:

Ninguna de las Convenciones (...) contiene reglas relativas a la prioridad de aplicación de las mismas. Tan sólo el artículo VII, párrafo 1º de la Convención de las Naciones Unidas se limita a señalar que las disposiciones de esa Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes (...) La Convención Interamericana, posterior en fecha a la Convención de las Naciones Unidas, sigue muy de cerca las disposiciones de esta última. Tal fue la intención de hacerlas compatibles (Charles Norberg, *General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration*, en *International Handbook on Commercial Arbitration* (Supp.,

7, (1987) p. 7). Sin embargo, no todas las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana figuran en la Convención de las Naciones Unidas. A pesar de lo anterior, no puede afirmarse que las disposiciones no incluidas contradigan lo dispuesto en la Convención Interamericana (...) La anterior circunstancia, impone entonces, aplicar en forma concomitante y complementaria las disposiciones de ambas Convenciones”. A ello agrega que debe aplicarse “la disposición más favorable para lograr los objetivos comunes de ambos, a saber, que los acuerdos arbitrales sean exigibles según sus términos y que los laudos sean ejecutables en países distintos del Estado sede del Tribunal arbitral sin que haya una previa revisión tenidas en en el fondo del asunto decidido, facilitando así el recurso al arbitraje en el comercio internacional⁷¹.

Conforme a estas orientaciones debe entenderse que el criterio de la disposición más favorable se extiende por igual a la Convención de Montevideo, con lo cual queda descartada su aplicación en materia de arbitraje, optándose por la disposición que menos exigencias requiera para solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral⁷².

⁶⁸ Secretaría de UNCITRAL, ob. cit., pp. 2, 321.

⁶⁹ Antonio Remiro Brotons, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, en: *Recueil des Cours*, Vol. 184, 1984, pp. 274-277. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *5.7 Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37, 2003, p. 45.

⁷⁰ Véase, Julián Treviño Meixueiro, ob. cit., p. 598. En la jurisprudencia de la Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1773, 30 de noviembre de 2011, caso *VAN RAALTE de Venezuela, C.A.*

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia 605, 9 de octubre de 1997, *Caso Embotelladora Caracas C.A. y otros contra Pepsi Cola Panamericana S.A.* Cfr. Eugenio Hernández-Bretón, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, ob. cit.

⁷² Además, la interpretación del sistema debe partir de la idea de que la Convención de Montevideo establece unas reglas de procedimiento, cuya satisfacción genera la obligación internacional del Estado requerido de reconocer o ejecutar el laudo. Pero si esas reglas no se cumplen, ello no significa que

Las mismas consideraciones caben en relación con el Acuerdo Boliviano sobre ejecución de actos extranjeros de 1911, cuyo artículo 6 también contempla una lista amplia de documentos y formalidades que deben presentarse para solicitar el cumplimiento del laudo. Es el caso, además, que todos los Estados contratantes del Acuerdo Boliviano, son también partes de la Convención de Montevideo y la CNY. En este sentido, por el carácter posterior de la Convención de Montevideo la jurisprudencia y la doctrina nacional coinciden en que el Acuerdo Boliviano ha quedado derogado en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales⁷³.

Entre la CNY, la Convención de Panamá y la de Montevideo, la más favorable es la primera, no solo porque exige menos requerimientos de forma para la solicitud de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, sino, especialmente, por la misma remisión que ésta hace a otros instrumentos (internos o internacionales) que favorezcan la eficacia del laudo y del acuerdo de arbitraje⁷⁴.

También es oportuno aclarar que el Código Bustamante, vigente en Venezuela desde 1932, regula en sus artículos 423 al 433 lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, normas que serían aplicables a los laudos arbitrales (ex art. 432 CB). Sin embargo, esas normas fueron expresamente reservadas por Venezuela al momento de la ratificación del Código. Asimismo, se encuentran vigentes alrededor de treinta tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (TBIs), pero se trata de un ámbito del arbitraje diferente al arbitraje comercial regulado en la LAC. Aunque algunas normas de la CNY y la LAC pudieran aplicar para los arbitrajes de inversión (por ejemplo, las relativas al reconocimiento y ejecución de los laudos), según los criterios que se adopten, la interrelación de estos dos tipos de arbitraje, y de sus fuentes regulativas, constituye un tema extenso y complejo que deliberadamente eludimos abordar.

2. La remisión a las normas internas más favorables

En el sistema jurídico venezolano la LAC reconoce la debida prevalencia de los tratados internacionales (art. 1). Sin embargo, tal como señalamos antes, el artículo

el Estado requerido esté obligado por la Convención a denegar el laudo. Ante la posibilidad de que no se cumplan las exigencias formales de la Convención, pero si se satisfagan las reglas internas del Estado receptor, en esas circunstancias, si el Estado requerido opta por reconocer o ejecutar el laudo, no puede sostenerse que esté incurriendo en una violación de la Convención de Montevideo. Si esto es así, más bien, el Estado receptor tendrá una obligación con el justiciable (no con los Estados partes de la Convención de Montevideo), de reconocer y ejecutar el laudo, en virtud de su derecho individual de acceso a la justicia y a la no discriminación.

⁷³ Véase Germán Delgado Soto, ob. cit., p. 448. Una opinión similar ha sido manifestada por Eugenio Hernández-Bretón, “Algunas cuestiones de Derecho internacional privado del arbitraje comercial”, en: *Revista de la Procuraduría General de la República*, N° 21, Caracas, 1999, p. 6. Víctor Hugo Guerra, ob. cit., pp. 52-53. Respecto de las sentencias judiciales extranjeras el TSJ ha aplicado expresamente el principio *lex posterior derogat priori*, para descartar la aplicación del Acuerdo Boliviano en virtud de la vigencia de la Convención de Montevideo. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia 01079, 11 de mayo de 2000, caso *José Antonio Bazurto Belmonte v Gloria Rosa Tapias*.

⁷⁴ Además, en Venezuela, la ratificación de la CNY es posterior a las otras. No obstante, tal como reconoce la Secretaría de UNCITRAL, en algunos casos concretos, la Convención de Panamá podría ser más favorable y prevalecer. Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Convención de Panamá puede, en ciertos casos, podría ofrecer mejores alternativas para la ejecución de laudos arbitrales que la CNY al equiparar los laudos arbitrales que han quedado firmes a las sentencias judiciales que han quedado firmes. Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 324. Esa posibilidad en Venezuela realmente ya no tiene mayor cabida, toda vez que el efecto vinculante y ejecutorio de los laudos está previsto en el artículo 48 LAC.

VII(1) CNY remite a las normas más favorables del sistema interno (o de otros tratados), lo que Bonnemaison cataloga como una “interremisión normativa” y ello origina “una situación o mecanismo de reconducción regulativa”. En el mismo sentido, Henríquez La Roche señala que la prelación de los tratados prevista en el artículo 1 LAC es “reconducida por dichas convenciones a las reglas procesales internacionales contenidas en la ley”⁷⁵.

Esta reconducción o remisión recíproca puede ser total o parcial. No coincidimos con Treviño cuando afirma que “no puede concebirse una combinación de reglas contenidas en otros tratados o en la legislación doméstica con miras a la ejecución de un laudo arbitral”. Treviño opina que si se llegase a la conclusión de que la CNY debe prevalecer (o que la norma interna u otro tratado debe prevalecer), deberá aplicarse en su totalidad, con exclusión de las demás normas o reglas⁷⁶. Según reseña la Secretaría de UNCITRAL, este ha sido el criterio seguido en algunas sentencias proferidas por tribunales alemanes, al sostener que no está permitido que una parte fundamente una petición de ejecución en la Convención y, al mismo tiempo, haga valer los requisitos formales más liberales para acuerdos de arbitraje establecidos en el derecho alemán⁷⁷.

En nuestra opinión, la disposición del “derecho más favorable” del artículo VII(1) CNY, no está condicionada a la aplicación total de uno otro régimen. La Secretaría de UNCITRAL también reseña que otros tribunales alemanes, así como el Tribunal Federal suizo y los tribunales de los Estados Unidos, en efecto, sostienen que el sesgo de la CNY favorable a la ejecución, permitiría a una parte interesada escoger las disposiciones más favorables de otra fuente y combinarlas con las de la Convención⁷⁸. La Secretaría de UNCITRAL adhiere también este último criterio⁷⁹.

Se ha reportado que en algunas de las jurisdicciones cuyas legislaciones son más favorables al arbitraje, el número de casos en que se hace referencia a la CNY tiende a ser escaso, precisamente porque las normas internas que rigen el reconocimiento y la ejecución de los laudos son más liberales y, de conformidad con el artículo VII(1), se aplican habitualmente sin necesidad de hacer referencia a la Convención⁸⁰.

3. Sobre la aplicación de la CNY a los arbitrajes internacionales llevados a cabo en Venezuela

La CNY dispone que ella se aplica tanto a los laudos dictados en dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución, como a los laudos que no sean considerados nacionales en el Estado en el que

⁷⁵ Véase José Luis Bonnemaison, ob. cit., p. 105.

⁷⁶ Julián Treviño Meixueiro, ob. cit., p. 594.

⁷⁷ Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., pp. 319-320.

⁷⁸ La Secretaría señala que según el art. VII(1) “no se privará a la parte que procura obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo del derecho a invocar, **además de la Convención**, una ley nacional o tratado que sean más favorables a la ejecución” (resaltado nuestro). En virtud de esta regla, explica la Secretaría que no se considerará que un Estado contratante transgrede la Convención si ordena la ejecución de laudos arbitrales y acuerdos de arbitraje con arreglo a regímenes más liberales que el establecido en la propia Convención. “Por lo tanto, la Convención de Nueva York constituye una salvaguardia que garantiza una dosis mínima de liberalismo en los Estados contratantes, pero no es necesario aplicar la propia Convención”. Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 320.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁸⁰ *Idem.*

se pide su reconocimiento y ejecución (art. 1(1)). Es decir, que se aplica también a los laudos dictados en el propio foro, pero que se consideren como un laudo no nacional o no doméstico, es decir, un laudo internacional.

Sin embargo, el mismo artículo dispone que “...todo Estado podrá, **a base de reciprocidad**, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente...” (art. I(3)) (resaltado nuestro).

Cuando Venezuela ratificó la CNY, en atención a las posibles reservas previstas en su artículo I(3), declaró, que: “La República de Venezuela **sólo aplicará la Convención** sobre Reconocimiento y Ejecución de **las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante**” (resaltado nuestro). Una interpretación literal de esta declaración conduciría a afirmar, tal como se ha invocado ante los tribunales de los Estados Unidos (cuyo gobierno formuló una reserva similar a la venezolana), que esta reserva excluye no solo a los laudos dictados en los Estados no contratantes, sino también a los laudos internacionales dictados en el Estado en que se pretende llevar a cabo la ejecución⁸¹. Dicho de otro modo, la reserva excluiría la aplicación de la CNY en Venezuela, en los casos de laudos arbitrales dictados en Venezuela, aunque se trate de arbitrajes internacionales.

Pero en nuestra opinión, según hemos sostenido en otra oportunidad⁸², esta declaración solo tiene el efecto de desaplicar la convención respecto de laudos dictados en Estados no contratantes; y ello, por razones de reciprocidad, tal como lo advierte el citado artículo I(3) CNY. Van der Berg señala también que la idea de reciprocidad subyacente en la referida reserva es que un Estado desea ejecutar laudos dictados en otros Estados Contratantes sólo porque estos Estados han expresado su voluntad de hacer cumplir laudos dictados en el propio Estado adhiriéndose a la Convención de Nueva York⁸³.

Interpretado de esta manera, la reserva que se formula con esa declaratoria no obsta a que la CNY aplique a los laudos dictados en Venezuela, pero que por las circunstancias del arbitraje, se trate de laudos internacionales⁸⁴.

Este ha sido también el criterio que han seguido los tribunales de los Estados Unidos, rechazando la interpretación literal de la reserva formulada en virtud del artículo I(3) CNY, al sostener que la reserva de reciprocidad es distinta del requisito contenido en el artículo I(1) en cuanto a que el laudo no sea considerado nacional. En ese sentido, se afirmó que la referida declaración solo significa que la Convención no es aplicable a los laudos dictados en Estados que no son parte en la Convención⁸⁵.

Así, pues, en el sistema venezolano la CNY también debe considerarse aplicable a los laudos internacionales dictados en Venezuela. Sin embargo, la interpretación de la reserva sí parece sugerir que los elementos internacionales del respetivo arbitraje deben vincularse con otros Estados parte de la CNY para que esta sea aplicable.

⁸¹ *Ibid.*, p. 34-35.

⁸² Véase Javier Ochoa-Muñoz, ob. cit., p. 248 (nota al pie 18).

⁸³ Albert Jan van den Berg, ob. cit., p. 39 (nota al pie 47)

⁸⁴ Un tratamiento del tema en la doctrina clásica más autorizada puede verse en Albert Jan van den Berg, ob. cit., p. 25.

⁸⁵ *Republic of Argentina v. BG Group PLC*, Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, 7 de junio de 2010, 715 F. Supp. 2d 108. Véase también *Trans Chemical Limited v. China National Machinery Import and Export Corporation*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Texas, División de Houston, Estados Unidos de América, 7 de julio de 1997, 978 F. Supp. 266. Secretaría de UNCITRAL, Guía relativa a la Convención..., ob. cit., p. 35.

En esta misma dirección, y teniendo en cuenta las consideraciones que hemos expuesto en el epígrafe anterior sobre la aplicación de la CNY a los acuerdos de arbitraje, debe entenderse que la reserva formulada por Venezuela no excluye la aplicación de la Convención a los acuerdos de arbitraje celebrados en Venezuela, o que dispongan que el arbitraje y el laudo tendrán lugar en Venezuela. La interpretación de la reserva formulada por nuestro país, en consecuencia, debe considerar que la CNY aplica a estos acuerdos de arbitraje, siempre que se trate de acuerdos internacionales y estén vinculados con otros Estados parte de la Convención.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

A partir de las anteriores consideraciones nos interesa destacar particularmente las siguientes conclusiones:

1. La regulación de la LAC constituye definitivamente una suerte de “monismo a rabiar”; una fórmula que procura la máxima equiparación entre el plano doméstico, extranjero e internacional del arbitraje comercial. Esta característica debe ser tomada en cuenta para interpretar el sistema venezolano, en el sentido de que las mismas reglas que rigen el arbitraje doméstico, por principio, rigen al arbitraje extranjero e internacional. Puede hablarse entonces de un “principio de equivalencia” en el tratamiento de los diversos planos del arbitraje. Cualquier solución jurídica que involucre una diferencia de tratamiento entre los mismos, debe estar fundada en alguna razón técnica especialmente clara y concluyente, o en una norma expresa interna o en la norma prevalente de un tratado internacional.
2. Ese principio debe concebirse como una “equivalencia favorable” o de “máxima eficacia”, en tanto y en cuanto no debe limitarse la eficacia del arbitraje internacional por aplicación de principios o reglas que podrían corresponder particularmente arbitraje local, y viceversa.
3. No obstante, en algunos casos pudiera ser necesario considerar y calificar los elementos extranjeros o internacionales presentes, pues el sistema jurídico podría haber contemplado una solución diferenciada o específica en atención a esos elementos.
4. Cuando sean aplicables dos o más tratados internacionales al mismo caso, prevalecerá la norma que más favorezca la eficacia del arbitraje (principio de máxima eficacia).
5. En virtud del mismo principio, recogido en la regla conocida como disposición del “derecho más favorable” (art. VII(1) CNY), los conflictos que pudieran presentarse entre la LAC y cualquiera de esos tratados, también se resuelven mediante la aplicación de la norma más favorable. Así, en esta materia, la legislación interna puede prevalecer a la normativa internacional por remisión expresa de esta última.
6. En definitiva, la interpretación de todo el sistema debe estar siempre orientada por el principio del “derecho más favorable” o de “máxima eficacia”, derivado del esquema de la CNY y la Ley Modelo UNCITRAL, patrocinado adicionalmente por el principio “*pro arbitraje*” que se reconoce en el Derecho interno venezolano, a raíz de los mandatos constitucionales sobre la materia.

LA DEFINICIÓN DE “INVERSIONISTA”. LA NACIONALIDAD Y EL *TREATY SHOPPING*

José Gregorio Torrealba R.*

SUMARIO

Introducción. I. La definición de “inversionista” y el *treaty shopping*. II. La nacionalidad como requisito *sine qua non* para acceder a la protección de los AII. 1. La nacionalidad de las personas naturales. A. La ley aplicable para determinar la nacionalidad de las personas naturales. B. La doble nacionalidad. i. Nacionalidad de conveniencia y nacionalidad efectiva. a. La doble nacionalidad y los mecanismos de arbitraje: ¿CIADI o no CIADI? C. Personas jurídicas protegidas y la planificación de la nacionalidad corporativa. D. Los criterios utilizados por los AII para atribuir la nacionalidad a una persona jurídica. i. Lugar de constitución: El caso de las empresas *holding* o *letterbox*. a. Casos en los que se negó el levantamiento del velo corporativo. III. Los límites a *treaty shopping*. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN¹

En este trabajo analizaremos el concepto de “inversionista” y las consecuencias que se derivan de la definición particular que se haya adoptado en un Acuerdo Internacional de Inversiones (AII), que comprende todo tratado internacional que contenga disposiciones relacionadas con la protección de inversiones, incluyendo los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). En el caso de las personas naturales, el principal problema relacionado con su definición es el de la doble nacionalidad, que puede traer consecuencias importantes, dependiendo del mecanismo de arbitraje que sea aplicable. En menor medida, la residencia permanente de una persona natural también puede ser un aspecto a considerar a los efectos de invocar la protección de

* Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje para el periodo 2019-2021. Profesor de la Especializaciones en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). PhD (Candidato) y LL.M. (2004), *King's College London, University of London; Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María.

¹ Este trabajo ha sido realizado *in memoriam* al Dr. Pedro Nikken, uno de los juristas venezolanos más destacados del Siglo XX y uno de los pocos venezolanos que han actuado como árbitro internacional en casos de inversiones extranjeras. Agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales su deferencia al invitarme a participar en este merecido homenaje.

un AII. El concepto de “inversionista” presenta su mayor complejidad en materia de personas jurídicas, pues son varios los criterios que pueden utilizarse para atribuirle una determinada nacionalidad. Como veremos, una definición de “inversionista” contiene los criterios necesarios para que una persona natural o jurídica pueda ser considerada como nacional de los Estados parte del tratado y una definición muy amplia de puede generar efectos no deseados por el Estado receptor de la inversión.

Uno de los fenómenos que ha sido considerado para la discusión sobre la reforma del sistema de resolución de controversias Estado-inversionista extranjero es el del *treaty shopping*, que puede llevarse a cabo mediante diversas formas, incluyendo la creación de estructuras corporativas con la finalidad de obtener la protección de determinados acuerdos internacionales que puedan resultar más convenientes para el inversionista extranjero a los efectos de prever eventuales disputas con el Estado receptor de la inversión. Otra de las formas más usadas para el *treaty shopping* es mediante la cesión de los derechos del inversionista a una entidad protegida por un AII. La legitimidad del *treaty shopping* ha sido ampliamente aceptada por tribunales arbitrales y por la doctrina en general, llegando incluso a afirmarse que el Derecho Internacional no solo lo permite, sino que lo alienta².

Un reciente estudio³ da cuenta de cómo ha venido siendo abordado el *treaty shopping* por los tribunales arbitrales luego de haber analizado 61 decisiones que han delineado los límites y condiciones que deben ser satisfechas por una estructura corporativa para obtener la protección de un acuerdo de inversiones. El primer resultado relevante que se muestra en el mencionado estudio consiste en la medición de la tasa de éxito que han tenido las objeciones de jurisdicción relacionadas por la (re)estructuración y que muestra un claro balance a favor del *treaty shopping*, con un 64% de casos en los que la objeción formulada por el Estado demandado fue rechazada por el tribunal arbitral⁴. Cuando los tribunales declararon su jurisdicción, las decisiones sobre el fondo favorecieron también a los inversionistas en un 77% de los casos⁵.

Una de las principales objeciones sobre la jurisdicción, en los que el inversionista se valió del *treaty shopping*, fue la definición de “inversionista” en el AII correspondiente, alegada por los Estados demandados en un 77% de los casos⁶. En este trabajo haremos una síntesis de los elementos más importantes de la definición de “inversionista” en los AII, tales como la nacionalidad del inversionista en los casos de personas naturales y jurídicas y las condiciones para que, en los casos de las personas jurídicas, una (re)estructuración corporativa de la inversión pueda cumplir con el objetivo de proteger la inversión en el Estado receptor. No podemos dejar de

² Charles-Emmanuel Côte, “Piercing the Corporate Veil in International Investment Law: Problems with the Denial of Benefits Clause”, en: Oonagh Fitzgerald (ed), *The Corporation in International Law and Governance. Perspectives on the Globalized Rule of Law*, CIGI, Waterloo, ON. Disponible en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=129083126005067125027066121102015095096092003080021035106065119064096112007068067092058101033063106015039003079002112007016106014017056066076094022009095104123092030000089055116112103003087082086084127098126015105109108085110092004125121082092085004089&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; consultado el 2 de diciembre de 2020.

³ Ed Poulton, Yarik Kryvoi, Ekaterina Finkel y Janek Bednarz, *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections*, British Institute of International and Comparative Law y Baker & McKenzie, Londres, 2020. Disponible en https://www.biicl.org/documents/89_isds-corporate-restructuring.pdf; consultado el 2 de diciembre de 2020.

⁴ *Ibid.*, p. 15

⁵ *Ibid.*, p. 16

⁶ *Ibid.*, p. 23

advertir que un análisis completo del tema del *treaty shopping* debe considerar, necesariamente, en la definición de “inversión” contenida en el AII correspondiente, lo que escapa del alcance de este trabajo.

I. LA DEFINICIÓN DE “INVERSIONISTA” Y EL *TREATY SHOPPING*

Irónicamente, en el Derecho Internacional de Inversiones, los conceptos básicos de “inversión” e “inversionista”, que constituyen el eje sobre lo que todo gira, no cuentan con una definición universalmente aceptada. Como consecuencia, la definición de “inversionista” dependerá siempre del acuerdo entre las partes sobre quién es el sujeto legitimado para invocar la protección del tratado correspondiente. A diferencia de la definición de “inversión”, que la jurisprudencia ha buscado definir al atribuir algunas características elementales mediante el uso del llamado *Salini test*⁷, no exento de cuestionamientos⁸, la definición de “inversionista” se restringe a lo que haya sido acordado por los Estados parte del tratado correspondiente o al tratamiento que el Estado haya acordado darle al inversionista de manera expresa en un contrato o en una declaración unilateral que puede encontrarse, incluso, en su propia legislación. Esto, consideramos, no puede ser de otra manera, pues la definición de “inversionista” es la que otorga la legitimidad para invocar la protección de un AII.

Los Estados han asumido diversas maneras de establecer quién es el sujeto activo, legitimado para invocar la protección del tratado, muchas veces definiendo el término “inversionista”, y otras definiendo el término “nacional” para personas naturales y jurídicas y otros separando los términos “nacional” para personas naturales y “empresa”, “sociedad” u otro término similar para incluir a las personas jurídicas. Quién o qué es un “inversionista” es una pregunta cuya respuesta la encontraremos de forma expresa en los AIIs⁹.

Como mencionamos *supra*, cuando se trata de una persona natural, los principales temas que rodean su definición son los de la doble nacionalidad y el de la residencia permanente. El primer TBI, identificado por la UNCTAD, con una cláusula que excluye a los dobles nacionales fue el celebrado entre Alemania y Uruguay el 4 de mayo de 1987, en cuyo artículo 1.c de su Protocolo se realizó una exclusión expresa de “los inversores que sean nacionales de ambas Partes Contratantes”¹⁰ y según el resultado de una búsqueda en el Navegador de Acuerdos Internacionales de Inversión de la UNCTAD, otros 127 tratados de los 2.576 que han sido incluidos en su base de datos, contienen disposiciones similares¹¹. En cuanto a la inclusión de residentes

⁷ Una referencia al *Salini Test* la hicimos en José Gregorio Torrealba R., *Promoción y Protección de Inversiones en Venezuela*, FUNEDA, Caracas 2008, pp. 74 ss.

⁸ Michael Hwang S. C., “Recent Developments in Defining ‘Investment’”, en: *JCSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, No. 1, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 21-25.

⁹ Con la única excepción detectada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) en un TBI vigente, constituida por el tratado entre Finlandia y Eslovenia, vigente desde el 3 de junio de 2000. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1214/download>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹⁰ Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Oriental del Uruguay sobre el Fomento y Recíproca Protección de inversiones de Capital. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1445/download>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹¹ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*. Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

permanentes en la definición de “inversionista”, el tratado vigente más antiguo que contiene una norma en tal sentido es el TBI entre Filipinas y el Reino Unido, suscrito el 3 de diciembre de 1980¹², mientras que el más antiguo, aunque ya terminado, fue el suscrito entre Costa Rica y Suiza el 1 de septiembre de 1965¹³. La UNCTAD reporta 296 tratados que incluyen a los residentes permanentes como sujetos activos para la invocación de la protección del tratado correspondiente¹⁴.

La legitimidad del *treaty shopping* ha sido reconocida por la jurisprudencia arbitral y esto ha generado que algunos Estados hayan revisado y afinado sus tratados de inversión para limitar esta estrategia en la medida de lo posible. De hecho, la UNCTAD¹⁵ ha incluido la definición de “inversionista” entre una de las 8 reformas necesarias de los AII de vieja generación¹⁶, recomendando modificaciones puntuales:

1. Excluir ciertas personas naturales y jurídicas de la definición, pues una definición amplia incluirá sujetos a quienes los Estados parte no desean ofrecer una protección. La idea de esta reforma es la de limitar el *treaty shopping* para el caso de las personas jurídicas y evitar que las personas con doble nacionalidad cuando una de sus nacionalidades es la del Estado receptor de la inversión, puedan invocar la protección del tratado; e
2. Incluir la cláusula de denegación de beneficios, que comentaremos *infra*, con la finalidad de evitar que compañías que no tengan verdaderos intereses en el Estado en el que se constituyen, de las denominadas como vehículos o entidades “de propósito especial”, “de buzón” o *holding*, puedan invocar la protección del tratado correspondiente.

En cuanto a las personas jurídicas, la UNCTAD recomienda la inclusión de términos que involucren actividad sustancial de negocios y/o la sede como una cualidad que debe tener la entidad para poder calificar como “inversionista”. 412 tratados que contienen una definición de persona jurídica que requiere tener una “actividad de negocios sustancial” en uno de los Estados parte del tratado han sido identificados por la UNCTAD¹⁷, siendo el más antiguo el TBI suscrito entre Corea del Sur y la Unión

¹² Tratado entre el Gobierno de el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Filipinas para la Promoción y Protección de Inversiones. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2178/download>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹³ Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Costa Rica relativo a la Protección y Promoción de Inversiones. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3213/download>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹⁴ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*. Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, Organización de las Naciones Unidas, 2020. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹⁶ Recordemos que los AII en su forma moderna, vieron su nacimiento en el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito en 1959 entre Alemania y Pakistán. Su evolución ha sido continua, con la conclusión de más de 3.200 AII, pero puede identificarse la nueva generación de AII desde aproximadamente 2012, cuando comenzaron a incluirse nuevas fórmulas para la redacción de las distintas normas que contienen. Ver UNCTAD, *Recent developments in the International Investment Regime*, en *IIA Issues Note, International Investment Agreements*, No. 1, UNCTAD, 2018. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf, consultado el 21 de enero de 2021.

¹⁷ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*. Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping#>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

Belgo-Luxemburguesa el 20 de diciembre de 1974¹⁸. Adicionalmente, otra tendencia es la de establecer el requisito de control de la empresa por parte de nacionales del Estado exportador de la inversión, siendo el más antiguo el TBI suscrito entre Suiza y Uganda el 23 de agosto de 1971¹⁹.

Cabe recordar que la red de tratados de inversión ha sido compuesta de tratados bilaterales y multilaterales que han sido negociados por los Estados en el ejercicio de su soberanía. Por tal motivo, como veremos más adelante, la interpretación de las disposiciones relacionadas con la definición de “inversionista”, que legitima activamente a una clase de personas naturales o jurídicas para invocar la protección del tratado, debe ser bajo el estándar de la literalidad, como lo han hecho la mayoría de los tribunales arbitrales, lo que ha permitido que los inversionistas establezcan estructuras corporativas con la finalidad de obtener la protección de un determinado tratado, dando lugar al conocido *treaty shopping*. Si bien es una situación no deseada por los Estados, no es menos cierto que son ellos los que han construido el sistema internacional de protección de inversiones, así como también son ellos los que tienen la posibilidad de generar los cambios normativos necesarios para que el sistema sea confiable tanto para los Estados como para los particulares.

II. LA NACIONALIDAD COMO REQUISITO *SINE QUA NON* PARA ACCEDER A LA PROTECCIÓN DE LOS AII

Cualquiera que sea el término que utilice el tratado para definir al sujeto legitimado para invocarlo, el requisito *sine qua non* de la definición, sea de una persona natural o jurídica, es que debe tener la nacionalidad de alguno de los Estados parte del tratado.

1. La nacionalidad de las personas naturales

A. La ley aplicable para determinar la nacionalidad de las personas naturales

Los AIIs establecen por regla general un reenvío a la legislación nacional para determinar la nacionalidad del inversionista natural. La variedad de requisitos para determinar la nacionalidad depende por lo tanto de los propios Estados y, en algunas oportunidades, el alcance de estas normas o los requisitos que imponen, pueden parecer al menos extravagantes para quienes están formados en otros sistemas legales.

Un ejemplo de esta situación la exponen Wisner y Gallus al comentar el caso *Champion Trading y otros vs. Egipto*²⁰ hacen referencia al reconocimiento del tribunal CIADI²¹ de los límites a la regla según la cual las leyes del Estado parte de la

¹⁸ Tratado entre la República de Corea y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa sobre la Promoción y Recíproca Protección de inversiones, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2948/download>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

¹⁹ Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Uganda concerniente a la Promoción y Recíproca Protección de Inversiones, disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4835/download>, consultado el 5 de diciembre de 2020.

²⁰ Tribunal arbitral compuesto por Robert Briner (Presidente), L. Yves Fortier y Laurent Aynès, *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba and Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction*, CIADI No. Arb/02/9, 21 de octubre de 2003, disponible en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C214/DC633_En.pdf, consultado el 7 de diciembre de 2020.

²¹ Un tribunal CIADI es aquél formado conforme a las disposiciones de la Convención para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mejor conocida como Convención de Washington o Convención CIADI, en referencia al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI), creado por dicha Convención.

disputa son las que determinan la nacionalidad del inversionista²². En este caso, los demandantes eran accionistas de una empresa egipcia, incluyendo tres hermanos de apellido Wahba, nacionales de los Estados Unidos de América, cuyo padre tenía la nacionalidad egipcia. La ley egipcia, en la que tuvo que basarse el tribunal para negar la jurisdicción, preveía que los hijos de nacionales egipcios retienen la nacionalidad por cien generaciones, sin tomar en cuenta el lugar de su nacimiento o dónde vivan, por lo que los hermanos Wahba eran también nacionales egipcios y por lo tanto incurirían en la prohibición establecida en el artículo 25(2) de la Convención CIADI²³.

El tribunal interpretó la norma mencionada aplicando una interpretación literal conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁴. Sin embargo, el tribunal advirtió que puedan surgir situaciones en las que excluir a los dobles nacionales pueda llevar a resultados manifiestamente absurdos o irracionales en los que pudiera recurrir a métodos complementarios de interpretación conforme al artículo 32(b) de la Convención de Viena²⁵, haciendo referencia a que aun cuando es posible que un Estado aplique el *ius sanguinis* por varias generaciones, podría cuestionarse si la tercera o cuarta generación, sin vínculos con el Estado de sus antepasados, puedan ser considerados como nacionales de ese Estado a los fines de la Convención CIADI²⁶.

El caso *Soufraki vs Emiratos Árabes Unidos*, según Wisner y Gallus²⁷, es una muestra de lo difícil que es alcanzar los límites antes mencionados. En dicho caso, el punto en el que se centró el tribunal arbitral fue de naturaleza probatoria de la nacionalidad italiana. El señor Soufraki, actuando como canadiense, firmó un contrato de concesión con los Emiratos Árabes Unidos. Sin embargo, Soufraki también era nacional italiano, lo que alegó para reclamar la protección del TBI entre Italia y los Emiratos Árabes Unidos. Para probar su nacionalidad, Soufraki se valió de certificados emitidos por autoridades italianas, argumentando que esos funcionarios italianos están en la mejor posición para interpretar sus leyes. El tribunal arbitral, con dudas sobre si los funcionarios italianos tenían toda la información sobre las circunstancias del señor Soufraki, realizó su propia investigación sobre la ciudadanía del demandan-

²² Robert Wisner; Nick Gallus, “Nationality Requirements in Investor-State Arbitration”, en: *Journal of World Investment & Trade* 5, No. 6, Diciembre 2004, p.929

²³ Convención para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Artículo 25(2): “Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”

²⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1.: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf, consultado el 19 de enero de 2021.

²⁵ *Ibidem*, artículo 32(b): “Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: ... b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf, consultado el 6 de diciembre de 2020.

²⁶ Tribunal arbitral compuesto por Robert Briner (Presidente), L. Yves Fortier y Laurent Aynès, ob. cit., p. 288.

²⁷ Robert Wisner *et al*, ob. cit., p. 930.

te que dio como resultado que, al abandonar Italia para mudarse a Canadá en 1991, Soufraki había perdido la nacionalidad italiana y los árbitros no estaban convencidos que por el hecho de mudarse nuevamente a Italia, el demandante la había recuperado.

La nacionalidad, entonces, no depende de tener o no un certificado porque las leyes sobre la nacionalidad operan de pleno derecho, sin necesidad de una declaración del Estado, que no es constitutiva del derecho.

B. La doble nacionalidad

Ya nos referimos supra a la doble nacionalidad como uno de los aspectos relevantes a tomar en cuenta en la definición de “inversionista” cuando se refiere a las personas naturales. Cuando un AII no excluye expresamente a los dobles nacionales en su definición o mediante una cláusula de denegación de beneficios, es posible para estas personas invocar la protección del tratado mediante del mecanismo de arbitraje internacional apropiado, siempre que exista el acuerdo de arbitraje correspondiente. Entre los TBIs suscritos por Venezuela, solo los TBIs con Irán²⁸ y Canadá²⁹ exceptúan a los dobles nacionales de la definición de “inversionista”.

i. Nacionalidad de conveniencia y nacionalidad efectiva

El tema de la nacionalidad efectiva fue tratado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohn*³⁰, ciudadano de Liechtenstein y Alemania que fue representado por el primero ante la Corte en una acción contra Guatemala, donde había vivido la mayor parte de los treinta años previos. La poca conexión del señor Nottebohn con Liechtenstein fue suficiente para que la Corte declarara que este estado no estaba legitimado para representarlo, haciendo valer la nacionalidad efectiva. El precedente ha sido la base para los pronunciamientos de otros tribunales internacionales, como el Tribunal de Reclamos de Irán – Estados Unidos (TRIEUA) que ha mencionado la aceptación por la Corte Internacional de Justicia de la búsqueda de la nacionalidad efectiva, basándose en la realidad de los hechos en lugar de dar un enfoque meramente formal. El TRIEUA mencionó en el caso A/18 que para determinar la nacionalidad efectiva “el Tribunal considerará todos los factores relevantes, incluyendo la residencia habitual, centro de intereses, lazos familiares, participación en la vida pública y otras evidencias de apego”³¹.

²⁸ Venezuela, Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán, Gaceta Oficial Nro. 38.389 del 24 de febrero de 2006. Artículo 1.2(a): 2. El término “inversionistas” se refiere a las personas siguientes, que dentro del marco del presente Acuerdo inviertan en el territorio de la Otra Parte Contratante: (a) Personas naturales, que conforme a las leyes de cualquiera de las Partes Contratantes, sean consideradas sus nacionales y no posean la nacionalidad de la Parte Contratante Receptora.

²⁹ Venezuela, Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial Nro. 5.207, del 20 de enero de 1998. Artículo 1.g: “Inversor” significa: en el caso de Canadá: ... (i) Toda persona natural que posea la ciudadanía de Canadá de acuerdo con su legislación... que realice una inversión en el territorio de Venezuela y que no posea la nacionalidad de Venezuela... En el caso de Venezuela: (i) Toda persona natural que posea la ciudadanía de Venezuela de acuerdo con su legislación... que realice una inversión en el territorio de Canadá y que no posea la ciudadanía de Canadá”.

³⁰ Citado por Robert Wisner; Nick Gallus, ob. cit., p. 931

³¹ *Ídem* (traducción libre para el presente trabajo).

a. La doble nacionalidad y los mecanismos de arbitraje: ¿CIADI o no CIADI?

La doble nacionalidad no será un problema para invocar la protección de un AII que no contenga una prohibición expresa en su definición de “inversionista” o una cláusula de denegación de beneficios. Pero, un segundo obstáculo, presente aun y cuando no haya una norma en el AII contra la doble nacionalidad, lo encontraremos en la Convención CIADI, particularmente en el ya citado artículo 25(2)(a), por lo que es vital contar con una oferta de arbitraje que cuente con alternativas al arbitraje CIADI o incluso, que no lo prevea.

(i) Los casos CIADI

La jurisprudencia CIADI ha tenido varios pronunciamientos sobre el tema de la nacionalidad efectiva, de los cuales haremos una muy breve referencia³².

(a) *Eudoro Olgún vs. Paraguay*

El inversionista invocó su nacionalidad peruana para obtener la protección del TBI entre Perú y Paraguay, mientras que Paraguay argumentó que la nacionalidad efectiva del inversionista era la estadounidense y, por lo tanto, no podría invocar el TBI. El argumento fue rechazado por el tribunal arbitral al considerar irrelevante lo que pudieran considerar los Estados de los que es nacional sobre el ejercicio de derechos políticos o su protección diplomática, pues el tribunal arbitral consideró que ambas nacionalidades eran efectivas y que le bastaba la efectividad de la nacionalidad peruana para concluir que no podría excluirse de la protección del TBI³³.

Schreuer apunta, sobre la base de este caso, que la doctrina *Nottebohn* sobre el vínculo genuino para determinar la nacionalidad, no priva sobre las disposiciones del tratado que definan la nacionalidad en términos de la legislación de los países relevantes³⁴. Una interpretación en contrario, que puede aplicarse en aquellos pocos TBIs que no contienen una definición de “inversionista”, nos llevaría a la conclusión de que *Nottebohn* sería aplicable solo en los casos en los que los Estados parte del tratado no han pactado una definición expresa que involucre cómo debe determinarse la nacionalidad del inversionista.

(b) *Champion Trading et al v Egipto*

En el caso *Champion Trading*, los hermanos Wahba argumentaron que la egipcia no era su nacionalidad efectiva y que por lo tanto, la objeción planteada por Egipto en cuanto a su doble nacionalidad, debía ser desechada, argumento desestimado por el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción³⁵, que consideró que la nor-

³² Para mayor detalle ver Eloy Anzola, “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones: el caso Venezuela”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 154, Enero-Diciembre 2015, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, p. 684.

³³ *Ídem*.

³⁴ Christoph Schreuer, “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests”, en: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 24, N° 2, Oxford University Press. Oxford, 2009, p. 522.

³⁵ Tribunal arbitral compuesto por Robert Briner (Presidente), L. Yves Fortier, Q. C. y Laurent Aynès, *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba and Timothy T. Wahba, Decision on Jurisdiction*, Caso ICSID No. ARB/02/9, 21 de octubre de 2003. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0147.pdf> consultado el 10 de diciembre de 2020.

ma establecida en el artículo 25(2)(a) de la Convención CIADI contenía una clara prohibición relacionada con los dobles nacionales y recordó el principio establecido en el mencionado caso A/18, en el que el TRIEUA reconoció la relevancia de la nacionalidad efectiva “a menos que una excepción haya sido claramente establecida”³⁶.

(c) *Siag y Vecchi vs. Egipto*

En *Siag y Vecchi*, al igual que en *Soufaki*, el tema central estuvo en la pérdida y recuperación de una nacionalidad. El reclamo tuvo como base el TBI Italia-Egipto y los demandantes invocaban su nacionalidad italiana, informando también al tribunal que habían tenido la nacionalidad egipcia en el pasado. La señora Vecchi perdió su nacionalidad egipcia al fallecer su esposo y no haber hecho las gestiones necesarias para conservarla.

El punto polémico fue si realmente el señor Siag había perdido la nacionalidad egipcia al adquirir la libanesa y mantener la italiana. El tribunal decidió por mayoría que, al no haber realizado las gestiones necesarias para mantener la nacionalidad egipcia, el señor Siag podía actuar válidamente contra Egipto. En su voto salvado, el Prof. Francisco Orrego Vicuña opinó que Siag no había dejado de ser egipcio y enfatizó la necesidad de que la nacionalidad invocada fuera efectiva, invocando para ello el caso *Nottebohm*, aplicable, según el Prof. Orrego, al no existir una definición de nacionalidad en la Convención CIADI.

(d) *Pey Casado vs. Chile*

El caso *Pey Casado* trata, nuevamente, el tema de la renuncia a la nacionalidad del Estado demandado. Víctor Pey Casado era un empresario dedicado a los medios de comunicación cuyos bienes habían sido confiscados por el gobierno chileno de Augusto Pinochet. Chile objetó la jurisdicción sobre la base de la doble nacionalidad española-chilena de Pey Casado, aun cuando este había renunciado previamente a su nacionalidad chilena. En su laudo del 8 de mayo de 2008³⁷, el tribunal declaró válida la renuncia a la nacionalidad para luego iniciar un arbitraje CIADI en contra de ese Estado³⁸.

(e) *Micula vs. Rumania*

En su decisión sobre jurisdicción³⁹, dictada el 24 de septiembre de 2008 el tribunal rechazó aplicar la doctrina *Nottebohm* cuando una nacionalidad ha sido cuestionada, fundándose en que la definición del TBI sobre la nacionalidad haciendo la referencia a la ley del Estado⁴⁰. Los señores Micula habían renunciado a la nacionalidad rumana y Rumania, sin disputar la validez de la renuncia, alegó que los demandantes no podían invocar la nacionalidad sueca sin tener lazos efectivos con Suecia y manteniéndolos con Rumania, incluyendo un argumento contra uno de los demandantes que,

³⁶ Robert Wisner y Nick Gallus, ob. cit., p. 931.

³⁷ Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile, caso CIADI No. ARB/98/2, laudo final, 8 de mayo de 2008, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf>, consultado el 8 de diciembre de 2020.

³⁸ Eloy Anzola, Ob. Cit., p. 689.

³⁹ Tribunal arbitral compuesto por Laurent Lévy (Presidente), Stanimir Alexandrov y Claus-Dieter Ehlermann, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Foods S.A., S.C. Starmill S.R.L. y Multipack S.R.L. v. Romania, Decision on Jurisdiction and Admissibility*, CIADI No. ARB/05/20, 24 de septiembre de 2008, párrafos 98-106. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>, consultada el 8 de diciembre de 2020.

⁴⁰ Christoph Schreuer, ob. cit.

según Rumania, no había cumplido con el requisito de residencia establecido en la ley sueca. Los demandantes invocaban la definición de inversionista contenida en el TBI y la condición de “nacionales de otro Estado Contratante” prevista en el artículo 25(2) de la Convención CIADI.

El tribunal hizo relevantes consideraciones relacionadas con el cuestionamiento de una sola nacionalidad y la aplicación del estándar de vínculos genuinos, poniendo el énfasis en el disputado rol que tiene en el Derecho Internacional Público. El tribunal resaltó también que los Estados parte del TBI son libres de acordar si un estándar adicional debe ser aplicado para la determinación de la nacionalidad y apoyándose en *Siag*, afirmó que “... la clara definición y el específico régimen establecido por los términos del TBI debe prevalecer y sostener lo contrario resultaría en una revisión ilegítima del TBI”⁴¹.

(ii) Los casos no-CIADI

La importancia de los casos en los que se han iniciado arbitrajes no regulados por la Convención CIADI es que no puede invocarse la prohibición existente en su artículo 25(a)(2), citado anteriormente, por lo que solo el AII correspondiente determinará todo lo relacionado con la nacionalidad del inversionista legitimado para invocar su protección. La excepción a este criterio la encontramos en el caso *Manuel García Armas*, en el que el tribunal llegó a una conclusión distinta debido a una interpretación contextual del TBI entre España y Venezuela que comentaremos más adelante.

Anzola llama la atención sobre el *obiter dicta* del caso *Pey Casado*, pues el tribunal arbitral hizo importantes consideraciones aplicables a los casos de doble nacionalidad en arbitrajes no regulados por la Convención CIADI, al afirmar que cuando no existe una exclusión de personas naturales con la nacionalidad de ambos Estados contratantes, basta con demostrar que se tienen la nacionalidad de uno de ellos para poder invocar la protección del TBI correspondiente, aun cuando se tenga la nacionalidad del Estado demandado. Lo contrario, en el mismo sentido que lo señalado en el caso *Micula*, sería agregar un requisito de nacionalidad no exigido por el tratado⁴².

En el caso *Oostergetel vs. Eslovaquia*, aun cuando el argumento de la nacionalidad efectiva fue desechado, pues Eslovaquia no logró probar que los demandantes hubieran adquirido la nacionalidad belga y tampoco que hubieran perdido la nacionalidad holandesa, que servía de base al reclamo, el tribunal adoptó nuevamente el criterio consistente con otros casos que hemos comentado aquí, de no exigir requisitos que no están expresamente previstos en el AII correspondiente⁴³.

Luego encontramos los casos de *Aven y otros vs. Costa Rica*, *García Armas y García Gruber* y *Manuel García Armas*, todos bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), trataron el punto de la doble nacionalidad en procedimientos arbitrales de inversión no regulados por la Convención CIADI a los fines de declarar o no la jurisdicción del tribunal. Haremos una relación de estos casos de manera cronológica.

(a) *Serafín García Armas y Karina García Gruber vs. Venezuela*

El señor Serafín García Armas, español por nacimiento, emigró a Venezuela en el año 1961 y en el año 1972 adquirió la nacionalidad venezolana. Las inversiones

⁴¹ Ioan Micula y otros vs. Rumania, ob. cit., párrafo 101.

⁴² Eloy Anzola, ob. cit., p. 690

⁴³ *Ibid.*, p. 692.

realizadas en Venezuela tuvieron lugar a partir de 1978, cuando el señor García Armas ya tenía la nacionalidad venezolana con la que se identificó en todos los documentos relacionados con las mismas. El señor García Armas había perdido la nacionalidad española, para luego recuperarla en 2004. Venezuela alegó la nacionalidad efectiva del señor García Armas, indicando que su verdadera nacionalidad era la venezolana y que no podía demandar a su propio estado sobre la base del TBI España-Venezuela⁴⁴.

Por su parte, la señora García Gruber, hija del señor García Armas, venezolana por nacimiento en un momento en el que ambos padres tenían solo la nacionalidad venezolana. La señora García Gruber había realizado la inversión en el año 2001. Venezuela alegó que la señora García Gruber no tenía la nacionalidad española cuando efectuó dichas operaciones, pues adquirió esa nacionalidad en el año 2003. Además, el Estado argumentó la nacionalidad efectiva de la señora García Gruber en el contexto de las inversiones en cuestión, ejerciendo en todo momento el uso de su nacionalidad venezolana.

En su decisión sobre jurisdicción⁴⁵, el Tribunal arbitral procedió a realizar un análisis del contexto en el cual fue suscrito el tratado, para lo cual realizó una revisión de 27 TBIs suscritos por Venezuela y 42 TBIs Suscritos por España durante los 5 años anteriores y posteriores al tratado entre ambos países. El Tribunal concluyó que la exclusión de los dobles nacionales era una excepción expresa en los pocos tratados de ambos países en los que estaba prevista por lo que concluyó que la denegación de la protección del tratado debe estar expresamente establecida. Invocando los precedentes de los casos *Pey Casado* y *Micula*, el Tribunal llegó a la misma conclusión que aquellos, en el sentido de que no puede adicionarse al tratado una condición inexistente en él sobre la nacionalidad de los inversores protegidos.⁴⁶

La decisión del Tribunal arbitral fue posteriormente anulada por el Tribunal de apelaciones de París sobre la base de que los demandantes no tenían la nacionalidad española en el momento en que hicieron la inversión⁴⁷.

(b) *Aven y otros vs. Costa Rica*

El Sr. David Richard Aven y otras personas naturales y jurídicas, presentaron una solicitud de arbitraje contra Costa Rica por violación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de América, del cual también forma parte los Estados Unidos de América. El Sr. Aven, que había realizado todas sus inversiones en Costa Rica identificándose como nacional italiano, fundamentó su reclamo en la nacionalidad estadounidense que también ostentaba. El punto central del análisis del tribunal fue la definición de “inversionista” contenida en el artículo 10.28 del mencionado tratado. En esta definición, se establece expresamente

⁴⁴ Venezuela, Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gaceta Oficial No. 36.281, 1 de septiembre de 1997.

⁴⁵ Tribunal Arbitral compuesto por Eduardo Grebler (Presidente), Guido Santiago Tawil y Rodrigo Oreamuno, *Decisión sobre Jurisdicción*, Caso CPA No. 2013-3, Reglas CNUDMI, dictado el 15 de diciembre de 2014. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4151.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2020.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 96.

⁴⁷ CIAR Global, Caso García Armas y García Gruber: Anulado laudo en arbitraje contra Venezuela, 5 de junio de 2020. Disponible en <https://ciarglobal.com/caso-garcia-arms-y-garcia-gruber-anulado-laudo-en-arbitraje-contra-venezuela/>, consultado el 15 de diciembre de 2020.

que una persona natural que sea doble nacional será considerada cómo nacional exclusivamente del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva⁴⁸.

En su decisión sobre jurisdicción⁴⁹, el tribunal se fundamentó en la doctrina de nacionalidad dominante o efectiva para determinar que el señor Arven era efectivamente un ciudadano estadounidense y por lo tanto debía gozar de las protecciones otorgadas.

(c) *Manuel García Armas y otros vs. Venezuela*

En este caso, los demandantes eran todos dobles nacionales de España y Venezuela. El estado argumentó nuevamente la doctrina de la nacionalidad efectiva o dominante, mientras que los demandantes alegaron la interpretación literal del tratado que no excluía expresamente a los dobles nacionales de su ámbito de aplicación subjetivo. En su decisión, el Tribunal arbitral se circunscribió a la interpretación de la definición de inversor, contenida en el artículo 1.1.a del TBI Venezuela-España conforme a lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, en su contexto. Para ello, el tribunal arbitral realizó un análisis del tratado en su conjunto, incluyendo el artículo XI del TBI, que establece los medios de resolución de controversias mediante una jerarquía que comienza por el arbitraje según la Convención CIADI, en segundo lugar, el Mecanismo Complementario del CIADI y en tercer lugar el arbitraje independiente establecido conforme al reglamento de la CNUDMI.

Basándose en la jerarquía de los mecanismos de resolución de controversias establecidos en el tratado, el tribunal arbitral concluyó que la intención de los Estados contratantes era la de someterse a los requerimientos del arbitraje del sistema CIADI, entre los cuales se cuenta la prohibición a los dobles nacionales para demandar a uno de los Estados de los cuales sea nacional. Según este tribunal, pretender que un arbitraje conforme al tratado, bajo las reglas de la CNUDMI pueda ser tratado de manera distinta al arbitraje CIADI, sería ir en contra de la intención de los Estados contratantes, pues lo contrario sería dar la definición de inversor un significado distinto dependiendo del foro al cual se recurra⁵⁰. El Tribunal arbitral manifestó expresamente su desacuerdo con las conclusiones a las que llegó el tribunal del caso *García Armas y García Gruber*, y como hemos podido notar, se alejó del análisis sobre el tema de la nacionalidad efectiva o dominante a los fines de determinar su jurisdicción y se limitó a una interpretación contextual de la definición de inversionista.

No se ha dado el caso aún, pero valdría la pena analizar si, sobre la base de la cláusula de la Nación Más Favorecida prevista en el artículo IV del TBI Venezuela-

⁴⁸ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de América. “Artículo 10.28. Definiciones. Para los efectos de este Capítulo: ... inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”. Disponible en http://www.sice.oas.org/trade/cafta/caftadr/chapter1_5s.asp, consultado el 19 de enero de 2021.

⁴⁹ Tribunal Arbitral compuesto por Eduardo Siqueiros T. (Presidente), C. Mark Baker y Pedro Nikken, *David Aven y otros vs. República de Costa Rica, Laudo Final*, UNCT/15/3, Reglas CNUDMI, dictado el 18 de septiembre de 2018. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9956_0.pdf, consultado el 16 de diciembre de 2020.

⁵⁰ Tribunal Arbitral compuesto por José Emilio Nunes Pinto (Presidente), Enrique Gómez Pinzón y Santiago Torres Bernárdez, *Laudo sobre Jurisdicción*, Caso CPA No. 2016-08, Reglas CNUDMI, dictado el 13 de diciembre de 2019, párrafo 722. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11113.pdf>, consultado el 16 de diciembre de 2020.

España, un doble nacional pudiera invocar las disposiciones de otro TBI suscrito por Venezuela que no prevea el arbitraje CIADI en ninguna circunstancia sino el arbitraje *ad-hoc* bajo las reglas de la CNUDMI u otras reglas de arbitraje a los fines de acceder a la jurisdicción arbitral internacional. De esta manera, la prohibición para los dobles nacionales establecida en la Convención CIADI no podría incorporarse por la vía de la interpretación contextual aplicada por el tribunal arbitral en el caso *in commento*.

ii. La residencia permanente y la nacionalidad

265 AIIs vigentes han sido identificados por la UNCTAD como instrumentos que contienen una definición de “inversionista”, “inversor” o “nacional” que incluye no solo aquellas personas naturales que ostenten la nacionalidad de los Estados parte del tratado, sino que además incluyen a los residentes, aun cuando estos no sean nacionales de alguno de esos Estados⁵¹. Ninguno de los TBIs suscritos por Venezuela prevén el otorgamiento de protección a los residentes⁵².

La residencia, sin embargo, ha sido un argumento expuesto por los Estados demandados para sustentar, en más de una ocasión, la objeción de jurisdicción en base a la nacionalidad efectiva o genuina y varias decisiones, de las que daremos cuenta seguidamente, han venido analizando el tema.

a. *Feldman vs. México*

El caso Feldman involucra una argumentación por parte de México sobre la interpretación del artículo 201 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que preveía la extensión de la protección del tratado a los residentes permanentes. Siendo que el señor Feldman era residente permanente de México, el Estado argumentó que, si la residencia permanente era válida para invocar la protección del tratado, también debía serlo para restringir esa posibilidad en un caso en el que el demandante era residente del Estado demandado.

El tribunal arbitral fue claro al desechar el argumento de México señalando que, para determinar la legitimación activa, se considera que es la ciudadanía y no la residencia la que determina la conexión relevante⁵³. Dado que el factor de conflicto era la residencia y no la ciudadanía, el tribunal arbitral pudo distinguir los hechos de los casos *Nottebohm* y *A/18*, pero no queda claro, según el comentario de Wisner y Gallus, si esta conexión hubiera sido suficiente para permitirle ejercer una acción contra México si también hubiera tenido la nacionalidad mexicana⁵⁴.

b. *Oostergetel et al vs. Eslovaquia*

En este caso, los demandantes fundamentaron su reclamo en su nacionalidad holandesa con la finalidad de invocar la protección del TBI entre Holanda y Eslovaquia. El Estado demandado argumentó que los demandantes habían perdido su nacionalidad holandesa al adquirir la nacionalidad belga y que, en todo caso, la nacionalidad belga era la genuina pues residían en Bélgica de manera permanente.

⁵¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *International Investment Agreements Navigator*. Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>, consultado el 6 de enero de 2021.

⁵² Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 316.

⁵³ Robert Wisner y Nick Gallus, *ob. cit.*, p. 932.

⁵⁴ *Ídem*.

El tribunal arbitral, en su decisión sobre jurisdicción⁵⁵, indicó que la demanda no había probado que los demandantes habían adquirido la nacionalidad belga y señaló que Holanda no exige que sus nacionales estén domiciliados en ese país para mantener la nacionalidad holandesa⁵⁶. El Tribunal también se apego al criterio expuesto en el caso *Champions Trading* en cuanto a que el tratado no preveía, en su definición de inversionista, que la nacionalidad del mismo fuera efectiva para poder invocar su protección

c. *Luis García Armas vs. Venezuela*

En este caso, la defensa del Estado se fundamentó en que el registro ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras por parte del demandante lo calificaba como un inversionista nacional y, según el Estado, esto era suficiente para considerar que el demandante había renunciado a su nacionalidad española, que era la única que ostentaba, a los efectos de la inversión realizada en Venezuela.

Una simple revisión del certificado de inversionista nacional emitido por la SIEX, fue suficiente para que el tribunal arbitral advirtiera que el propio documento mencionaba que la nacionalidad del inversionista era española y que además, su consideración como inversionista nacional dependería exclusivamente de que mantuviera su residencia en Venezuela. Dado que el Estado no logró probar que el demandante hubiera renunciado a su nacionalidad española y además tampoco había pruebas de que el demandante hubiera solicitado la nacionalidad venezolana, el tribunal arbitral finalmente desechó la objeción de jurisdicción presentada por el estado⁵⁷.

2. La nacionalidad de las personas jurídicas

C. Personas jurídicas protegidas y la planificación de la nacionalidad corporativa

Los AII reconocen a las personas jurídicas haciendo, por lo general, una remisión a las disposiciones del derecho nacional de los Estados parte del tratado correspondiente. El aspecto polémico sobre la nacionalidad corporativa se da en el contexto de las reestructuraciones corporativas o *treaty shopping*. Las sociedades irregulares o no constituidas, como los consorcios, por lo general, no estarán incluidas en la definición de inversión, aunque un determinado tratado puede disponer algo distinto, como sucede con el TBI Alemania-Argentina⁵⁸.

Como mencionamos anteriormente, el *treaty shopping* es un tema polémico, sobre todo para los Estados que han visto efectos no deseados al no prever esta posibilidad por parte de inversionistas nacionales de Estados que no son parte del tratado correspondiente.

⁵⁵ Tribunal Arbitral compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Mikhail Wladimiroff y Vojtech Trapl, *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius vs. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction*, Reglas CNUDMI, dictado el 30 de abril de 2010. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1073_0.pdf, consultado el 20 de diciembre de 2020.

⁵⁶ Eloy Anzola, ob. cit., p. 693.

⁵⁷ Tribunal Arbitral compuesto por José Emilio Nunes Pinto (Presidente), Enrique Gómez-Pinzón y Santiago Torres Bernárdez, *Laudo sobre Jurisdicción*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1, Reglas del Mecanismo Complementario CIADI, dictado el 24 julio de 2020. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11752_0.pdf, consultado el 20 de diciembre de 2020.

⁵⁸ Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 49

Klemm señala que la esencia del *treaty shopping* no es muy distinta a la de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), también presente en la generalidad de los AII⁵⁹, y los Estados receptores de inversión extranjera que tienen cláusulas NMF en sus AII, no tienen un problema real con el *treaty shopping*⁶⁰. No compartimos esta tesis pues para aprovechar una cláusula NMF el inversionista debe calificar como tal conforme a la definición correspondiente, mientras que un inversionista que no esté protegido por un AII puede proteger su inversión mediante un ejercicio de *treaty shopping*.

Las razones para que un inversionista estructure la inversión mediante un tercer estado como son muchas y de distinta naturaleza. Klemm señala que puede haber motivos relacionados con planificación fiscal, en cuyo caso, si el inversionista pretende valerse de estas estructuras para evadir impuestos al usar paraísos fiscales para su estructura corporativa, no podrá beneficiarse de la protección de un AII. También puede haber razones operativas, para concentrar las actividades de una región en una empresa holding que puede servir como centro para realizar inversiones en países vecinos.

Por último, un inversionista puede necesitar una jurisdicción con una regulación flexible relacionada con la transferencia de acciones en casos en los que hay numerosos accionistas minoritarios y resulta conveniente interponer una entidad corporativa que concentre la propiedad de la inversión final y así facilitar una eventual venta de acciones⁶¹. En su estudio, Poulton *et al* identifican varias razones utilizadas por los inversionistas en 61 decisiones arbitrales analizadas⁶²: (i) Un 23% efectuó la reestructuración corporativa con el objeto de acceder a la protección de un AII, en cuyo caso, la objeción de jurisdicción presentada por los Estados demandados fue exitosa en un 78.5% de los casos⁶³; mientras que (ii) en un 77% de los casos analizados en los que la reestructuración se realizó por motivos fiscales u otras razones operativas, la objeción de jurisdicción planteada por los Estados fracasó en un 83.5%.

Ese mismo estudio indagó sobre el derecho aplicable a la estructuración de inversiones. En dicho estudio destaca que los tribunales arbitrales aplicaron, predominantemente, el derecho internacional al tema de la estructuración corporativa con un 67% de los casos en los que para determinar la validez del *treaty shopping*, los tribunales arbitrales se remitieron al texto del tratado correspondiente, seguido por un 31% en los que el Tribunal arbitral aplicó el derecho internacional para determinar si los requisitos exigidos por el tratado correspondiente habían sido cumplidos, conjuntamente con la legislación del Estado del inversionista, para evaluar si la estructura corporativa era válida bajo la legislación nacional aplicable. Un dato muy revelador es que los casos en los que el tribunal arbitral aplicó solo el derecho internacional fueron decididos en favor de la objeción presentada por el Estado en un 41% mientras que en

⁵⁹ Solo 37 AII de 2.576 que ha analizado la UNCTAD, carecen de una cláusula NMF. Resultado de la búsqueda disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iiia-mapping>, consultado el 10 de enero de 2021.

⁶⁰ Ulrich Klemm, "Investment Through Third Countries: State Practice and Needs of Investors", en: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 24, No. 2, Oxford University Press, Oxford, 2009, p.532.

⁶¹ *Ibid.*, p. 533.

⁶² Ed Poulton *et al*, ob. cit., p. 26.

⁶³ Aun cuando el estudio hace referencia al caso Mobil vs. Venezuela, en el que el tribunal arbitral reconoció la legitimidad de una reestructuración corporativa de la inversión con la finalidad de tener acceso a la protección de un AII. Ver *Ídem*.

los casos en los que se aplicó conjuntamente el derecho internacional y el doméstico, la objeción de jurisdicción solo fue declarada con lugar en un 26.5% de los casos⁶⁴.

Otro aspecto relevante del estudio que comentamos es el resultado referido al enfoque que se le ha dado a las objeciones sobre la estructuración de la inversión por parte de los tribunales arbitrales, que en el 88.5% de los casos han considerado el tema como referido solo a la jurisdicción del tribunal, seguido por un 5% de los casos en los que han considerado que el tema afecta tanto la jurisdicción como el fondo de la disputa, un 3.2% que consideró que se trata de un tema de jurisdicción y admisibilidad, un 1.6% que lo ha considerado como un tema de admisibilidad solamente y un 1.6% que lo ha asumido como un punto relacionado con la jurisdicción, la admisibilidad y el fondo de la controversia. En aquellos casos en los que los tribunales arbitrales decidieron enfocar su análisis en la jurisdicción, un 67% fue decidido a favor de los demandantes y un dato importante es que cuando afirmaron su jurisdicción, los tribunales arbitrales decidieron el fondo a favor de los inversionistas en un 77% de los casos⁶⁵.

La objeción más común utilizada por los Estados en cuanto a la estructuración de la inversión está relacionada con la definición de inversionista en un 77% de los casos. Si tomamos en cuenta que los Estados pueden argumentar más de una objeción sobre la estructuración de la inversión, las objeciones sobre la definición de inversión son el segundo argumento más utilizado con un 44%, seguido por el abuso de proceso con 29.5%, la validez de la reestructuración con un 23%, la temporalidad de la reestructuración —u objeción de jurisdicción *ratione temporis*— con un 15%, la denegación de beneficios con un 8% y otros argumentos como buena fe y orden público con un 6.5%⁶⁶.

D. Los criterios utilizados por los AII para atribuir la nacionalidad a una persona jurídica.

Los criterios utilizados por los AII pueden variar dentro de un catálogo que comprende el lugar de constitución de la persona jurídica, el control efectivo de la sociedad, su sede social y el ejercicio de actividad económica en el Estado parte del tratado que se invoca e incluso, combinaciones de algunos de estos requisitos. Aquellas definiciones que incluyen el requisito de sede social o de control efectivo, ofrecen a los Estados demandados una mayor protección que aquellas definiciones basadas exclusivamente en el lugar de constitución de la sociedad⁶⁷.

En el caso venezolano, entre los TBIs suscritos que utilizan un solo criterio, tenemos: (i) el criterio de “lugar de constitución”: Canadá, Reino Unido, Dinamarca, Belarús, Vietnam y Rusia; (ii) el criterio de sede social en el tratado con Alemania; y (iii) el de Perú utiliza el criterio de control efectivo. Entre los que prevén una combinación de criterios pueden encontrarse: (i) Constitución y control: Holanda —cuya vigencia cesó por denuncia de Venezuela el 1 de noviembre de 2008⁶⁸—, Barbados,

⁶⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 15

⁶⁶ *Ibid.*, p. 23

⁶⁷ Mark Feldman, “Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration”, en: *ICSID Review. Foreign Investment Law Review*, Vol. 27, No. 2, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 283. En el mismo sentido ver Martin Valasek y Patrick Dumbery, “Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes”, en: *ICSID Review - Foreign Investment Law Review*, Vol. 26, No. 1, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 58.

⁶⁸ Ver <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2668/netherlands---venezuela-bolivarian-republic-of-bit-1991->, consultado el 20 de enero de 2021.

Suiza, España, Uruguay y Cuba; (ii) los que exigen concurrentemente el lugar de constitución y la sede social: Portugal, República Checa y Ecuador – cuya vigencia cesó por denuncia de Ecuador el 19 de mayo de 2018⁶⁹–; (iii) el criterio de sede social y control efectivo: Suecia; (iv) el grupo que prevé de manera concurrente el lugar de constitución, sede social y control efectivo: Paraguay, Argentina, Chile, Francia, Unión Belgo-Luxemburguesa; y (v) el TBI con Lituania, que prevé una combinación de todos los criterios anteriores⁷⁰.

i. Lugar de constitución: El caso de las empresas *holding* o *letterbox*

Desde el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*⁷¹ en 1964, en el que la Corte negó la legitimidad de Bélgica para accionar contra España en ejercicio de la protección diplomática de los accionistas belgas de la sociedad Barcelona Traction, Light and Power, Ltd., constituida en Canadá, la personalidad jurídica, que implica la separación entre los accionistas y la empresa, es uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional⁷². La nacionalidad de una persona jurídica está determinada por el lugar en el que fue constituida y la nacionalidad de sus accionistas no tiene ningún peso en la evaluación.

Los AII cuya definición de “inversionista” se refieren a las personas jurídicas utilizando el criterio de “lugar de constitución”, son los más adecuados para realizar una estructuración corporativa de la inversión extranjera, tal y como lo han demostrado los diferentes casos en los que los tribunales arbitrales han tenido que decidir situaciones similares, comenzando por el famoso y polémico caso *Tokios Tokelés*⁷³ que comentaremos *infra*.

Cuando los Estados fundamentan su objeción en la definición de inversionista, lo hacen bajo la premisa de que una empresa *holding* o *letterbox* no puede ser considerada como un nacional del otro Estado Parte del tratado correspondiente. La evidencia demuestra que los tribunales arbitrales interpretan las disposiciones de los tratados y muy en particular la definición de inversionista, con una técnica marcadamente literal. Así fue decidido en el caso *Tokios Tokelés*, en el que el tribunal arbitral declaró que la naturaleza de empresa *holding* bajo el tratado relevante, que solo utilizaba el criterio de lugar de constitución, cumplía con los extremos de la definición de inversionista.

En otros casos como *ADC vs. Hungría*, el tribunal arbitral siguió un razonamiento similar al validar la calidad de inversionista de una entidad chipriota controlada por nacionales de Canadá, negándose a aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo para evaluar quién era el verdadero inversionista. En *Rompetrol vs. Rumania*, el Tribunal también rechazó la objeción del Estado bajo la que pretendía des- aplicar la definición del tratado mediante el levantamiento del velo corporativo para

⁶⁹ Ver <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1339/ecuador---venezuela-bolivarian-republic-of-bit-1993->, consultado el 20 de enero de 2021.

⁷⁰ Para mayor detalle ver Victorino Tejera-Pérez, Ob. Cit., p. 319 y ss.

⁷¹ Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Bélgica vs. España), objeciones preliminares, sentencia del 24 de julio de 1964, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf>, consultado el 7 de enero de 2021.

⁷² Charles-Emmanuel Côte, ob. cit., p. 1

⁷³ Tribunal arbitral compuesto por Prosper Weil (Presidente – Disidente), Piero Bernardini y Daniel Price, *Tokios Tokelés vs. Ucrania, Decision on Jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/02/18, 29 de abril de 2004. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>, consultado el 8 de enero de 2021.

descubrir la nacionalidad real y efectiva sobre la base de la fuente del capital de la inversión.

La circunstancia que han tomado en cuenta los árbitros para aplicar una técnica de interpretación literal ha sido que los Estados tienen un catálogo de opciones para incorporar a la definición cuando negocian el tratado (como los criterios de *siège social*, actividad económica, control o incluso una cláusula de denegación de beneficios). Al no haber incorporado ninguna de estas opciones, no está al alcance del tribunal establecer requisitos adicionales a lo establecido en la definición acordada por los Estados.

Hasta 2008, por lo menos, el criterio antes mencionado era unánime⁷⁴ y hoy en día puede sostenerse que es el dominante. El estudio realizado por Poulton *et al* reporta que en las 47 decisiones analizadas en las que el estado impugnó la jurisdicción del tribunal sobre la base definición de inversionista, solo en el 30% de los casos fue declarada con lugar⁷⁵. Este resultado, pone en evidencia que probablemente la característica más importante que debe tener la definición de inversionista en un tratado para la estructuración de la inversión es que utilice únicamente el criterio de lugar de constitución.

La objeción de jurisdicción relacionada con la estructuración de la inversión, en el fondo busca el levantamiento del velo corporativo para poder aplicar la normativa a los beneficiarios últimos de la inversión. Sin embargo, el levantamiento del velo corporativo solo procede en casos muy especiales en los que existen aspectos fraudulentos tras la constitución de una persona jurídica. La propia Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelonta Traction* estableció el criterio que priva aun en el Derecho Internacional, tomando la basta experiencia de las legislaciones nacionales sobre el tema, señalando que el velo coporativo puede levantarse "...por ejemplo, para prevenir el mal uso de los privilegios de la personalidad jurídica, como en ciertos casos de fraude o crimen, para proteger a terceros tales como acreedores o compradores, o para prever la evasión de requerimientos legales o de obligaciones"⁷⁶.

a. Casos en los que se negó el levantamiento del velo corporativo

Todos los casos que analizaremos seguidamente muestran cómo los tribunales arbitrales aplicaron una interpretación literal de los tratados aplicables, sobre la base de la interpretación de buena fe de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, para resaltar el alcance de esta interpretación, consideramos importante describir las circunstancias de cada una de las estructuras corporativas que fueron analizadas por los árbitros.

⁷⁴ Aparte de *Tokios Tokelés*, cuyo laudo sobre jurisdicción fue emitido en 2004, en 2008 Dolzer y Schreuer dan cuenta del caso *Saluka vs. República Checa*, cuyo laudo parcial fue emitido el 17 de marzo de 2006, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>, consultado el 7 de enero de 2020. Ver Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *ob. cit.*, p. 50.

⁷⁵ Ed Poulton et al, *ob. cit.*, p. 23.

⁷⁶ Corte Internacional de Justicia, *Ob. Cit.*, párrafo 56. Citado por Piero Bernardini y Daniel Price, *Ob. Cit.*, párrafo 54. Otros comentarios sobre el levantamiento del velo corporativo y doctrinas similares pueden consultarse en José Gregorio Torrealba R., "La ejecución de laudos arbitrales que condenan al Estado sobre activos de empresas del estado a propósito de la teoría del alter ego en el caso *Cristallex vs. Venezuela*", en: *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Claudia Madrid (Editora), Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, p. 1.427 y ss. Disponible en https://www.academia.edu/41329175/La_ejecuci%C3%B3n_de_laudos_arbitrales_que_condenan_al_estado_sobre_activos_de_empresas_del_estado_a_prop%C3%B3sito_de_la_teor%C3%ADa_del_alter_ego_en_el_caso_Cristallex_vs_Venezuela, consultado el 8 de enero de 2021.

(i) Los casos bajo la Convención CIADI

La aplicación de la Convención CIADI, particularmente lo dispuesto en el artículo 25(2)(b), relacionado con la nacionalidad de las personas jurídicas, constituye, sin lugar a duda, un elemento relevante, pues ha generado decisiones disímiles en cuanto al alcance del “control extranjero” exigido para ver satisfechos los extremos para la jurisdicción *ratione personae* del CIADI. Sin embargo, como veremos, la mayoría de los tribunales arbitrales han concluido que la definición acordada por los Estados en el AII aplicable a la disputa, es la norma relevante al momento de determinar la jurisdicción *ratione personae* del tribunal en base a la Convención CIADI.

(a) *Amco vs. Indonesia*

En este caso, la objeción de jurisdicción por parte del Estado tuvo como fundamento el artículo 25(2)(b) de la Convención CIADI⁷⁷. Amco Suscribió un contrato con Indonesia para la construcción y gerencia de un hotel y centro comercial que contenía un acuerdo de arbitraje CIADI. Una vez que fue concluida la construcción, el hotel fue tomado por el Ejército de Indonesia y la empresa inició el arbitraje.

La objeción de jurisdicción por parte de Indonesia fue fundamentada en que la empresa demandante no estaba controlada por ciudadanos estadounidenses, sino que estaba controlada por un ciudadano holandés. En su decisión sobre jurisdicción, dictada el 20 de noviembre de 1984, el tribunal arbitral señaló que la búsqueda del control de la persona jurídica no es conforme con la convención y que el concepto de nacionalidad en ella es un concepto clásico, basado en la legislación bajo la cual fue constituida la empresa, su sede social y el lugar de Constitución⁷⁸. Como podemos observar, el tribunal arbitral no centró su análisis en la definición de inversión prevista en el TBI, sino un análisis sobre los requisitos de jurisdicción *ratione personae* previstas en la Convención CIADI.

(b) *Champion Trading et al vs. Egipto*

Este caso, que ya hemos comentado, analizó también la legitimidad activa de las empresas que actuaron como demandantes. En su decisión, el tribunal arbitral interpretó conjuntamente la definición de inversionista del TBI, que utiliza tanto el criterio de lugar de constitución como el de control efectivo, y el artículo 25(2)(b) de la Convención CIADI. Los accionistas de ambas empresas eran personas naturales perteneciente a la familia Wahba, cuyos antecedentes sobre su nacionalidad ya hemos comentado.

La defensa de Egipto presentó una objeción sobre la jurisdicción fundamentada en que para definir una corporación como nacional estadounidense, había que emplear el mismo criterio que para las personas naturales y que, en consecuencia, debía desecharse el interés que pudieran tener en la empresa los dobles nacionales. Según el tribunal, ni el tratado ni la convención contenían una exclusión para los dobles nacionales como accionistas de empresas del otro estado contratante, contrario a la

⁷⁷ Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Artículo 25(2)(b) “(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:... (b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

⁷⁸ Robert Wisner; Nick Gallus, ob. cit., p. 935.

prohibición expresa relacionada con las personas naturales, contenida en el artículo 25.2(a) *eiusdem*⁷⁹.

(c) Tokios Tokelés vs. Ucrania

La empresa demandante, constituida en Lituania, estaba controlada en un 99% por nacionales ucranianos, que además tenían dos tercios de la administración de la empresa. El reclamo se fundamentó en el TBI Lituania-Ucrania, cuya definición de inversionista, relacionada con personas jurídicas, utiliza solo el criterio de lugar de constitución para atribuir la nacionalidad a una persona jurídica.

A diferencia del caso *Champions trading*, en este caso los accionistas no eran dobles nacionales, sino que solo ostentaban la nacionalidad del Estado demandado. Las defensas del Estado se fundamentaron en (i) que no se trataba de una empresa de Lituania demandando a Ucrania, sino que, en el fondo, se trataba de un inversionista ucraniano en base al control; y (ii) que la sede social de la empresa estaba en ucrania y que, por lo tanto, en términos económicos, se trataba de un inversionista ucraniano en Lituania y no al contrario. El Estado solicitó expresamente el levantamiento del velo corporativo por considerar que declarar la jurisdicción en este caso sería equivalente a permitir que nacionales ucranianos intentaran un arbitraje internacional en contra de su propio gobierno, lo que sería inconsistente con el objeto y propósito de la Convención CIADI.

Para el tribunal, el artículo 25 de la convención CIADI no define un método para determinar la nacionalidad de entidades jurídicas, dejando esta tarea a una discreción razonable de las partes contratantes⁸⁰, por lo que procedió a realizar una interpretación literal de la definición de inversionista con respecto a Lituania, pues no había ninguna ambigüedad en su redacción, para concluir que la empresa demandante cumplía con las condiciones establecidas en la definición y por lo tanto se negó a levantar el velo corporativo, pues esto implicaría agregar requisitos o condiciones no acordadas por los Estados parte del TBI.

El tribunal también mencionó que los Estados parte del tratado pudieron haber insertado una cláusula de denegación de beneficios, pero al no haberlo hecho, no correspondía al tribunal inferir un requisito similar en el texto. El tribunal se negó, por la misma razón, a examinar el argumento de existencia de actividad económica sustancial en Lituania, puesto que el tratado no exigía tal requisito⁸¹.

(d) ADC et al vs. Hungría

Las empresas demandantes estaban constituidas en la República de Chipre, cuyo TBI con Hungría utilizaba el criterio de lugar de constitución para atribuir la nacionalidad de las personas jurídicas en su definición de inversión. Hungría cuestionaba la nacionalidad chipriota de las empresas señalando que la inversión fue, en todo caso, realizada por empresas canadienses y que, como consecuencia, los inversionistas no cumplían con la condición de ser nacionales de un Estado Contratante de la Conven-

⁷⁹ Tribunal arbitral compuesto por Robert Briner (Presidente), L. Yves Fortier, Q. C. y Laurent Aynès, *ob. Cit.*, p. 18.

⁸⁰ Tribunal arbitral compuesto por Prosper Weil (Presidente – Disidente), Piero Bernardini y Daniel Price, *Ob. Cit.*, párrafo 24.

⁸¹ Christoph Schreuer, *ob. cit.*, p. 525. Christoph Schreuer, “Nationality Planning”, en: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2012*, Arthur W. Rovine (Editor), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden y Boston 2013. p. 20.

ción CIADI, previsto en el artículo 25, pues Canadá no había suscrito ni ratificado la convención para ese momento. Como en los casos anteriores, el tribunal realizó una interpretación literal del TBI y resaltó que Hungría sabía y aprobó que la inversión se estaba realizando por intermedio de entidades chipriotas, por lo que no era sostenible el alegato de levantamiento del velo corporativo⁸².

(e) Rompetrol vs. Rumania

La disputa surgió en el marco de la reconstrucción del sistema económico y social de Rumania luego de la caída del régimen comunista en 1989. El país entró en un amplio proceso de privatizaciones y en ese contexto, Rompetrol S.A. fue comprada por sus gerentes y empleados mediante un esquema de *buy-out* en 1993. Luego de una serie de operaciones que involucraron diversas entidades y personas, al momento de iniciar el procedimiento arbitral, *The Rompetrol Group* (TRG - Demandante) era 100% propiedad de una empresa suiza (*Rompetrol Holding*), que a su vez era propiedad de dos nacionales rumanos. En 2000, TRG también adquirió control accionario en la empresa Petromidia Rafinare S.A., otra empresa privatizada por el gobierno rumano.

Rumania presentó una objeción de jurisdicción fundamentada en la nacionalidad rumana de los inversionistas finales de la estructura corporativa. En su decisión⁸³, el tribunal arbitral aplicó la interpretación literal del TBI entre Países Bajos y Rumania, cuya definición de inversionista se basaba únicamente en el criterio de lugar de constitución de la persona jurídica para negar la objeción presentada.

(i) Casos bajo otras reglas de arbitraje

(a) Saluka vs. República Checa

En este caso, la disputa surgió en el contexto de la privatización de una entidad bancaria en la República Checa. La empresa Nomura Europe, constituida en Inglaterra, compró las acciones en la mencionada entidad bancaria y posteriormente las transfirió a Saluka, una empresa establecida bajo la legislación de los Países Bajos con el expreso propósito de ser la propietaria de las acciones en la mencionada entidad, por lo que claramente se trataba de una empresa *holding*. La objeción del Estado se fundamentó en que la empresa demandante no era un inversionista real sino una empresa holding controlada por accionistas japoneses. En su decisión sobre jurisdicción⁸⁴, el tribunal arbitral mencionó que aún cuando simpatizaba con el argumento de que una empresa holding, controlada por otra que no está constituida bajo las leyes de un estado parte del tratado, no debería ser legitimada para invocar su protección punto

⁸² Tribunal arbitral compuesto por Neil Kaplan (Presidente), Charles Brewer y Albert Jan van den Berg, *ADC Affiliate Limited et al v. Republic of Hungary, Decision on Jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/03/16, 27 de septiembre de 2006. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>, consultado el 10 de enero de 2021.

⁸³ Tribunal arbitral compuesto por Franklin Berman, Donald Francis Donovan y Marc Lalonde, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility*, ICSID Case No. ARB/06/03, 18 de abril de 2008. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf>, consultado el 10 de enero de 2021.

⁸⁴ Tribunal arbitral constituido por Arthur Watts (Presidente), Peter Behrens y L. Yves Fortier, *Saluka Investments B.V. vs. República Checa, Partial Award*, Reglas de la CNUDMI, 17 de marzo de 2006. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>, consultado el 10 de enero de 2021.

Sin embargo, el tribunal afirmó que no puede imponer sobre las partes una definición de inversionistas que no sea la que ellas mismas acordaron. Esa definición acordada requería solo que el demandante debía estar constituida bajo las leyes de uno de los Estados parte del tratado y el tribunal concluyó que no tenía competencia para agregar otros requisitos que las partes del tratado omitieron⁸⁵.

b. Casos en los que se levantó el velo corporativo para declinar la jurisdicción

(i) Casos bajo la Convención CIADI y su Mecanismo Complementario

(a) *Venoklim Holding B.V. vs. Venezuela*

La estructura de la inversión tenía a Venoklim, constituida en Países Bajos, como accionista mayoritaria de 4 empresas constituidas en Venezuela. A su vez, Venoklim era 100% propiedad de la empresa *International Petrokemklim AB*, constituida en Suecia, que era controlada por Industrias Venoco, C.A., constituida en Venezuela y cuyo capital accionario estaba distribuido en un 69,96% para Inversiones Petroklim, C.A., propiedad de dos ciudadanos venezolanos.

Sin mayor explicación, el tribunal determinó que la propietaria real de las inversiones de Venoklim en Venezuela era Inversiones Petroklim, C.A. y ante esa conclusión, el tribunal determinó que Venoklim no podía ser tratada como una inversionista internacional en los términos de la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones y consecuentemente “...tampoco puede otorgársele la protección del Tratado holandés, el cual pretende invocar por la remisión que hace el citado Artículo 22”⁸⁶ *eiusdem*. Al interpretar el artículo 25 de la Convención CIADI el tribunal consideró que su intención no puede ser tergiversada por el simple hecho de tratarse de una empresa constituida en Holanda, cuya definición de inversionista no fue analizada en la decisión del tribunal, punto que fue destacado en el voto disidente de uno de los árbitros⁸⁷.

c. La migración corporativa y la nacionalidad

Dos casos han involucrado sociedades que han migrado su domicilio de un estado a otro y las conclusiones han sido diametralmente distintas. El primero de ellos, es el de *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, en el que la accionista de Aguas del Tunari, S.A., fue constituida originalmente en las Islas Caimán y luego migró a Luxemburgo. El Tribunal aceptó la posibilidad de la migración corporativa, reconociendo que era una medida inusual pero aceptada por la legislación de las Islas Caimán y que la continuidad de la empresa es permitida por la legislación de Luxemburgo⁸⁸.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 241.

⁸⁶ Tribunal arbitral constituido por Yves Derains (Presidente), Enrique Gómez Pinzón (Disidente/Concurrente) y Rodrigo Oreamuno, *Venoklim Holding B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela, Laudo*, Caso CIADI No. ARB/12/22, 3 de abril de 2015. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4229.pdf>, consultado el 11 de enero de 2021.

⁸⁷ La decisión del caso Venoklim es contraria a la corriente dominante de la jurisprudencia arbitral que ha analizado las definiciones de “inversionista” concebidas sobre la base del criterio de lugar de constitución de la empresa. Para un análisis crítico de la decisión del caso, ver Guillermina Ester, “Returning to the Issue of Nationality”, en: *Journal of World Investment & Trade* 17, No. 5, 2016, Brill/Nijhoff, pp. 833-842.

⁸⁸ Tribunal arbitral constituido por David Caron (Presidente), José Luis Alberro-Semerena y Henry C. Álvarez, *Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia, Decisión sobre las excepciones en materia*

Con respecto a este caso, Sinclair acota que si una empresa puede migrar para calificar para obtener la protección de un tratado de inversión en otra jurisdicción fue una pregunta problemática con la que el tribunal en *Aguas del Tunari* no tuvo que lidiar, pero considera que en ese caso pudiera invocarse muchas de las objeciones que pueden surgir en contra de la cesión de un derecho de la misma naturaleza⁸⁹. En nuestra opinión, la más importante de estas objeciones es la que se basa en la temporalidad de la cesión, pues ya la disputa habría surgido y, por lo tanto, la cesión a una entidad protegida por un AII constituiría un abuso de proceso.

El otro caso de migración corporativa es el de *Transban vs. Venezuela*. El punto en el que el tribunal enfocó su análisis fue si sobre la base de las legislaciones venezolana y barbadense, *Transban Investments Corp.* podría ser considerada como una empresa organizada o constituida en Barbados, tal y como exige el TBI en su definición de inversionista. Para la demandante, al no existir una prohibición expresa, la legislación venezolana permite que la sociedad pueda domiciliarse fuera del territorio venezolano, mientras que la legislación de Barbados prevé la emisión de un Certificado de Continuidad, cuyo efecto es la de considerar la empresa como si hubiera sido constituida en Barbados. Dicho certificado fue emitido y la demandada invocó su condición de persona jurídica organizada o constituida en Barbados, exigida para poder gozar de la protección del TBI.

Tres conclusiones hicieron que el tribunal determinara que *Transban* no podía ser considerada como una sociedad de Barbados:

1. La legislación de Barbados exige como requisito esencial que la continuidad societaria debe ser autorizada por la legislación de Venezuela de manera expresa y no una ausencia de prohibición⁹⁰.
2. La demandante no pudo demostrar ante el tribunal que ya no existiera como persona jurídica en Venezuela y, de hecho, quedó probado en el expediente que la empresa siguió actuando con su denominación venezolana aun después de haber sido domiciliada en Barbados⁹¹.
3. Siendo *Transban* una “compañía de negocios internacionales” conforme a la Ley de Compañías de Negocios Internacionales de Barbados, el tribunal procedió a interpretar la normativa relevante de esta ley y concluyó que la misma prevé una distinción entre las sociedades constituidas de acuerdo con el “ordenamiento jurídico de Barbados y aquellas que estén inscritas de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados...” y concluyó que “...a los fines de la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, *Transban* es “considerada residente en Barbados” [Traducción del Tribunal], en calidad de sociedad inscrita de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados, y no en calidad de sociedad constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados”⁹².

de jurisdicción opuestas por el Demandado, Caso CIADI No. ARB/02/3, 21 de octubre de 2005, párrafo 174. Disponible en https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10958_0.pdf, consultado el 12 de enero de 2021.

⁸⁹ Anthony Sinclair, “The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration”, en: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, No. 2, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 370.

⁹⁰ Tribunal arbitral constituido por Peter Tomka (Presidente), David Caron (Disidente/Concurrente) y Santiago Torres Bernárdez, *Transban Investment Corp. vs. República Bolivariana de Venezuela, Laudo*, Caso CIADI No. ARB/12/24, 9 de noviembre de 2017, párrafo 154. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11541.pdf>, consultado el 12 de enero de 2021.

⁹¹ *Ibid.*, párrafo 158.

⁹² *Ibid.*, párrafo 171.

En su voto disidente, el árbitro Caron, quien presidió el tribunal en el caso *Aguas del Tunari*, hizo algunas reflexiones interesantes con respecto a los efectos de la migración societaria. Para el Arbitro disidente, la empresa demandante es una sociedad y posee personalidad jurídica conforme al ordenamiento jurídico de Barbados y difiere de la opinión de la mayoría del Tribunal entorno a qué solo si la empresa hubiera sido constituida originalmente en Barbados, habría gozado de la protección del tratado. Caron concluye en su disidencia que:

Las realidades de la migración societaria resaltan que la formación y el establecimiento de Transban Investments Corporation constituyó un acto jurídico particularmente significativo. Los bienes, deudas, derechos y obligaciones de Transban Investments Corporation son de titularidad de Transban Investments Corporation o tienen relación con ella, y no con su entidad jurídica venezolana anterior al año 2001, Inversiones Transbanca, C.A. Recordando el simbolismo en el párrafo 4, si se piensa que los derechos societarios de Venezuela y Barbados prevén dos botellas de formas ligeramente diferentes, la migración societaria se trata del proceso de verter una empresa comercial de una botella venezolana denominada Inversiones Transbanca, C.A. a una botella barbadense denominada Transban Investments Corporation. En particular, el término “constituye” se relaciona con la botella y no con el contenido que migró. Por consiguiente, en este ejemplo, el derecho barbadense estableció, formó y constituyó una botella que no había existido previamente, una botella que en la actualidad tendrá derechos y obligaciones en forma exclusiva, una botella denominada Transban Investments Corporation. Por estos motivos, no puedo compartir la opinión de la Mayoría⁹³.

La diferencia entre ambos casos es que en *Aguas del Tunari* la migración corporativa estaba prevista expresamente en la legislación de las islas Caimán y la continuidad en la legislación de Luxemburgo, mientras que en *Transban*, la legislación venezolana no autoriza expresamente la migración, aunque tampoco la prohíbe, circunstancia que, en el derecho privado venezolano implica, como bien lo argumentó la demandante, que está permitido.

En nuestra opinión, el desconocimiento de la personalidad jurídica barbadense de *Transban*, excedió los poderes del tribunal arbitral al desconocer actos del gobierno de Venezuela, que registró el acta de asamblea en el que se acordó el cambio de domicilio, así como los actos del gobierno de Barbados que aceptó y registró a *Transban* como una continuidad, lo que hacía de *Transban* una sociedad organizada bajo las leyes de esa jurisdicción. La demandante era una empresa organizada conforme a la legislación de Barbados, donde estaba efectivamente registrada.

ii. Control efectivo

Contrario a lo que sucede en aquellos casos en los que el lugar de constitución es el elemento determinante en la definición de inversionista, cuando el control efectivo ha sido el criterio adoptado por los Estados parte del tratado, el levantamiento del velo corporativo no solo es factible, incluso sin necesidad de tratarse de un caso en los que haya circunstancias fraudulentas, sino que es necesario para poder acceder a la protección del tratado correspondiente. El punto difícil de determinar es hasta qué nivel en la estructura corporativa puede o debe llegar el tribunal arbitral para declarar o declinar su jurisdicción.

⁹³ David Caron, *Transban Investment Corp. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, Dissenting and Concurring Opinion of Professor David D Caron*, Caso ICSID No. ARB/12/24, 6 de noviembre de 2017, párrafo 14. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11542.pdf>, consultado el 20 de enero de 2021.

49% de los casos analizados por Poulton *et al*, aplicaron tratados que preveían el criterio de control efectivo por el nacional del otro Estado parte como condición para su calificación como inversionista protegido⁹⁴. Según la base de datos de la UNCTAD, 273 AII's contienen el criterio de control efectivo, de manera exclusiva o en combinación con otro criterio, en su definición de inversionista relacionada con las personas jurídicas⁹⁵.

El criterio de control efectivo lo podemos encontrar en definiciones de inversión que lo prevén de manera exclusiva, tal y como lo prevé el TBI Perú-Venezuela, cuyo artículo 1(3) define el término “Sociedades” sin hacer referencia a ningún otro criterio; o en combinación con otros criterios como el de lugar de constitución, generalmente previendo la posibilidad de empresas constituidas en el Estado receptor de la inversión pero controladas de manera directa o indirecta por nacionales del otro Estado parte del tratado. Varios TBIs, como el denunciado entre Países Bajos y Venezuela, el TBI entre Irán y Suiza o el TBI entre Países Bajos y Argentina, incluyen protocolos en los que se precisa con mayor claridad qué debe entenderse por “control” y cómo puede probarse⁹⁶. Algunos TBI utilizan el criterio de control efectivo en su definición de “inversión” y no en la de “inversionista”, logrando el mismo resultado⁹⁷.

En aquellos casos en los que la Convención CIADI resulta aplicable, la definición de inversionistas que prevea exclusivamente el control efectivo como criterio determinante para invocar la protección del tratado, viene a complementar lo dispuesto en el artículo 25(2)(b) de la Convención en cuanto a las personas jurídicas que tengan la nacionalidad del Estado parte de la disputa al momento de dar el consentimiento para el arbitraje CIADI, y que por el control extranjero sobre ella, las partes hayan acordado tratarla como nacional de otro Estado Contratante a los efectos de la Convención⁹⁸. Ese acuerdo lo constituye la definición de inversionista del AII, aunque veremos más adelante que algún tribunal –en *Vacuum* y *TSA*– ha interpretado que ese acuerdo está limitado al marco impuesto por el artículo 25(2)(b), en el sentido que la empresa debe estar efectivamente bajo control extranjero.

Varios han sido los casos que han analizado la el artículo 25(2)(b) de la Convención CIADI, comenzando por el caso *Amco vs. Indonesia*, comentado *supra*, en el que el tribunal comentó que para admitir el argumento presentado por Indonesia sobre el control de la empresa demandante, tendría que admitir primero que, en base a esta norma, debería indagarse sobre un grado infinito de control, lo que se negó a hacer al interpretar que el requisito de nacionalidad en la Convención CIADI es un concepto clásico basado en la legislación del lugar de constitución, el lugar de constitución de la empresa y el lugar de su sede social⁹⁹. En *Autopista Concesionada de Venezuela vs. Venezuela*, el tribunal también se negó a levantar el velo corporativo más allá del primer grado¹⁰⁰.

⁹⁴ Ed Poulton et al, ob. cit., p. 6.

⁹⁵ Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>, consultado el 12 de enero de 2020.

⁹⁶ Al respecto ver Anthony C. Sinclair, ob. cit., p. 374 y Victorino Tejera Pérez, ob. Cit., p. 323

⁹⁷ Barton Legum, “Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?”, en: *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4, Oxford University Press, Oxford 2006, p. 524.

⁹⁸ Convención para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Artículo 25(2)(b).

⁹⁹ Citado por Robert Wisner y Nick Gallus, ob. cit., p. 10.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 13

En *SOABI*, caso en el que el acuerdo de arbitraje CIADI estaba incluido en un contrato y no en un tratado, el tribunal analizó el argumento de Senegal en cuanto a que la entidad accionista de *SOABI* era de nacionalidad panameña y que Panamá no era Estado Contratante de la Convención CIADI, razón por la que no cumplía con las condiciones para que el tribunal tuviera jurisdicción *ratione personae*. El tribunal concluyó que el control que sobre la empresa panameña ejercían nacionales de Bélgica, que sí era un Estado Contratante, era suficiente para declarar su jurisdicción¹⁰¹. En *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Ghana*, el tribunal arbitral señaló que el acuerdo para tratar a la empresa nacional demandante como un extranjero debido al control extranjero, no confiere jurisdicción *ipso iure*, pues la convención fija un límite objetivo¹⁰².

Otros casos, más recientes, que destacar por lo diametralmente opuesto de sus conclusiones, son:

(i) Aguas del Tunari vs. Bolivia

En este caso, al cual ya hemos hecho referencia anteriormente, la empresa demandante, Aguas del Tunari, S.A., era una sociedad constituida en el estado demandado (Bolivia) que alegaba estar controlada por nacionales holandeses, lo que le permitía invocar la protección del TBI entre Países Bajos y Bolivia. No obstante, Bolivia alegó que el “control” es un vocablo referido al control final, que ese caso era una empresa de nacionalidad estadounidense y que las empresas holandesas insertas en segundo y tercer grado en la cadena de empresas que controlaban a la demandante no eran sino empresas *holding* o *letterbox*.

En su laudo sobre jurisdicción¹⁰³, el tribunal arbitral realizó un extenso estudio del alcance de la frase “controladas directa o indirectamente” y concluyó que el “control” que puede ser ejercido directamente por el nacional del otro Estado parte o indirectamente mediante la interposición de otra entidad, está referido a la capacidad jurídica para controlar a la otra entidad y que esa capacidad debe establecerse en relación con el porcentaje de acciones que posee, tomando en cuenta cualquier restricción en el ejercicio del derecho al voto.

El tribunal arbitral declaró que las partes no habían cuestionado que la definición de inversionista prevista en el TBI representaba un acuerdo con respecto al “control extranjero” exigido en el artículo 25(2)(b) de la Convención CIADI e indagó hasta el tercer grado en estructura accionaria para declarar efectivamente que el control de las empresas holandesas, accionistas de Aguas del Tunari en segundo y tercer grado, era suficiente para considerar que Aguas del Tunari era una empresa controlada directa o indirectamente por nacionales holandeses, tal como lo exigía la definición de inversionista.

(ii) TSA Spectrum de Argentina vs. República Argentina

La empresa demandante, constituida en Argentina, invocó el control accionario que sobre ella ejercía una empresa constituida en Holanda, para sustentar el haber satisfecho las condiciones necesarias para calificar como inversionista c"onforme

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰² Tribunal arbitral constituido por Robert Y. Jennings (Presidente), Charles N. Brower y Kamal Hos-sain, *Vacuum Salt Products Ltd. Vs. Government of the Republic of Ghana, Award*, Caso CIADI No. ARB/92/1, 1 de febrero de 1994, párrafo 36. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf>, consultado el 13 de enero de 2021.

¹⁰³ Tribunal arbitral constituido por David Caron (Presidente), José Luis Alberro-Semerena y Henry C. Álvarez, ob. cit., párrafo 264.

al TBI y Argentina-Países Bajos, cuyo protocolo establece que será aceptado como prueba de control el tener una participación directa o indirecta, superior al 49% o la posesión directa o indirecta de los votos necesarios para obtener una posición predominante en la asamblea u órganos de la compañía. La empresa holandesa, propietaria del 100% de las acciones de TSA, era propiedad de un ciudadano argentino.

En su decisión¹⁰⁴, el tribunal arbitral interpretó que la definición del TBI y no puede proveer jurisdicción al CIADI a menos que la condición de control extranjero, establecida en el artículo 25(2)(b) de la Convención, pueda ser satisfecha. El tribunal determinó que era necesario levantar el velo corporativo para poder establecer si realmente la empresa doméstica estaba bajo control extranjero al momento de que las partes dieron su consentimiento para someter la disputa a arbitraje.

En tal sentido, el tribunal concluyó que el propietario final de TSA era el ciudadano argentino que era propietario de la mayoría de las acciones de la empresa holandesa que la controlaba y que, por lo tanto, TSA no podía ser tratada como una empresa extranjera conforme al artículo 25(2)(b) de la Convención CIADI, que, para este tribunal, lo habilitó para levantar el velo corporativo hasta llegar al propietario final de la inversión, motivo por el cual declinó su jurisdicción.

El punto esencial que puede hacer la diferencia entre los casos que hemos mencionado es que en TSA, un nacional del Estado demandado era el verdadero inversionista, lo que pudo haber sido determinante para que el tribunal levantara el velo corporativo hasta llegar al final, mientras que en los demás casos, los tribunales se detuvieron en la capa corporativa que les daba jurisdicción¹⁰⁵, sin dejar de ser notorio que quienes controlaban finalmente la inversión, la fuente del capital invertido, era igualmente extranjera, aun cuando no protegida directamente por un AII.

iii. Siége social

Como mencionáramos arriba, entre los tratados suscritos por Venezuela, solo el TBI con Alemania prevé de manera exclusiva el criterio de sede social, mientras que los tratados con Portugal, Ecuador, República Checa, Costa Rica e Irán, combinan el criterio de sede social con lugar de Constitución, el tratado con Suecia lo utiliza en combinación con el criterio de control efectivo y los tratados con Paraguay, Argentina, Chile, Francia y Unión Belgo-Luxemburguesa exigen concurrentemente el lugar de constitución, sede social y control efectivo¹⁰⁶.

El término “sede social” puede tener interpretaciones que van desde lo estrictamente formal, asimilándolo a domicilio que se indica en el documento constitutivo de la empresa o sede estatutaria, hasta elementos de fondo, como la sede real, efectiva o lugar principal de administración o de negocios de la empresa.

Varios casos deben ser mencionados sobre la interpretación de este criterio. En primer lugar, *Tokios Tokelés*, que analizó la relevancia de la sede social en base al argumento de interpretación extensiva del TBI Lituania-Ucrania presentado por el

¹⁰⁴ Tribunal arbitral constituido por Hans Denelius (Presidente), Georges Abi-Saab y Grant Aldonas, *TSA Spectrum de Argentina vs. Argentine Republic, Award*, Caso CIADI No. ARB/05/5, 19 de diciembre de 2008. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf>, consultado el 13 de enero de 2021.

¹⁰⁵ Rachel Thorn y Jennifer Doucleff, “Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘Investor’”, en: Michael Waibel et al (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer Arbitration, London, 2010, 11-12, p. 6.

¹⁰⁶ Victorino Tejera Pérez, ob. cit., pp. 379-407.

Estado, en el que el tribunal arbitral consideró que la evidencia para establecer la sede social de una empresa era de naturaleza documental: certificado de registro, estatutos, registro de inversión extranjera. El análisis del tribunal equipara el concepto de sede social con la sede estatutaria y el lugar de constitución¹⁰⁷.

En *Alps Finance and Trade vs. Eslovaquia*, que estableció el criterio que se ha venido siguiendo de manera dominante, referente a que para probar la determinación de la sede de negocios o centro efectivo de operaciones comerciales es necesario tener evidencias del lugar en el que se reúne la junta directiva o la asamblea de accionistas, el lugar en el que se ubica la gerencia de la empresa, un determinado número de empleados ubicados en el lugar que se alega como sede, prueba de la dirección de las oficinas, costos y gastos de la ubicación¹⁰⁸, en fin, prueba de que la empresa funciona efectivamente en el lugar que se alega como sede.

Una situación peculiar se ha presentado cuando se exige de manera concurrente el requisito de *siège social* y lugar de constitución. En *Tenaris et al vs. Venezuela*¹⁰⁹, los demandantes se fundamentaron en los TBIs de Venezuela con Unión Belgo-Luxemburguesa y con Portugal. Ambos tratados definen “inversionista” utilizando los criterios de “lugar de constitución” y “sede social” en el caso del primer tratado y el término “sede” en el caso del segundo. La diferencia parece sutil, pero los efectos son importantes.

Tenaris era una empresa constituida en Luxemburgo, reconocida como empresa holding de conformidad con sus propios estatutos, con una oficina en ese país en la que fue probado que tenían lugar sus asambleas de accionistas y sus reuniones de junta directiva, era auditada en Luxemburgo y mantenía sus libros y registros en esa oficina. Con esta evidencia, el tribunal consideró que Tenaris cumplía con las condiciones para ser considerada como inversionista protegido por el TBI. En el caso de Talta, subsidiaria de Tenaris, constituida en Portugal, el tribunal tomó en cuenta la dirección mencionada en su documento constitutivo, la indicada en su certificado de registro, la residencia de sus administradores y otros elementos similares a los que tomó en cuenta para el caso de Tenaris para considerar que también llenaba las condiciones del TBI para ser considerado un inversionista protegido.

En un caso más reciente, *Orascom TMT Investments S.à.r.l. vs Algeria*¹¹⁰, el tribunal fue, en nuestra opinión, más exhaustivo para analizar la aplicación conjunta de los criterios de sede social y lugar de constitución al analizar el TBI entre Luxemburgo y Argelia, señalando que al incorporar el criterio de sede social para determinar la nacionalidad corporativa, difiriendo del criterio establecido en la legislación local para el mismo propósito, las partes del tratado tuvieron la intención de darle un carácter autónomo a los fines del tratado.

Al interpretar el término “sede social” en el contexto de la definición de inversionista prevista en el tratado y en particular, su correlación con el criterio de “lugar

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 382

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Tribunal arbitral constituido por John Beechey (Presidente), Judd Kessler y Toby Landau, *Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade Unipessoal LDA, Award*, Caso CIADI No. ARB/11/26, 19 de enero de 2016. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>, consultado el 14 de enero de 2021.

¹¹⁰ Tribunal arbitral constituido por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Albert Jan van der Berg y Brigitte Stern, *Orascom TMT Investments S.à.r.l. vs Algeria, Award*, Caso CIADI No. ARB/12/35, 25 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf>, consultado el 14 de enero de 2021.

de constitución”, el tribunal concluyó que el criterio de sede social no está atado a disposiciones de la legislación nacional de los Estados parte del TBI y que una interpretación de buena fe, tomando en cuenta el uso que de ambos criterios, “sede social” y “lugar de constitución”, utilizó la Corte Internacional de Justicia en *Barcelona Traction*, “sede social” se refiere a la “sede estatutaria”¹¹¹.

Como puede observarse, la interpretación del término “sede social” como criterio para la determinación de la nacionalidad del inversionista conforme a los AII está lejos de poder ser considerado un tema resuelto o con una tendencia clara hacia alguna de las posiciones que han asumido los distintos tribunales arbitrales que han tenido la oportunidad de tratar el tema.

iv. Actividad económica sustancial

El requisito de que el inversionista ejerza una actividad económica sustancial en uno de los Estados parte del tratado se encuentra presente, bien de manera exclusiva o en combinación con otros criterios, en 412 AIIs según la base de datos de UNCTAD, siendo el más antiguo de ellos, aún vigente, el TBI suscrito entre Suiza y Uganda en 1971 y el más reciente, el suscrito entre Camboya y Turquía en 2018¹¹².

Según Poulton *et al*, La existencia de un vínculo económico genuino del inversionista en el estado receptor ha tenido un impacto importante en el éxito de la objeción de jurisdicción de los Estados demandados contra la estructura corporativa del demandante, aunque también destaca que la objeción de jurisdicción raramente se ha fundamentado de forma exclusiva en el ejercicio de actividad económica en el estado receptor de la inversión.

El análisis de los tribunales, en su mayoría, fue realizado con relación a la definición de inversión, aunque hace referencia a los casos *ADC vs. Hungría*, *Mobil vs. Venezuela* y *ConocoPhillips vs. Venezuela*, en los que los respectivos TBIs no preveían el criterio de actividad económica, pero el argumento fue considerado por los tribunales. Cuando el inversionista tuvo actividad económica o la genuina intención de ejercerla luego de la reestructuración, la objeción de jurisdicción fracasó en el 94% de los casos.

Por el contrario, cuando el Estado ha utilizado el argumento de falta de actividad económica sustancial para denunciar la falta de jurisdicción por tratarse de una empresa *holding*, el argumento ha fracasado notoriamente en la gran mayoría de los casos si el requisito no se encuentra expreso en el tratado correspondiente, bien en la definición de inversionista o en una cláusula de “denegación de beneficios”, que es uno de los instrumentos que han utilizado los Estados en los AII para impedir el *treaty shopping* de manera efectiva. Este tipo de cláusula puede encontrarse hoy en día en al menos 221 AII según la UNCTAD¹¹³, que identificó el TBI Corea (del Sur)-Suiza, suscrito en 1971, como el más antiguo de los AII en el que se ha insertado una cláusula de este tipo y el Acuerdo sobre Inversiones entre los Gobiernos de Hong Kong y los Estados Miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, suscrito el 12 de noviembre de 2012, como el más reciente.

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 298.

¹¹² UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*. Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>, consultado el 14 de enero de 2021.

¹¹³ *Idem*. Resultado de la búsqueda disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>

La cláusula de denegación de beneficios, que comentamos brevemente, puede autorizar al Estado parte de la disputa a negar los beneficios (i) a una persona jurídica cuya finalidad sea la de obtener los beneficios del tratado¹¹⁴, (ii) que no tenga actividad económica sustancial¹¹⁵, (iii) a nacionales de Estados con los que alguno de los Estados parte no tenga relaciones diplomáticas o bajo restricciones económicas o comerciales¹¹⁶, (iv) a discreción o por obligación¹¹⁷ de los Estados Parte del tratado.

III. LOS LÍMITES AL *TREATY SHOPPING*

Ante la inexistencia de una cláusula de denegación de beneficios, las ventajas que pueden ser aprovechadas de la definición de inversionista contenida en un AII deben ser establecidas dentro de los límites de temporalidad que ha identificado la jurisprudencia arbitral para poder ser consideradas válidamente. Una restructuración corporativa para poder acceder a la jurisdicción arbitral internacional, realizada con posterioridad al surgimiento de la disputa o cuando esta sea previsible, tendrá muy pocas probabilidades de lograr tal efecto.

Refiriéndonos nuevamente al estudio preparado por Poulton *et al*, la objeción de jurisdicción relacionada con la restructuración de la inversión *ratione temporis* fue argumentada por los Estados demandados en el 15% de los casos y tuvo éxito en el 78%¹¹⁸. El estudio destaca que la objeción *ratione temporis* es distinta a la objeción de abuso de proceso, que, aunque está relacionada con la oportunidad en la que se efectuó la restructuración, procede solo cuando la restructuración se ha realizado cuando la disputa es previsible¹¹⁹.

¹¹⁴ Por ejemplo, el artículo 25.1 del Acuerdo Bilateral sobre la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos establece que: Los beneficios de este Acuerdo no serán otorgados a un Inversionista de una Parte Contratante si el principal propósito en adquirir la nacionalidad de dicha Parte Contratante fue obtener beneficios bajo este Acuerdo que de otra forma no estarían al alcance de dicho Inversionista. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5727/download>, consultado el 15 de enero de 2021.

¹¹⁵ *Ibidem*, artículo 25.2(b): Una Parte Contratante podrá denegar los beneficios de este Acuerdo a: (b) un Inversionista de otra Parte Contratante que sea una persona jurídica de esa otra Parte Contratante y a las inversiones de dicho inversionista, si un inversionista de una parte distinta de las Partes Contratantes es propietaria de, o controla a, la persona jurídica, o la persona jurídica no tiene actividades sustanciales de negocio en el territorio de la otra Parte Contratante.

¹¹⁶ *Ibidem*, artículo 25.2(a): Una Parte Contratante podrá denegar los beneficios de este Acuerdo a: (a) un Inversionista de otra Parte Contratante que sea una persona jurídica de esa otra Parte Contratante y a las inversiones de dicho inversionista, si la persona jurídica es de propiedad de, o es controlada por inversionistas de una tercera parte y la Parte Contratante que deniega los beneficios no sostiene relaciones diplomáticas con esa tercera parte.

¹¹⁷ *Ibidem*, artículo 25.2. Para un ejemplo de una cláusula de denegación de beneficios obligatoria para los Estados, ver artículo 8 del Acuerdo entre la República Eslovaca y la República Islámica de Irán: Los beneficios de este Acuerdo serán denegados a un inversionista de una Parte Contratante... (Traducción libre del autor). Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3601/download>, consultado el 15 de enero de 2021.

¹¹⁸ Ed Poulton *et al*, *ob. cit.*, p. 26.

¹¹⁹ *Ídem*. En el mismo sentido ver Emmanuel Gaillard, "Abuse of Process in International Arbitration", en: *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 32, Nro.1, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 3-4. En contra, asimilando los concepto de "abuso de derecho" y "abuso de proceso", ver Duncan Watson y Tom Brebner, "Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33, No. 1, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 317.

El argumento de abuso del proceso, correspondiente a las reestructuraciones que han tenido lugar luego de haber surgido la disputa, ha sido analizado en el caso *Phoenix* y el tribunal tomó en cuenta tanto la oportunidad de la reestructuración como sus motivos. Por su parte, en *Mobil vs. Venezuela* el tribunal tomó como base la oportunidad de la reestructuración y concluyó que el factor determinante de la legitimidad de la reestructuración es si la misma ha tenido lugar después del surgimiento de la disputa. En *Pacific Rim Cayman LLC vs. El Salvador*, el tribunal arbitral reconoció la dificultad de determinar el momento en el que una disputa deja de ser eventual para convertirse en una disputa actual¹²⁰.

Un ejemplo interesante lo constituye el caso *Phillip Morris vs. Australia*, en el que el tribunal sostuvo que la reestructuración fue realizada en un momento en el que la disputa era previsible, pues Australia había anunciado en abril de 2010 su decisión de implementar una legislación relacionada con el empaque de los cigarrillos y la reestructuración corporativa fue realizada en febrero de 2011, cuando la disputa era ya previsible¹²¹. Tal y como lo afirma Schreuer, “Lo que parece ser imposible es crear un remedio para agravios existentes, particularmente si la disputa ha surgido, organizando una nacionalidad deseable mediante la constitución, cesión o de alguna otra forma”¹²².

Luego de dar cuenta de las decisiones arbitrales que han tratado el tema para la fecha en que publicaron su trabajo, Watson y Bredner apuntan que dos elementos son los necesarios para configurar el abuso de proceso o el abuso de derecho: (i) Que la reestructuración haya sido efectuada cuando la disputa ya existía o era previsible, término este último que ha probado ser de extrema complejidad, que los autores califican como un elemento objetivo; y (ii) la reestructuración estuvo motivada por la obtención de la protección del tratado¹²³, que califican como elemento subjetivo.

CONCLUSIONES

La definición de “inversionista” a los efectos de obtener la protección de un AII, está estrechamente ligada a la noción de “nacionalidad” y esta, como hemos podido observar, puede determinar si un inversionista está o no legitimado para invocar la protección del tratado relevante, dependiendo siempre de lo que hayan acordado las partes de ese tratado para atribuir una determinada nacionalidad a una persona natural o jurídica, o si las partes han dejado la determinación de la nacionalidad al Derecho Internacional Público. A los efectos de estructurar una inversión, bien sea realizada por una persona natural o jurídica, los puntos que han generado el debate han sido las razones por las que el inversionista adquirió la nacionalidad que pretende invocar, la oportunidad en que la adquirió y el o los criterios que pueda utilizar el AII relevante a los fines de poder invocar su protección.

En el caso de las personas naturales, la polémica se presenta en el caso de los dobles nacionales en dos situaciones: (i) cuando la del Estado receptor de la inversión es una de las nacionalidades del inversionista persona natural; (ii) cuando la persona natural tiene la nacionalidad del otro Estado parte del tratado y la de un tercer Estado en el que reside. En estos casos, cuando hay un vacío en la definición de “inversionista” para determinar quién puede ser considerado como persona natural, el tribunal

¹²⁰ Mark Feldman, ob. cit., p. 289.

¹²¹ Citado por Emmanuel Gaillard, ob. cit., p. 4.

¹²² Christoph Schreuer, *Nationality of Investors...*, ob. cit., p. 526.

¹²³ Duncan Watson et al, ob. cit., p. 318.

arbitral debe aplicar el Derecho Internacional Público, cuya práctica está recogida en los casos *Nottebohn*, principalmente, y *A/18*, mencionados arriba, que desarrollaron la noción de nacionalidad efectiva para hacer valer la realidad de los vínculos de la persona con un Estado en particular sobre lo que puede llamarse una nacionalidad de conveniencia.

Pero lo anterior es una situación bastante extraña cuando existe un AII, pues por lo general, los Estados acuerdan que la nacionalidad de las personas naturales está determinada por la legislación nacional del Estado cuya nacionalidad se alega. Las decisiones que han tratado el tema las hemos clasificados en torno al foro en el que han sido dictadas, pues aquellos casos en los que la Convención CIADI es aplicable, la prohibición establecida para los dobles nacionales, cuando una de las nacionalidades es la del Estado demandado, priva al tribunal de jurisdicción *ratione personae*. En todos los casos CIADI, los tribunales han sido consistentes en descartar la aplicación de la doctrina *Nottebohn* y han aplicado el acuerdo de los Estados partes del AII relevante, tanto en los casos en los que ha sido alegada la nacionalidad efectiva para objetar la jurisdicción del CIADI, como en aquellos, como *Champion Trading*, en el que los demandantes que tenían la nacionalidad del estado demandado, alegaron que la misma no era su nacionalidad efectiva para tratar, sin éxito, de ser exceptuados de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 25(2)(a) de la Convención CIADI contra los dobles nacionales.

Los casos que se han conocido bajo otras reglas de arbitraje, particularmente las Reglas UNCITRAL, no tienen el obstáculo presente en la Convención CIADI contra los dobles nacionales y, por lo tanto, la definición de inversionista contenida en el tratado aplicable es la única disposición que establece el criterio para determinar la nacionalidad. En casos en los que el tratado exija la nacionalidad dominante y efectiva, como en el caso *Aven*, revisar la doctrina establecida en *Nottebohn* y *A/18* resultan totalmente aplicables, pero cuando el criterio es el del reenvío a la legislación nacional, el análisis del tribunal debe limitarse a si el inversionista llena o no las condiciones para ostentar la nacionalidad conforme a la legislación del estado cuya nacionalidad reclama.

Un aspecto importante para tomar en cuenta en este tipo de casos es cuando el arbitraje bajo reglas distintas al CIADI se encuentra prevista como una opción que jerárquicamente esta disponible solo cuando iniciar un arbitraje CIADI, bajo la Convención o su Mecanismo Complementario, no sea posible. Dos tribunales han decidido casos como el que se describe, *García Armas y García Gruber y Manuel García Armas y otros*, llegando a conclusiones diametralmente distintas, precisamente por en el segundo, el tribunal realizó una interpretación contextual de la norma sobre solución de controversias inversionista-Estado del TBI España-Venezuela, que terminó por extender a un arbitraje UNCITRAL las restricciones existentes en la Convención CIADI. En casos similares al de *Manuel García Armas y otros*, valdría la pena solicitar la aplicación de la cláusula NMF, si está prevista en el AII aplicable a la disputa, para fundamentar la jurisdicción del tribunal en otro AII en el que el consentimiento otorgado al arbitraje no incluya las opciones del arbitraje CIADI,

La residencia del inversionista es relevante cuando el AII aplicable lo legitima como sujeto protegido por el tratado. De lo contrario, la residencia es un aspecto secundario que ha sido argumentado con la idea de obviar la nacionalidad de los inversionistas y darle prioridad a su residencia, equiparando esta a la nacionalidad efectiva aun y cuando el inversionista no sea nacional del Estado donde reside, como sucedió en los casos *Feldman*, *Oostergetel* y *Luis García Armas*.

La nacionalidad de las personas jurídicas es la que ha generado mayor polémica en torno a las estructuras corporativas o *treaty shopping*, pero tal y como ha sucedido en los casos de las personas naturales, en la mayoría de los casos, los tribunales arbitrales han aplicado una interpretación literal del AII aplicable, aun en el marco de la Convención CIADI, en cuyo artículo 25(2)(b) se requiere el control extranjero de las personas jurídicas nacionales del Estado parte de la disputa, al momento de dar su consentimiento al arbitraje, para ser tratada como una entidad extranjera si así fuera acordado. En términos generales, la evidencia empírica demuestra que el *treaty shopping* es una estrategia válida y efectiva, pues de los 61 casos analizados por Poulton *et al* desde 1980 hasta principios de 2020, solo el 36%¹²⁴ ha sido decidido en favor de las objeciones de jurisdicción planteadas por los Estados, lo que si bien constituye una proporción nada despreciable, es notoriamente menor al 64% de los casos en los que la estructura corporativa a resistido con éxito el análisis de un tribunal arbitral.

Al darle prioridad a los AII y sus definiciones y cláusulas de denegación de beneficios, los tribunales arbitrales se apoyan exclusivamente en la voluntad de los Estados que negociaron el tratado correspondiente. En ese sentido, de los criterios que se utilizan en los AII para atribuir la nacionalidad a las personas jurídicas, el criterio de “lugar de constitución” es el más seguro pues los tribunales arbitrales han sido reacios a ir más allá de los términos claramente expresados en los AII. El caso *Venoklim*, entre los arbitrajes CIADI, constituye una excepción no ha generado un impacto importante en la jurisprudencia arbitral, sobre todo por que el tribunal no aplicó la definición de inversionista del TBI Países Bajos-Venezuela, sino que se remitió a los requerimientos de la entonces vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana. Una interpretación poco común y única en el contexto de las muchas disputas que han evaluado la definición de inversionista prevista en ese mismo TBI.

Mucho más complejo, con respecto a ese criterio de “lugar de constitución”, es el escenario de una migración corporativa, como sucedió en los casos *Aguas del Tunary* y *Transban*, en los que los tribunales arbitrales llegaron a conclusiones distintas al interpretar los requerimientos de las legislaciones nacionales respectivas. En nuestra opinión, la conclusión a la que arribó el tribunal en el caso *Transban* dejó a la empresa en un estado similar al de un migrante ilegal en el caso de las personas naturales.

La suficiencia de las estructuras corporativas para obtener la protección de los AII va disminuyendo cuando se aplican criterios distintos a los del lugar de constitución. En el caso del criterio de control efectivo existe un doble control en los casos CIADI debido a la condición del control extranjero para las personas jurídicas nacionales que los Estados hayan acordado tratar como inversionistas extranjeros, por lo que aun cuando la definición de inversionista prevista en el AII aplicable prevalece, la Convención CIADI fija límites objetivos a su jurisdicción que no pueden ser relajados por acuerdos entre las partes o entre los Estados parte de un AII.

El aspecto relevante de las estructuras corporativas que se valen de un AII que define “inversionista” mediante el criterio de “control” o “control efectivo”, es que requiere el levantamiento del velo corporativo, a diferencia de las definiciones que se basan en el lugar de constitución. No está claro hasta qué punto pueden llegar los tribunales arbitrales mediante el levantamiento del velo corporativo para determinar el control, pero la tendencia es a mantenerse dentro de los parámetros que literalmente exigen los AII. En tal sentido, el tribunal levantará el velo hasta que identifique un

¹²⁴ Ed Poulton et al, ob. cit., pp. 8-9.

nacional del otro Estado parte del tratado que ejerza el control de manera directa o indirecta, según lo indique la norma. En *TSA* el tribunal fue más allá al considerar que el control extranjero exigido por la Convención CIADI lo facultaba para llegar al beneficiario final, pero si el beneficiario final no hubiera tenido la nacionalidad del Estado demandado, no habría sido necesario.

El criterio de *siège social*, ha sido más difícil de definir por parte de la jurisprudencia arbitral, pero puede decirse que la doctrina ha identificado al caso *Alps Finance* en el que el tribunal requirió evidencias de que la administración de la empresa funciona en el lugar que se alega como sede. La utilización de “sede social” o “sede” también ha marcado una diferencia en el tratamiento, pues al menos en el caso *Tenaris*, el criterio de “sede” parece ser tratado como “sede estatutaria”, es decir, el domicilio indicado por la empresa en su documento constitutivo, que es además el criterio según el cual “sede social” fue interpretado por la Corte Internacional de Justicia en el célebre caso *Barcelona Traction*.

El criterio de actividad económica sustancial ha sido un importante mecanismo para los Estados a los fines de limitar el *treaty shopping*, en conjunto con el criterio de sede social y el uso de la cláusula de denegación de beneficios. En varios casos mencionados arriba, los tribunales analizaron la circunstancia de la actividad económica sustancial en el Estado receptor y no en el Estado en el que estaban constituidas las empresas *holding* demandantes, pues no era un requisito de la definición de inversionista en el TBI aplicable. En todos estos casos, cuando el inversionista probó, como mínimo, haber tenido la intención de tener actividad económica, la estructura corporativa encontró un punto de apoyo adicional para su estabilidad y validez para obtener la protección del tratado.

Finalmente, en cuanto a los límites del *treaty shopping*, dos factores han resultado relevantes para el éxito de la objeción de jurisdicción de los Estados: (i) que la estructuración corporativa de la inversión se haya realizado cuando ya la disputa era previsible o ya hubiera surgido, en cuyo caso estaríamos en presencia de una objeción de jurisdicción *ratione temporis* en el primer caso y de abuso de proceso – que algunos autores equiparan al abuso de derecho – en el segundo. Y, (ii) que el motivo subyacente para la estructuración corporativa haya sido únicamente el de obtener la protección de un AII, que viene a constituir el elemento subjetivo del *treaty shopping*, aunque vale la pena mencionar que este segundo elemento, por sí solo, difícilmente pueda ser considerado como ilegítimo por un tribunal arbitral.

Estos temas están en pleno desarrollo y su evolución es bastante rápida debido a la descentralización del sistema, en el que hay muchos tribunales analizando diferentes aspectos del sistema internacional de protección de inversiones. La nacionalidad, en materia de inversión extranjera es, por supuesto, un tema determinante y por tal motivo ha sido de los más complejos a la hora de analizarlos a los fines de la obtención o no de los beneficios otorgados por los AIIs.

Autores como Schreuer destacan la dicotomía existente en torno a la nacionalidad del inversionista, que en cuanto al acceso al sistema de solución de controversias es objeto de discriminación aceptada, pero al mismo tiempo es impensable discriminar a los inversionistas extranjeros en base a su nacionalidad en cuanto a los estándares sustantivos de protección. Algunos también podrían afirmar que, al menos el beneficio de poder acudir a un mecanismo de solución de controversias a todas luces independiente e imparcial¹²⁵, los propios inversionistas nacionales están en peores

¹²⁵ La evidencia plena de esta independencia e imparcialidad del sistema de arbitraje internacional ha sido también documentada por la UNCTAD, que ha identificado un total de 707 casos concluidos a la

condiciones que los extranjeros, sobre todo en países en los que la independencia judicial está en tela de juicio. Schreuer concluye sus trabajos sobre la nacionalidad de los inversionistas con una idea basada en la evolución que ha tenido el Derecho Internacional Humanitario, planteando que tal vez, a largo plazo, el arbitraje de inversiones deba estar disponible para todos, sin importar su nacionalidad¹²⁶, una idea que pudiera resolver muchos de los problemas que actualmente se presentan, pero que por los mismos motivos por los que no se ha llegado a una definición universalmente aceptada de “inversión” e “inversionista”, será muy difícil de alcanzar.

fecha, de los cuales solo 204, equivalente al 28%, han sido ganados absolutamente por los inversionistas, 142 (20%) ha terminado con una transacción entre las partes, 266 (37,6%) han sido decididos a favor de los Estados y 81 casos (11,4%) han sido discontinuados. Es decir, de los 470 casos que han sido decididos, 43,4% han sido ganados por los inversionistas y 56% por los Estados, tomando en cuenta casos resueltos bajo diferentes mecanismos arbitrales.

¹²⁶ Christoph Schreuer, *Nationality of Investors*, ob. cit., p. 527 y Christoph Schreuer, “Nationality Planning”, ob. cit., p. 27.

EL FORUM NON CONVENIENS EN LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO VENEZOLANA*

Luis Cova Arria**

SUMARIO

I. Introducción al tema. II. La justificación de la doctrina. III. La incorporación de la doctrina del *forum non conveniens* en materia de abordajes, conforme a la nueva ley de comercio marítimo (LCM) venezolana. IV. Comentarios finales.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

En la novedosa Ley de Comercio Marítimo venezolana, de 2001, se introduce por primera vez en nuestro derecho, –nacida en el *common law* anglosajón– la doctrina del *forum non conveniens*, o, la facultad discrecional del juez competente para conocer de un de un abordaje de declinar su jurisdicción a favor de un Juez extranjero, si el abordaje está más vinculado y, por ende, es más justo, ventilarlo en una jurisdicción extranjera.

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje al académico profesor Pedro Nikken, tristemente fallecido a finales de 2019, auspiciado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En expresión de reconocimiento y admiración por su brillante trayectoria profesional, educativa, académica y por su impronta de venezolano ejemplar

** Abogado magna cum laude (U.C.V). Doctor en Derecho (U.C.V). Master en Comparative Jurisprudence (New York University), graduado como primero en su clase. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y Ex - presidente de la misma, Exconsejero Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro Ejecutivo de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Miembro Honorario de las Reales Academias de Legislación y Jurisprudencia de Madrid y Granada, España. Exdirector del Centro de Arbitraje Marítimo del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (CEAMAR). Coordinador y Profesor 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 Universidad Central de Venezuela, Expresidente Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Presidente del Comité Marítimo Mercantil de la Comisión redactora de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares y la adecuación de la Legislación Marítima a la Constitución de 1999 que redactó la Ley de Comercio Marítimo. Ha publicado varios libros y artículos jurídicos especializados. Delegado por Venezuela a numerosas conferencias de los organismos de las Naciones Unidas y del Comité Marítimo Internacional. Conferencista y asistente a numerosos coloquios nacionales e internacionales. Conferencista y autor de varias libros y artículos en Revistas venezolanas y extranjeras.

En efecto, conforme a los artículos 332 y 333 de dicha Ley, se establece que además de la jurisdicción que, le asigna la ley, los tribunales venezolanos conocerán de los casos de abordajes ocurridos en aguas jurisdiccionales venezolanas, y en las no jurisdiccionales, cuando, no enarbolando ninguno de los buques bandera venezolana, uno de ellos es embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva, o bien, después del abordaje uno de ellos haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano.

En esos supuestos y, en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado. Los tribunales venezolanos tomarán en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera con el fin de tomar su decisión. La solicitud se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción.

Esta norma, instituye pues, la llamada doctrina del *forum non conveniens*, que trata de los poderes discrecionales de un tribunal con competencia para conocer de un abordaje de declarar, de manera discrecional. su inconveniencia para conocer del asunto.

En realidad, debe entenderse como un recurso que envuelve, más que nada, a una exhortación a la inherente autoridad del tribunal donde se ha presentado la acción indemnizatoria, de que decline su competencia para oírlo y decidirlo, en favor de un tribunal extranjero, también competente para oírlo y decidirlo.

Como decía Joaquín Sánchez-Covisa, “siempre que exista un *forum conveniens*, esto es, siempre que la competencia no responda a una vinculación caprichosa o fraudulenta de las partes, lo importante para la vida y los intereses de la colectividad humana es la decisión de fondo y no el tribunal que la decidió ni las normas que rigieron su tramitación”¹.

Además, como bien es sabido, existen tres factores que pueden inferir en la determinación de la competencia procesal internacional o jurisdicción, como son el orden público, la autonomía de las partes² y el *forum non conveniens*.

Este tercer factor, del *forum non conveniens*, infiere en la determinación de la jurisdicción en tanto en cuanto está dirigido específicamente a proteger al demandado contra una jurisdicción demasiado opresiva, autorizando y facultando al Tribunal de la causa para declinarla a pesar de tenerla, conforme a sus normas de procedimiento. Su admisión se reserva para casos excepcionalmente difíciles y no debe ser utilizada a menos que el demandante tenga posibilidad de acudir a otra jurisdicción sin mejorar su situación en el proceso local cuya jurisdicción es declinada, tanto adjetiva

¹ Joaquín Sánchez Covisa, “Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta”, en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 394.

² El artículo 47° de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, admite la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, salvo 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.

como sustantivamente. Presupone, por ende, la existencia de al menos dos Tribunales ambos con jurisdicción para conocer del mismo juicio.

Por ello, para su aplicación los tribunales imponen condiciones al rechazo, como por ejemplo, que el demandado se someta a la otra jurisdicción, estimada más apropiada, dentro de un cierto plazo, o que otorgue una fianza de garantía ante el tribunal de la jurisdicción que se declina, para responderle al demandante de las resultas del proceso en la otra jurisdicción, o que, renuncie o desista del lapso de prescripción u otra defensa especial que pudiera oponer en esta, la cual no pudiera hacer valer, conforme a la legislación de la jurisdicción del tribunal declinante.

II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA

Esta doctrina, nacida en Escocia, es ampliamente utilizada, en los tribunales de los países del *common law*, no solo en asuntos marítimos, sino también en sus asuntos civiles. Surgió a consecuencia, de la amplia jurisdicción o, mejor dicho, competencia que tienen los tribunales de los países de ese sistema legal, de oír casos nacidos de hechos ocurridos, no solo en sus propios territorios y aguas territoriales, sino en las de otros países. De allí que, en aquellos casos en que todas las partes de la controversia eran extranjeros o no residentes, el tribunal podía, a su discreción, declinar su jurisdicción sobre la base de ese *forum non conveniens* (tribunal no conveniente).

La doctrina, está dirigida a proteger al demandado a tener que ventilar el asunto ante una jurisdicción demasiado opresiva. Ella, en consecuencia, autoriza y faculta al tribunal para rechazar la imposición sobre su jurisdicción, aun cuando tenga la competencia necesaria para oírlo y decidirlo, conforme la letra de sus normas de procedimiento.

Es necesario señalar que la doctrina se reserva para casos excepcionalmente difíciles y no puede ser utilizada a menos que el demandante tenga posibilidad de acudir a otra jurisdicción para ventilar su demanda.

En el procedimiento Federal de los Estados Unidos de América, los tribunales generalmente dan flexibilidad, imponiendo condiciones al rechazo, como, por ejemplo, pidiendo al demandado que se dé por citado en una nueva acción en una jurisdicción más apropiada dentro de un cierto plazo o que otorgue una fianza de garantía a favor del demandante o renuncia o desista de lapso de prescripción u otra defensa especial que pudiera oponer en la otra jurisdicción.

Debe también notarse que, en esos tribunales federales de los Estados Unidos de América, cuando los tribunales aplican la doctrina, le dan gran importancia a consideraciones prácticas, como por ejemplo, el cúmulo de caso por decidir del tribunal, el gravamen a los residentes por la remuneración al trabajo extra de los miembros del jurado, el retardo que se causen los litigantes locales incrementando la causa por decidir e inclusive la deducciones fiscales del demandado fuera del estado pagando horarios a abogado dentro del Estado. Además, los tribunales federales estadounidenses, algunas veces toman en cuenta su habilidad para aplicar leyes extranjeras en casos difíciles o poco comunes. Finalmente, la aplicabilidad de esa doctrina en esos tribunales, tiene significación real cuando la competencia para oírlo se ha obtenido, con la aplicación de las llamadas “leyes de manos largas” (*long arm statutes*), las cuales otorgan competencia al Juez local para oír y ventilar un asunto, sin conexión alguna con su jurisdicción, contra un no residente, a pesar de haber sido citado fuera de la jurisdicción del tribunal.

En síntesis, el *forum non conveniens* es una doctrina que permite al tribunal declinar un juicio –aunque su competencia sea válida para oírlo y decidirlo–, cuando,

a su discreción, la conveniencia de los partes y los fines de la justicia serían servido mejor en otro tribunal. Esta doctrina, está bien establecido en el sistema judicial de los países del *common law*, especialmente en los procedimientos federales y estatales de los Estados Unidos de América.

Debemos señalar, con ánimo de precisión, que la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* no tiene nada que ver con el problema de la selección de la ley aplicable al caso de fondo, la cual lo determinará las normas de derecho internacional privado del país del tribunal que en definitiva ventile el caso, pero que no significa que sean sus propias normas sustantivas, pues conforme a aquellas podría ser las normas de un país distinto, incluso la del mismo país del tribunal que declina su jurisdicción.

En fin, el propósito de la doctrina del *forum non conveniens* es evitar procedimientos injustos, facultando a los jueces para rechazar casos –a pesar de ser competentes para oírlos y decidirlos–, pero que lo haría innecesariamente inconveniente.

III. LA INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA DEL *FORUM NON CONVENIENS* EN MATERIA DE ABORDAJES, CONFORME A LA NUEVA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO (LCM) VENEZOLANA

Pues bien, con base a esta reconocida doctrina anglosajona, logramos incorporar a la legislación procesal marítima venezolana, esa doctrina del *forum non conveniens*, desconocida, no solo aquí, sino en la mayoría de los países de derecho continental, o *civil law*

Era una labor difícil, si tomamos en cuenta que es bastante amplio el alcance de la competencia de los Tribunales venezolanos cuando está en litigio un elemento extranjero, en ausencia de un tratado público con la nación respectiva en cuanto al punto en cuestión. La libertad de los tribunales venezolanos para determinar por sí mismos los límites de su competencia es igual en otros países del “*civil law*” y esta excepcionalmente restringida por nuestras normas del derecho internacional privado³.

En Venezuela, ni la nacionalidad ni el domicilio de las partes, juega en principio, ningún papel en la cuestión de la competencia internacional. Los extranjeros o los no domiciliados en Venezuela pueden presentarse ante sus Tribunales, ya sea como demandantes, ya sea como demandados en la misma condición que los nacionales y domiciliados, de acuerdo a las disposiciones relativas a la competencia territorial interna. Así, lo establecen los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

En efecto, el numeral 3° del artículo 40° de la Ley de Derecho Internacional Privado (DIP), establece que los tribunales venezolanos tendrán, independientemente de la nacionalidad o del domicilio del demandado, jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial “cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República”⁴.

Asimismo, la Ley de Comercio Marítimo (LCM) de 2001, en su artículo 12°, agrega que además de la jurisdicción que atribuye esa Ley de Derecho Internacional Privado, en sus artículos 39 y 40, deberán someterse al conocimiento de la Jurisdicción

³ Artículos 40, 41 y 42 la Ley de Derecho Internacional Privado.

⁴ La LCM no aclara la naturaleza jurídica de los buques, como sí lo hacía el Código de Comercio derogado en su artículo 613 cuando señalaba: “Las naves son consideradas como bienes muebles...” Creo, sin embargo, que no se puede poner en duda, a pesar del silencio de la ley, en la naturaleza de bien mueble de los buques.

Especial Acuática, las acciones que se intenten con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentran y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático nacional.

De todo lo antes expuesto, queda claro que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior y esa jurisdicción no puede ser declinada por razones de *forum non conveniens* salvo por la excepción prevista artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo.

Debo mencionar, sin embargo, que recientemente doctrinarios venezolanos, con fundamento a los recursos por “litis pendencia internacional”, por “conexión internacional de causas” o por “control difuso de la constitucionalidad” han considerado que el recurso de *forum non conveniens*, es admisible en Venezuela, tales como, Tatiana B. de Maekelt⁵ y Víctor Hugo Guerra⁶.

Sin embargo, el criterio de la jurisprudencia venezolana ha sido contrario al de estos autores, y así, una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de Julio de 2001, en un juicio donde expresamente se pidió la aplicación del principio del *forum non conveniens*, señaló que el mismo resultaba “contrario a los principios constitucionales y legales relativos a la jurisdicción, no pudiendo el Juez venezolano en ningún momento negar su jurisdicción a favor del juez extranjero, pues las normas que la regulan son de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento”⁷.

Esta decisión se dictó antes de octubre de 2001, fecha en que se promulgó la nueva Ley de Comercio Marítimo que, como veremos en su artículo 333, admite, por primera vez en Venezuela, en materia de abordajes, el uso del recurso del *forum non conveniens*.

Como hemos visto antes, el alcance de la competencia internacional o jurisdicción de los Tribunales venezolanos cuando sea el demandado un extranjero no domiciliado en Venezuela y no haber ningún otro vínculo con la jurisdicción venezolana, es bastante amplia.

Además, conforme al artículo 13 de la LCM, los Tribunales marítimos venezolanos, son competentes para conocer en todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, en los casos en que, según dicha Ley, el buque pueda ser embargado preventivamente, salvo que hubiere un acuerdo arbitral o de atribución de competencia a otra jurisdicción.

⁵ Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, tres años de su vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 117. Maekelt señala en su trabajo que la figura del *forum non conveniens* era hasta ese momento (18 de junio de 2002) “poco conocida y no regulada en Venezuela”, sin embargo, para esa fecha ya estaba admitida en materia de abordajes, desde la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo, de fecha noviembre de 2001.

⁶ Víctor Hugo Guerra, “La jurisdicción venezolana en materia extracontractual y la doctrina del *forum non conveniens*”, en: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca*, Ediciones Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 429-452.

⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia N° 1543, 18 de julio de 2001, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, Vol. CLXXVIII, 2001, p. 501.

Ahora bien, en materia de abordaje, establece la LCM, en su artículo 332 que, además de la jurisdicción que les asigna la ley, los tribunales venezolanos conocerán de los casos de abordajes ocurridos en aguas jurisdiccionales venezolanas, y en las no jurisdiccionales, cuando:

1. Uno de los buques sea de matrícula nacional.
2. Uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva.
3. Después del abordaje uno de los buques haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano.

Como puede verse, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en materia de abordaje, además de las que hemos indicado anteriormente, en el capítulo correspondiente, en los siguientes casos: Primero, cuando uno de los buques sea de bandera nacional; Segundo, cuando uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje, o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva; Tercero, cuando uno de los buques haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano y, Cuarto, cuando conforme al artículo 40, numeral 3° de la Ley de DIP, el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República.

De modo pues, que, en estos supuestos, conforme a la norma del artículo 332 de la LCM, aun cuando no haya ninguna conexión de los tribunales venezolanos con el abordaje, tendrán jurisdicción para conocer del asunto. La única conexión que existirá será el embargo preventivo del buque, el otorgamiento de la fianza, su arribo o presencia en puerto venezolano o la citación del demandado en territorio venezolano.

En estos casos, de no haberse establecido el recurso del *forum non conveniens*, en el siguiente artículo 333 de la LCM, el tribunal no pudiera declinar su jurisdicción a pesar de que el proceso local resultare inconveniente e inapropiado para el demandado.

En efecto, el artículo 333 señala que, en los casos antes señalados, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas.

Ahora bien, ¿cuál sería la forma procesal en que se puede solicitar la declinatoria de la jurisdicción del tribunal venezolano en estos casos? El mismo artículo 333 señala que la solicitud se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción, la cual, tratándose de un procedimiento marítimo que se rige por el procedimiento del juicio oral del CPC, por remisión expresa del artículo 8 de la Ley de Procedimiento Marítimo, debe oponerse en la contestación conjuntamente con las defensas de fondo que creyere conveniente alegar, conforme al artículo 865 del CPC.

La cuestión previa de declinatoria de jurisdicción está prevista en el numeral primero del artículo 346 del CPC. Esta cuestión previa, dice el artículo 349 del CPC debe ser decidida, ateniéndose únicamente a lo que resulte de los autos y de los documentos presentados por las partes. Con respecto a estos documentos aportados por las partes, hay que señalar que conforme al artículo 865 referente al procedimiento oral, el demandado excepcionante debe acompañar esos documentos en la oportunidad de la contestación de la demanda, e igualmente en esa oportunidad debe señalar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración con respecto a la cuestión previa planteada, y si no los presenta, no se le admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y haya indicado en el escrito de contestación la oficina donde se encuentran.

Ahora bien, en materia de *forum non conveniens* ¿qué pruebas y documentos debe aportar el demandado excepcionante?

En primer lugar, antes que nada, debe probar la existencia de otro juicio, por los mismos hechos y causas, ante los tribunales de otro país (artículo 333 LCM). Es decir, una acción derivada del mismo abordaje, ventilada ante los tribunales de otra jurisdicción. Para ello debe consignar copia certificada, debidamente legalizada o apostillada, de todas las actas de ese otro juicio, de modo de demostrar su existencia. Si están en idioma extranjero, deberán ser traducidas al castellano.

En segundo lugar, debe ofrecer la constitución de una garantía “*igual*” para responder de las resultas de la acción intentada por ante el tribunal de la otra jurisdicción por los mismos hechos y causas.

En tercer lugar, demostrar la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera.

Con respecto al tema de la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera, la prueba testimonial o documental que se proporcione será de la libre y soberana apreciación del Juez. Como hemos dicho, se trata de un recurso excepcional y discrecional.

Ahora bien, la determinación de la vinculación de las partes, buques, aseguradores y tripulantes con la jurisdicción extranjera, o sea, cuál es el Tribunal mejor colocado para conocer de la materia bajo litigio, es una decisión difícil. En este sentido, al Juez venezolano le sería útil tomar en cuenta las reglas que la jurisprudencia y doctrina angloamericana ha establecido en materia de *forum non conveniens* para determinar si su tribunal es o no conveniente para conocer del asunto para el cual tiene competencia, conforme a las reglas contenidas en la LCM.

La jurisprudencia estadounidense ha sido prolija en señalar las circunstancias que en un caso dado haría procedente ese recurso discrecional y excepcional a favor del demandado⁸.

Un aspecto importante que debe tomar en cuenta el juez venezolano es la razón por la cual el demandante escogió su foro para presentar la demanda. La razón tiene que ser legítima y no táctica. En este sentido, el Juez debe hacer un balance entre las razones para la selección de ese foro por parte del demandante y las del demandado para que el caso sea transferido a un tribunal extranjero. Por ejemplo, debe analizarse si ha habido por parte del demandante una intención de *forum shopping*. Además, también debe apreciar los motivos que ha tenido el demandado en presentar la cuestión previa del *forum non conveniens*

Cuando más legítima sea la razón del demandante para haber seleccionado el foro venezolano, habrá mayor oportunidad que la cuestión previa de *forum non conveniens*, sea declarada sin lugar.

Para determinar cuándo el demandante ha seleccionado el foro venezolano por razones tácticas, uno de los factores que debe ser examinado es la inconveniencia y costos para el demandado, que resulten de litigar en el foro venezolano donde se ha presentado la demanda por abordaje. Esto tendrá que ser probado por el excepcionante. Evidentemente, si el demandado extranjero tiene una sucursal o intereses comerciales en Venezuela, no tendrá mucha oportunidad de prosperar en su excepción⁹.

⁸ Véase Paul S. Edelman, “Forum Non Conveniens Motions in the Maritime Practice”, en: *New York Law Journal*, 29 de julio 2002, Vol. 228, pp. 3 ss.

⁹ Véase en la jurisprudencia norteamericana los casos *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 310 US 501 (1947); *Lauritzen v. Larsen*, 345 US 57 (1953); *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 US 354 (1959); y *Hellenic Lines v. Rhoditis*, 398 US 306 (1970).

Los contactos que pudieran hacer aplicable o no la jurisdicción de los tribunales venezolanos en un caso de abordaje, en el cual se plantee esta cuestión previa, incluyen entre otros, la ley de la bandera de las naves involucradas, la nacionalidad del armador, la inaccesibilidad y la ley del foro extranjero. Igualmente habría que agregar el centro de operaciones del armador¹⁰. Los tribunales estadounidenses, por ejemplo, toman en cuenta si el demandado obtiene ingresos por sus actividades en los Estados Unidos¹¹, lo cual podría ser tomado en cuenta también en Venezuela, si se prueba que el demandado opera en Venezuela y obtiene ingresos por su actividad desde y hacia puertos venezolanos.

Una variable a ser considerada por el Juez venezolano, sería si el demandante prueba que la indemnización que pudiera obtener en un foro extranjero es menor a la que obtendría en el venezolano.

Como ha señalado la jurisprudencia norteamericana, le tocará probar al demandante para que se desestime la excepción que el foro alternativo extranjero es claramente inadecuado o insatisfactorio¹².

En todo caso, la decisión es discrecional y soberana del Juez venezolano, para la cual deberá tomar en cuenta varios factores, ninguno de los cuales por sí solo es concluyente ni vinculante, tales como: (1) el interés de los litigantes en que el caso sea decidido en un determinado foro (2) la facilidad de acceso a las pruebas documentales, (3) la facilidad y disponibilidad para evacuar las pruebas testimoniales, (4) la conveniencia de los testigos, (5) otros factores que se traduzcan en un proceso más corto y menos oneroso.

Habría también intereses públicos que podrían tomarse en cuenta, como, por ejemplo, evitar el congestionamiento de los tribunales venezolanos.

Finalmente, será el Juez quien sopesará estos factores para la determinación de si debe declarar con lugar o no la cuestión previa del *forum non conveniens*.

El artículo 333 de la LCM señala que la facultad discrecional del juez venezolano para declinar su jurisdicción está condicionada a que se le otorguen al demandante “iguales garantías” para responder de las resultas de la acción intentada ante los tribunales de otro país por los mismos hechos y causas. Evidentemente, el Juez deberá determinar cuáles son esas “iguales garantías” que deberá constituir el demandado.

Ahora bien, ¿De qué naturaleza serán esas garantías”? Opinamos que no son solo garantías de naturaleza pecuniaria, tales como una fianza, sino también de naturaleza procesal, como por ejemplo la obligación del demandado excepcionante a someterse a la jurisdicción extranjera, dentro de un cierto plazo, si no lo hubiese hecho ya, o renunciar o desistir de la defensa de prescripción u otra defensa especial que pudiera oponer conforme a la legislación de la otra jurisdicción, pero no conforme a la venezolana. Ese es, opinamos, el significado del vocablo “*garantías iguales*”, utilizado por el artículo 333 de la LCM.

En relación a las garantías pecuniarias, las mismas no deben ser difíciles o imposibles de constituir, de forma que hagan imposible hacer uso de la declinatoria

¹⁰ Véanse los siguientes casos de la jurisprudencia norteamericana: *Fisher v. Agios Nicolaos V*, *supra*; *Szumlicz v. Norwegian American Lines, Inc.*, 698 F2d 1192 (11th Cir. 1983); *Bartholomew v. Universal Tankships Inc.*, 263 F2d 437 (2d Cir. 1959); *Southern Cross S.S. Corp. v. Firipis*, 285 F2d 651 (4th Cir. 1960); y *Pavlou v. Ocean Traders Marine Corp.*, 211 F Supp 320 (SDNY 1962).

¹¹ Así fue decidido en el caso *Fisher v. Agios Nicolaos V*, 628 F2d 308 (5th Cir. 1980), cert. den., 102 SCt 92.

¹² Véase *Piper Aircraft v. Reyno*, 454 US 235, 70 LEd 2d 419 (1981).

de la jurisdicción acordada. El artículo 333 de la LCM señala que la garantía debe ser “igual” a la necesaria para responder de las resultas del juicio intentado ante los tribunales de otro país por los mismos hechos y causas. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por garantía “igual”? La respuesta está en el artículo 98 de la LCM. Será una que no exceda del valor del buque del demandado excepcionante, involucrado en el accidente, haya sido o no embargado.

Otro problema que se plantea es el siguiente: ¿Debe el demandado excepcionante al oponer la cuestión previa ofrecer las garantías? Opinamos afirmativamente a la pregunta. El Juez al declinar su jurisdicción, debe sopesar la naturaleza y cuantía de las garantías pecuniarias y/o procesales que ofrezca el demandado excepcionante. Las primeras no pueden exceder, como hemos señalado, del valor del buque del demandado excepcionante, involucrado en el abordaje, y las segundas, tienen por misión no desmejorar la situación procesal del actor excepcionado. Hasta tanto las garantías no hayan sido aceptadas por el tribunal, y constituidas o comprometidas por el demandado, aquel no puede declinar su jurisdicción a favor de un tribunal extranjero donde se hubiere intentado la acción por los mismo hechos y causas.

La decisión del Juez venezolano, ya sea negando o admitiendo la cuestión previa de *forum non conveniens*, es impugnabile mediante la solicitud de regulación de la jurisdicción o de la competencia, conforme a lo establecido en el artículo 249 del CPC.

IV.COMENTARIOS FINALES

El recurso de *forum non conveniens*, es una institución procesal que permite a un Tribunal declinar un juicio, para cuya ventilación tiene la debida competencia procesal internacional, ante otro tribunal de otra jurisdicción, cuando, según a su discreción, la conveniencia de las partes, los fines de la justicia y el debido proceso serán mejor servidos en ese otro Tribunal.

La doctrina del *forum non conveniens* está bien establecida en el sistema legal norteamericano y particularmente en su Derecho Marítimo, no así en nuestros países, a excepción de Panamá, en materia marítima, y Venezuela, en materia de abordajes.

No obstante, en Venezuela, a pesar de mantenerse la discrecionalidad del Juez, y toda vez que el reconocimiento del *forum non conveniens* significa una derogatoria del principio de inderogabilidad de la jurisdicción venezolana, la excepción ha sido incorporada en su legislación solo para los casos de abordaje en materia marítima, sujeto a ciertas garantías que debe otorgar el demandado excepcionante a favor del demandante excepcionado.

Dentro de estos límites, la codificación de la doctrina en Venezuela para casos de abordaje, es un medio útil para la solución de todos los problemas nacidos de una situación de inconveniencia del tribunal para ambas o una de las partes, para cuya solución la técnica de una declinatoria discrecional de su jurisdicción por parte del tribunal es lo apropiado.

Finalmente, para terminar, está por verse los resultados de la implementación de este recurso en Venezuela como un medio útil para la solución de los problemas nacidos por una situación de inconveniencia del Tribunal para conocer un caso de abordaje, cuando se den los supuestos del citado artículo 333.

Caracas, 25 de noviembre de 2020

IX. DERECHO TRIBUTARIO

LAS INNOVACIONES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN MATERIA DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES

José F. Annicchiarico Villagrán*

SUMARIO

Introducción. I. Innovaciones en relación a derecho de los contratos. 1. Disposiciones generales. 2. La formación del contrato. A. Negociación del contrato. B. Deberes pre-contractuales. C. La formación del consentimiento. D. Los precontratos. 3. La validez del contrato. A. Capacidad de contratar. B. El consentimiento de las partes. C. Un contenido lícito y cierto del contrato. D. La forma. 4. La nulidad y la caducidad del contrato. 5. La interpretación del contrato. 6. Los efectos del contrato. 7. La inexecución del contrato. A. La excepción de inexecución y la excepción de inexecución anticipada. B. La ejecución forzosa en *natura*. C. Reducción del precio. D. La resolución del contrato. E. La indemnización de daños y perjuicios. II. Régimen legal de las obligaciones. 1. Las modalidades de la obligación. 2. Las operaciones sobre las obligaciones. 3. Las acciones del acreedor. 4. La extinción de las obligaciones.

INTRODUCCIÓN

1. La reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones en Francia fue definitivamente aprobada el 20 de abril de 2018 mediante la ley 2018-287. Con dicha ley se ratifica, con algunos cambios, la ordenanza número 2016-131 del 10 de febrero de 2016 que establece la reforma del derecho de los contratos y del régimen general y de las pruebas de las obligaciones. Se trata sin duda de un evento histórico pues la mayor parte de normas relativas a la al contrato y las obligaciones no habían sido modificadas de forma positiva desde la promulgación del Código de Napoleón en 1804.

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela Derecho Civil III: Obligaciones. Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Postgrado Droit Commercial. Université Panthéon-Assas, Paris II. Master Droit Privé Général. Université Panthéon –Assas, Paris II., Master EC Competition Law. Kings' College, University of London.

2. La reforma del derecho francés de los contratos y de las obligaciones es un hecho trascendental para el derecho venezolano y para otros derechos en nuestro continente. Y es que dicho sistema es el modelo que sirvió de base para la elaboración de nuestras legislaciones en materia de contratos y obligaciones. Tal escogencia permitió al derecho venezolano, y a otros derechos del continente inspirados en el mismo, beneficiarse tanto del desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia francesa durante los últimos dos siglos, como del desarrollo de otros países europeos cuya legislación en esta materia está basada en el mismo sistema.

3. La importancia de la reforma se hace mucho más evidente si se tiene en cuenta que muchas de las soluciones adoptadas en nuestro derecho siguiendo el modelo del Código civil francés de 1804 han sido modificadas. La libertad contractual, la fuerza obligatoria y el principio de la relatividad de los contratos, principios inspirados de la interpretación voluntarista del *Code* desarrollada en el siglo XIX y a principios del siglo XX, no son ya los principios directores del contrato. La justicia y la utilidad contractual se presentan como fines propios, con los cuales el nuevo derecho francés de los contratos y de las obligaciones debe convivir.

4. La génesis de la reforma del modelo francés puede probablemente ubicarse con la celebración de los 200 años del Código civil francés. Y es que tal conmemoración fue el momento de constatar que el derecho de contratos después de 200 años, en muchos casos, por obra de la jurisprudencia, se había distanciado del texto de Código y que la hora de la reforma había llegado¹. A la idea de la reforma contribuyó sin duda la publicación de trabajos de orden académico relativo al derecho europeo de los contratos². Debe tomarse en cuenta también que los holandeses habían modificado su derecho de contratos y obligaciones en 1992, y los alemanes en el 2001 y que en el concierto de estados europeos se hacía necesario un derecho moderno y simple, capaz de competir con el derecho de sus vecinos ante una eventual codificación europea del derecho de los contratos.

5. Tres proyectos precedieron y de alguna forma sirvieron de inspiración a la reforma. El primer proyecto fue realizado por académicos y magistrados bajo la dirección de Pierre Catalá³. El mismo, presentado el 22 de septiembre de 2005 al Ministro de la justicia francés, fue considerado como un esfuerzo de adaptación del código a las soluciones aportadas por la jurisprudencia a lo largo de 200 años, y no un texto de ruptura o de innovación del derecho de contratos francés. El segundo proyecto, presentado a finales de 2008, fue realizado bajo autoridad de la Academia de ciencias morales y políticas francesa bajo la dirección de François Terré⁴. El mismo, realizado sobre la base del proyecto Catalá, es sin embargo un proyecto más innovador pues toma como base los esfuerzos europeos de armonización del derecho de los contratos, aceptando la teoría de la imprevisión y eliminando la noción de la causa, por dar algunos ejemplos. Un tercer anteproyecto sobre el régimen de las obligaciones y los cuasicontratos fue elaborado por la Cancillería francesa en el año 2011, sin embargo, el mismo nunca fue publicado oficialmente. El 23 de octubre de 2013 un nuevo an-

¹ François Chenede, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 2 ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 3.

² Code Gandolfi, Principios Lando, Proyecto von Bar. Ver: Dominique Fenouillet, Pauline Rémy-Corlay, *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 2003.

³ Pierre Catala, *Avant-projet de la réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, *La documentation Française*, 2006. Consultado en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA-SEPTEMBRE2005.pdf

⁴ François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, in “Thèmes & commentaires”, Paris, Dalloz, 2008.

teproyecto de la Cancillería es publicado. A pesar de la importancia del tema, y de la necesidad que el proyecto fuese objeto de un proceso parlamentario, el 16 de febrero de 2015 se aprueba la Ley de habilitación que otorga al gobierno francés la potestad de reformar el derecho de las obligaciones por vía de decreto, con la excepción del derecho de la responsabilidad civil. Así, luego de un breve período de consulta de escasamente 30 días a partir de su presentación, el 10 de febrero de 2016 la *Ordenance* 2016-131 fue publicada oficialmente, acompañada de un *Rapport* al Presidente de la República⁵. Dos años más tarde, la *Ordenance* 2016-131 es ratificada por la Loi n° 2018-287 del 20 de abril de 2018, integrando importantes precisiones y modificaciones a su texto⁶.

6. La reforma del derecho del contrato y de las obligaciones en Francia se planteó tres objetivos principales. Primero, su simplificación, incorporando las soluciones aportadas por la jurisprudencia desde la promulgación del Código de 1804. Segundo, la protección de la parte débil, mediante la incorporación de mecanismos de justicia contractual. Tercero, hacer el derecho francés más atractivo, reforzando la seguridad y la previsibilidad de las transacciones, así como su eficiencia⁷.

7. El primer objetivo tiene un impacto relativo en el derecho venezolano. Ya nuestro Código civil de 1942, siguiendo el proyecto franco-italiano de las obligaciones, había admitido gran parte de la soluciones aportadas por la jurisprudencia francesa desde la promulgación del código hasta 1929, fecha de la divulgación del proyecto franco-italiano de las obligaciones. No obstante, es importante destacar que importantes avances jurisprudenciales se han realizado desde esa fecha a nuestros días, los cuales son ausentes en nuestra legislación.

8. Sin embargo, el segundo y el tercero objetivo, traen consigo importantes cambios e innovaciones en relación al modelo seguido en casi su totalidad por el derecho venezolano. Y esto es así pues la libertad y seguridad, fundamentos clásicos propios de la concepción voluntarista del contrato, son principios de cierta forma contradictorios con el reconocimiento de la justicia, y la utilidad como fundamento del mecanismo contractual. La reforma francesa es el resultado de una transacción que surge de la necesidad de reconocer la existencia de nuevos intereses en juego. Ello plantea sin duda numerosas interrogantes sobre el futuro del derecho venezolano de los contratos, así como del futuro de aquellos derechos inspirados en el derecho francés. ¿Pueden los jueces venezolanos seguir apoyando sus decisiones en principios derogados o atenuados e incluso modificados sobre la base de su injusticia o falta de utilidad? Esta es la preocupación que anima la elaboración de estas breves líneas.

9. Nuestro objetivo es presentar las principales innovaciones del nuevo derecho de los contratos y de las obligaciones en Francia, y su evolución en relación a las soluciones del derecho venezolano, calcadas en su mayoría del sistema francés anterior a la reforma y que fueron tomadas del proyecto franco-italiano de las obligaciones y de los contratos. Para ello seguiremos el orden de presentación de la ley de ratificación de la reforma del 20 de abril de 2018⁸, es decir, veremos las innovaciones en relación

⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=uNpE2icpAZrhs7GxvVHBoXF6KtYbqBeEYEm09DL2oIU>

⁶ Ver: *Rapport Pillet*: <https://www.senat.fr/rap/117-247/117-2471.pdf> y *Rapport Houlié*.: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b0429_rapport-fond (Consultados en fecha 30 de enero de 2021).

⁷ François Chenedé, ob. cit., p. 10.

⁸ El nuevo derecho de los contratos en Francia modifica el orden de la exposición, analizando primero las fuentes y luego el régimen general de las obligaciones, modificando el plan tradicional que divide

al derecho de los contratos (I), y luego las innovaciones en relación al régimen legal de las obligaciones (II). Por la naturaleza de este trabajo, no se analizará el nuevo régimen de los cuasicontratos ni de las pruebas de las obligaciones.

I. INNOVACIONES EN RELACIÓN A DERECHO DE LOS CONTRATOS

10. Según el orden de exposición del nuevo Código civil francés veremos las innovaciones en relación a las disposiciones generales (A), para luego analizar las innovaciones en relación al régimen jurídico de la formación del contrato (B), de la validez del contrato (C), de la nulidad del contrato (D), de la interpretación del contrato (E) y de los efectos del contrato (F).

1. Disposiciones generales

11. El derecho de la reforma consagra su parte liminar una serie de principios y normas que tienen vocación a fundar los principios directores de todo el derecho de los contratos. De dichos principios puede perfilarse de una vez el sentido del nuevo derecho de los contratos en Francia. Veamos así el postulado de estos principios directores, y como parte de la doctrina se basa en ellos para afirmar que, a pesar de las apariencias, en realidad no existe un cambio de paradigma en el derecho francés de los contratos.

12. Así, en lo que concierne los principios directores, el artículo 1102 de la reforma consagra como primer principio rector del derecho de los contratos el principio de libertad contractual. Según el mismo: “Cada quien es libre de contratar o de no contratar, de escoger su contratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites fijados por la ley”⁹. La consagración en forma expresa del principio de libertad contractual es una innovación importante. Ni el Código francés de 1804 ni el Código venezolano de 1942, lo establecían de forma expresa. El principio debía deducirse del artículo 6 de ambos códigos, según el cual “no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.”

13. Como segundo principio, el nuevo artículo 1103 consagra el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Según este artículo: “Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley entre las partes”. El mismo no representa una innovación con respecto a la ley anterior, ni con respecto al derecho venezolano. En efecto, dicho principio estaba establecido en forma expresa en el artículo 1134 del Código francés de 1804 y, está previsto en el artículo 1159 del Código civil venezolano¹⁰.

la exposición entre obligaciones convencionales y obligaciones no convencionales. Cabe señalar que la nueva exposición sigue la exposición del tema en el Código civil venezolano en relación a estos dos ejes principales, si bien al interior de cada parte varía.

⁹ Dicho principio está limitado en el mismo artículo por el orden público. Si bien dicho principio no constituye una innovación en relación al derecho anterior, es necesario notar que el mismo no está limitado por las buenas costumbres, lo cual representa un cambio importante en relación al derecho anterior y al artículo 6 del Código civil venezolano. A diferencia de los anteproyectos de reforma, no se incluye tampoco como límite el respeto a los derechos fundamentales, los cuales en cualquier caso son aplicables por tener carácter constitucional.

¹⁰ El nuevo artículo 1193 de la reforma, así como nuestro artículo 1159 expresa los efectos que derivan del mencionado principio. Según los mismos, los contratos no pueden ser revocados o modificados sino por el consentimiento mutuo de las partes o por las causas que autoriza la ley.

14. Una verdadera innovación representa en cambio el artículo 1104¹¹. Según el mismo, la buena fe se consagra como el tercer principio director del contrato. A diferencia del artículo 1160 del Código civil venezolano¹², el nuevo artículo 1104 de la reforma establece el deber de buena fe en la fase precontractual¹³ y en la fase de formación del contrato, antes establecida únicamente para la fase de ejecución del contrato¹⁴. Lo que representa una innovación es ciertamente la preeminencia que se le otorga al reconocerle un lugar como principio director del contrato al lado de la libertad contractual y de la fuerza obligatoria de los contratos y sobre todo el carácter de orden público que se le otorga. De manera que, a partir de la reforma, las partes no puede derogar los deberes que tienen como fundamento la buena fe contractual. Dicho carácter imperativo implica que su incumplimiento no solo puede acarrear la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino también justificar la paralización de una prerrogativa, como por ejemplo, el ejercicio de una cláusula resolutoria o bien la terminación del contrato.¹⁵ Como veremos más adelante, es sobre este fundamento que un principio de solidaridad y de justicia contractual invade el derecho de la reforma.

15. La reforma retoma la máxima de interpretación *specialia generalibus derogant* en su artículo 1105, reconocido en el artículo 1.140 del Código civil venezolano. En relación a la clasificación de los contratos retoma en su artículo 1106 la diferencia entre contratos sinalagmáticos y unilaterales, onerosos y gratuitos, así como contratos conmutativos y aleatorios, criterio de clasificación reconocidos en los artículos 1134, 1135, 1136 del Código civil venezolano. Representa sin duda una innovación importante el reconocimiento en términos positivos, en el artículo 1109 de la reforma, la clasificación de vieja data unánimemente aceptada por la doctrina entre contratos consensuales, solemnes y reales¹⁶. Más importante aún es el reconocimiento positivo en el artículo 110 de la reforma de la clasificación de los contratos paritarios y de los contratos de adhesión. Según el mencionado artículo los contratos paritarios

¹¹ Según este artículo, los “contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe. Esta disposición es de orden público”.

¹² José Annicchiarico y Claudia Madrid Martínez, “El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos”. En: *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, Caracas, 2012; Gonzalo Rodríguez Matos, “La buena fe en la ejecución del contrato”, en: *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 429; José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed. Corregida y ampliada Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2006, Serie Estudios, N° 61, , pp. 422-425. María Candelaria Domínguez, “Buena fe y relación obligatoria”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 11, 2018, p. 17-80.

¹³ Luciano Lupini, “La responsabilidad precontractual en Venezuela”, en: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre 1991, pp. 199 ss.; Gonzalo Rodríguez Matos, ob. cit., p. 429; José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 422-425.

¹⁴ Esta innovación solo existe desde el punto de vista formal pues ya la jurisprudencia francesa anterior a la reforma reconocía el deber de buena fe en la fase precontractual, a través de la ruptura abusiva de negociaciones, de la reticencia dolosa y del deber precontractual de información, reconocido también en la doctrina venezolana. Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la prévue des obligations*, 2 ed. Lexis Nexis, Paris, 2018, p. 62.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Una clasificación nueva, introducida en la reforma en su artículo 1111, es la de contrato marco. La misma fue introducida para justificar la regla según la cual la indeterminación del precio, como contenido del contrato, no es causa de nulidad de este tipo de contratos. Otra clasificación que introduce la reforma de forma positiva en su artículo 1111-1 es aquella que distingue entre contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva.

“son aquellos en los cuales las estipulaciones son negociables entre las partes”, y los contratos de adhesión, son aquello en los cuales “existe un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas previamente por una de las partes”¹⁷. Esta última clasificación permitirá generalizar la prohibición de las cláusulas abusivas todo tipo de contrato, dando entrada un principio de justicia contractual presente en el nuevo derecho de la reforma.

16. Teniendo en cuenta las disposiciones generales y la clasificación general esbozada, una parte de la doctrina francesa afirma que el derecho de la reforma no modifica la filosofía que inspiró el derecho anterior¹⁸. En efecto, para el profesor Chenedé, contrariamente a lo principios proclamados durante todo el siglo XX, de 1804 al 2016, el contrato nunca ha estado gobernado por el pretendido principio de la “autonomía de la voluntad”, desarrollado y sistematizado a los fines de su crítica por Gounot¹⁹, sino por la justicia conmutativa explicitada por Aristóteles y afinada por Santo Tomás²⁰.

17. La justicia contractual se entiende como el equilibrio querido voluntariamente por las partes, ¿quién mejor juez de su propio interés que las partes mismas? La justicia viene garantizada por la conmutatividad subjetiva del contrato, lo que justifica el respeto de la palabra dada y de los términos acordado por las partes. Sin embargo, se requiere que dicho equilibrio sea el realmente querido por las partes y no el producto de una voluntad imperfecta. Es por ello que en el sistema del Código de 1804 se estableció la protección de la voluntad cuando la voluntad estaba viciada por el error, el dolo o violencia. La lesión, o el desequilibrio económico de las prestaciones, no era una causa de nulidad sino en materia de menores, o en casos especialmente admitidos por la ley²¹.

18. Sin embargo, según el profesor Chenedé, ello suponía contratos negociados por personas de fuerza económica equivalente. El siglo veinte ha dado paso, sin embargo, al surgimiento de contratos impuestos por la parte más fuerte. Tal es el caso de los contratos de trabajo y de los contratos de consumo (contratos de

seguro, de transporte, de provisión de servicios bancarios, servicios básicos de suministro de agua, gas, electricidad, teléfono, entre otros). Igualmente dio paso a contratos de producción y de distribución en el cual una de las partes se encuentra en situación de dependencia económica. En estos contratos de adhesión, no puede presumirse que el equilibrio económico ha sido el querido por las partes. Y es que en

¹⁷ Este artículo corresponde a la definición aportada por ley de ratificación de 2018, la cual modifica la definición establecida en la ordenanza de 2016. En dicha versión, el contrato paritario era definido como aquel en el cual “las estipulaciones son libremente negociadas entre las partes” y el contrato de adhesión es definido como aquel en el cual “las condiciones generales, sustraídas de la negociación, son determinadas previamente por una de las partes”. La diferencia entre las dos definiciones está en el adjetivo negociables o negociadas, lo cual impide calificar de contrato de adhesión aquellos contratos en los cuales las condiciones no han sido negociadas peor que eran negociables al momento de la conclusión del contrato. Esta distinción es esencial en el derecho de la reforma pues la misma determina la nulidad de la “cláusulas abusivas” cuando el contrato se califica como contrato de adhesión. Sobre este tema volveremos en detalle más adelante.

¹⁸ François Chenedé, ob. cit., p. 28.

¹⁹ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, A Rousseau, Paris, 1912; Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, préface J.-Ph. Lévy, PUF, Paris, 1980.

²⁰ François Chenedé, “De l'autonomie de la volonté à justice conmutative. Du mythe à la réalité” en : *Annuaire de l'Institute Villey*, Paris, Dalloz, 2013, p. 155 s.

²¹ *Idem*.

los contratos de adhesión la voluntad de la parte débil es imperfecta ya que el consumidor no conoce o puede negociar los efectos de las cláusulas impuestas por la parte más fuerte. Igualmente, en los contratos de dependencia económica, la libre voluntad de la parte débil es imperfecta, la parte económicamente dependiente, no tiene otra alternativa que someterse a las condiciones favorables a su contratante, quien es libre de actuar de forma independiente²².

19. Para una parte de la doctrina, el derecho de la reforma en materia de contratos no es una innovación del derecho contemporáneo, sino la constatación de la ausencia de justicia material presente en todas aquellas convenciones que presentan un desequilibrio significativo, y la cual es el resultado de la imposición de términos y condiciones de la parte fuerte a la parte débil del contrato. Ello ha llevado al legislador y a la jurisprudencia en Francia a proponer ciertos remedios a fin de lograr la justicia material como finalidad del mecanismo contractual.

20. Así, el legislador reguló de forma imperativa el contrato de trabajo, los contratos de consumo, creando un derecho de consumo y derecho a la libre competencia, y regulando los contratos más comunes como el contrato de arrendamiento, el contrato de seguro, los contratos bancarios, por mencionar algunos de los más relevantes²³. En particular en Francia, la jurisprudencia buscó remediar estos desequilibrios creando la obligación de información a través de las normas relativas al dolo; regulando la determinación unilateral del precio a través de la noción de la buena fe; anulando cláusulas limitativas de responsabilidad a través de la figura de la ausencia de causa; prohibiendo la explotación del estado de dependencia económica a través de la noción de la violencia económica, entre otros mecanismos. El nuevo derecho de los contratos toma en cuenta esta constatación, y en busca garantizar la justicia contractual, admite en forma general la nulidad de la cláusula abusivas en los contratos de adhesión, la nulidad por abuso de la dependencia económica, y la revisión del contrato por imprevisión. Este último mecanismo sobre la base de que el desequilibrio económico del contrato por un hecho imprevisible no es un hecho querido por las partes²⁴.

21. Por más que intente negarse, al menos desde el punto de vista del derecho venezolano, el derecho de la reforma francesa implica el reconocimiento por el legislador de un nuevo paradigma, el cual debe convivir con la interpretación clásica de los contratos de la primera mitad del siglo veinte seguida en Venezuela. Si bien la justicia es uno de los objetivos de la reforma, la reforma es el resultado de una transacción que busca armonizar los distintos principios directores del contrato tales como la libertad, la seguridad y la eficacia (utilidad) del contrato. Dichos principios directores del contrato conviven en el nuevo derecho de contrato francés. Al analizar las innovaciones en relación a la formación, interpretación y efectos del contrato podrán verificarse la vigencia y alcance de los mismos²⁵.

2. La formación del contrato

22. En relación a la formación del contrato, el nuevo derecho de contratos francés innova con respecto al Código de 1804. En efecto, el derecho de la reforma incluye

²² *Idem*.

²³ *Ibid.*, p. 29.

²⁴ François Chenede, “La ‘crise du contrat’ ou la mise à l’épreuve du titre II du Livre II du Code civil”, en : *La crise des institutions*, LGDJ, Paris, 2016, p. 53. s.

²⁵ Denis Mazeaud, “Présentation du projet de réforme du droit des contrats”, en : *Nuevas tendencias en el derecho privado y reforma del código civil francés*, (Dir. J. Annicchiarico et al.), EJC, Caracas, 2015.

normas a los fines de regular el período de negociación del contrato (i), los deberes de información y confidencialidad (ii), la formación del consentimiento (iii) y los pre-contratos (iv). Si bien el derecho venezolano, siguiendo el proyecto franco-italiano de las obligaciones y los contratos incluía normas relacionadas a la formación del consentimiento, nada establecía en relación a los otros aspectos mencionados. Nos corresponde ver aquí cuales son estas nuevas regulaciones.

A. Negociación del contrato

23. Tal como lo establecía la jurisprudencia anterior a la reforma²⁶ el artículo 1112 del nuevo Código civil francés establece que la iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres con la sola limitación establecida para la ruptura abusiva de la fase de negociación. Se prohíbe igualmente cualquier otra conducta contraria a la buena fe. En relación a la iniciativa de las negociaciones, será sancionado por actuar de mala fe quien inicia negociaciones sin la intención de concluir el contrato. En relación al desarrollo de las negociaciones, será sancionado la parte que continúa negociando sin tener la intención de concluir el contrato, así como aquella que no suministra la información necesaria para negociar, que obstruye la negociación sin justificación o bien que alarga la negociación a fin de obtener información de su competidor.

24. En relación a la ruptura abusiva, será sancionado quien, aun siendo libre de no concluir el contrato, lo hace de manera abrupta o bien incita a la otra parte a creer en la conclusión del contrato o a la realización de gastos o inversiones sin revelar su verdadera falta de disposición a concluir el contrato. El mismo artículo 1112 precisa que la responsabilidad por violación del deber de buena fe en la fase precontractual no puede sin embargo tener por objeto compensar la pérdida de la ventaja esperadas del contrato no concluido, ni la pérdida del chance de obtener dichas ventajas. La responsabilidad en todo caso es siempre de carácter extracontractual.

B. Deberes pre-contractuales

25. La obligación de información precontractual: La obligación de información precontractual es una novedad de la reforma. Según el nuevo artículo 1112-1 la parte que conozca una información cuya importancia es determinante del consentimiento de la otra parte tiene la obligación de informarla siempre que la otra parte, legítimamente, ignore dicha información o se ha confiado de su co-contratante. La obligación de información precontractual es una norma de orden público, basada en el deber pre-contractual de buena fe y está sujeta a tres condiciones. En primer lugar, la información debe ser determinante del consentimiento de la otra parte, es decir, aquella información que tiene una relación directa con el contenido del contrato o con una cualidad de las partes. Consagrando la jurisprudencia anterior a la reforma²⁷, esta obligación no concierne la estimación del valor de la prestación. De manera que corresponde al acreedor de la información informarse sobre el valor de la prestación debida a la cual tiene derecho. En segundo lugar, el deber de información no pesa

²⁶ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Dalloz, Paris, 2015, t. 2, n° 142 : Com. 26 nov. 2003, (Manoukian).

²⁷ Henri Capitant, François Terré, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, n° 151, ver: *Baldus et Theullion*, Civ. 1^o, 3 mai 2000, *Bull., civ. I*, n° 131; Civ. 3^o, 17 janv. 2007. “*L’acquéreur, meme professionnel, n’est pas tenu d’une obligation d’information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis*”. Ver también Murie Fabre- Magan, *Le devoir d’informaiton dans le contrats: essai de tableau général après la reforme*, JCP G., Paris, 2016, p. 706.

sino sobre la parte que tenía conocimiento de la información determinante, y no sobre la parte que debía conocer esta información. En tercer lugar, dicho deber no beneficia sino a quien legítimamente ignoraba la información o tenía razones para confiar en el dicho del co-contratante. Es decir, aquellos casos en los cuales el contratante no podía descubrir la información oculta por sus propios medios, o podía confiar en que la otra persona, dada la naturaleza de la relación, tendría la iniciativa de informarla. Las sanciones al incumplimiento a la obligación precontractual de información son la indemnización de daños y perjuicios, y la nulidad del contrato siempre que las condiciones del dolo se encuentren reunidas.

26. La obligación precontractual de confidencialidad. Esta obligación es igualmente una innovación no prevista en el derecho positivo anterior a la reforma, tampoco prevista en el derecho venezolano. En efecto, según el artículo 1112-2, el que sin autorización utiliza o divulga una información confidencial, obtenida con ocasión de las negociaciones, compromete su responsabilidad patrimonial. La crítica probable a este artículo es la falta de determinación de qué debe entenderse por información confidencial cuando las partes no han convenido sobre este aspecto.

C. La formación del consentimiento

27. Contrariamente al silencio en esta materia en el Código civil de 1804, la reforma regula en forma detallada el proceso de formación del consentimiento. El Código civil venezolano, siguiendo el proyecto franco-italiano de obligaciones ya había legislado sobre este aspecto esencial de la formación del contrato²⁸. Conviene sin embargo resaltar las precisiones sobre elementos comunes de la regulación, así como las innovaciones y diferencias con respecto al derecho venezolano:

28. El derecho de la reforma inicialmente precisa en su artículo 1113 que el contrato se forma por el recuento de la oferta y de la demanda. La voluntad en ambos casos puede derivar de una declaración o de un comportamiento inequívoco de su autor. La oferta puede ser dirigida a una persona determinada o al público, la misma debe ser “precisa”, es decir contener los elementos esenciales del contrato y debe expresar la voluntad de su autor de quedar obligado en caso de aceptación. De lo contrario existe solo una invitación a negociar. Si bien aquí no existe diferencia con el derecho venezolano²⁹, salvo por su consagración positiva, el derecho francés de la reforma difiere sustancialmente en relación a los efectos de la oferta con plazo. En efecto, según el artículo 1116 del nuevo Código civil francés, si bien la oferta con plazo no puede ser revocada antes de la expiración del lapso, la revocación sin embargo impide la formación del contrato y obliga al oferente únicamente a indemnizar los daños y perjuicios causados sin que esté obligado a reparar la pérdida de la ventaja que el destinatario podía esperar del contrato³⁰.

29. Según el nuevo derecho, toda oferta tiene un plazo, la misma es fijada por el autor, o por el contrario, el plazo es deducido de forma razonable. De manera que la reforma niega la posibilidad del oferente de establecer unilateralmente un compromiso en relación al lapso de aceptación, como es admitido en el derecho venezolano y por el derecho francés anterior a la reforma. Conforme a esta nueva solución, el derecho de la reforma establece la caducidad de la oferta en caso de muerte o de incapacidad sobrevenida tanto del solicitante como del destinatario de la oferta, des-

²⁸ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., p. 101. Ver también: María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III*, ob. cit., p. 491.

²⁹ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., p. 120

³⁰ *Ibid.*, p. 117

cartando así que la oferta con plazo pueda constituir un compromiso unilateral de la voluntad como sucede en el derecho venezolano.

30. El nuevo artículo 1120 de la reforma precisa los efectos de la aceptación. De forma positiva establece como principio que el silencio no vale aceptación salvo en cuatro circunstancias. Esto es: cuando la ley así lo determina, en razón del uso, en relaciones de negocios y en circunstancias particulares. Esta última excepción comprende, entre otras, los casos en los que la oferta es realizada en el exclusivo interés del destinatario de la oferta, por ejemplo cuando el solicitante ofrece la remisión de una deuda. El artículo 1121 de la reforma reconoce el principio de la recepción, la cual difiere del principio del conocimiento adoptado por el derecho venezolano, aun cuando el mismo se presume con la recepción³¹.

D. Los precontratos

31. El nuevo derecho de los contratos en Francia, a la diferencia del derecho anterior y del derecho venezolano, regula dos tipos de precontratos: los pactos de preferencia y las promesas unilaterales de contrato. Sin embargo, nada dice en relación a la promesa bilateral de contrato, ni tampoco a los llamados contras preliminares en la doctrina italiana, retomados por una parte de la doctrina venezolana³². La razón de dicho tratamiento reside en la confusión reinante en la jurisprudencia francesa en relación a los efectos de la violación del pacto de preferencia y de la promesa unilateral del contrato. La reforma aprovecha en este sentido a resolver un problema práctico presente sin proceder a regular toda la disciplina de los precontratos en general. De hecho, el derecho de la reforma consagra solo dos artículos, el artículo 1123 y el artículo 1124, dejando a la jurisprudencia y a la doctrina la determinación del régimen jurídico aplicable a los mismos. Dicho esto, desde el punto de vista del derecho venezolano, y del derecho anterior, la reforma representa sin duda una innovación pues viene a llenar de forma positiva un vacío en relación a los efectos de ambas instituciones.

32. Así, según el nuevo artículo 1123 del Código civil francés, el pacto de preferencia es definido como un acuerdo por el cual una parte se compromete a ofrecer prioritariamente la celebración contrato al beneficiario del pacto de preferencia, en el caso que esta decida contratar. Según el mismo artículo, la violación del pacto de preferencia permite al beneficiario demandar la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, cuando el tercero conocía la existencia del pacto, el beneficiario del pacto tiene derecho a optar entre demandar la nulidad del contrato celebrado en violación del pacto de preferencia o solicitar al juez que lo substituya en la persona del tercero en el contrato³³. En caso de duda, el tercero tiene el derecho de solicitar por escrito al beneficiario del pacto de preferencia que confirme en un lapso determinado la existencia del pacto y de su voluntad de querer beneficiarse del mismo. Dicha fa-

³¹ *Ibid.*, p. 139.

³² Luciano Lupini, "El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa", en: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2010, Serie Eventos No 23, 2007.

³³ Esta es la solución de derecho constante, no escrita, pero reconocida por la jurisprudencia anterior a la reforma. Ver: Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^o éd., 2008, Paris, Dalloz, 2015, n^o 258, (Ch. Mixte 26 mai 2006). "Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir".

cultad es denominada: “interpelación interrogatoria” (*Interpellation interrogatoire*). La misma, según el artículo 1123 de la reforma, debe ser realizada por escrito y debe indicar que, a falta de respuesta dentro de un lapso razonable, el beneficiario será privado de su derecho a demandar la nulidad o la substitución, no así su derecho a demandar la indemnización de daños y perjuicios.

33. En cuanto a la nueva regulación de la promesa unilateral de contrato, el nuevo artículo 1124 la define como el contrato por el cual una parte, el promitente, acuerda a otra, el beneficiario, el derecho de optar a la conclusión de un contrato cuyos elementos esenciales han sido ya determinados, y que para la formación del cual únicamente falta la voluntad del beneficiario. Es la figura de la opción de contrato, bien admitida por el derecho francés constante, anterior a la reforma, y seguida por la doctrina venezolana³⁴. Según el mismo artículo 1124, la revocación de la promesa no impide la formación del contrato prometido si el beneficiario ejerce la opción. La reforma igualmente establece que el contrato celebrado en violación de la promesa unilateral con un tercero que conocía la existencia de la misma es nulo. Dicha solución es una solución que rompe con la jurisprudencia anterior a la reforma, la cual establecía que la revocación impedía la formación del contrato y condenaba al deudor de la promesa únicamente el pago de daños y perjuicios³⁵. La solución adoptada por la reforma en relación a la validez de la revocación es la interpretación ampliamente aceptada por la doctrina venezolana a la hora actual³⁶, y por una parte de la doctrina francesa que privilegia la ejecución en especie y el respeto de la palabra dada³⁷.

3. La validez del contrato

34. Las condiciones de validez del contrato en el derecho anterior a la reforma, seguido por el derecho venezolano, eran la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa³⁸. El nuevo derecho francés de los contratos innova sensiblemente en relación a las condiciones de validez del contrato, sustituyendo el objeto por el “contenido lícito y cierto”, y eliminando la causa como condición de validez del mismo. En efecto, según el nuevo artículo 1128 del Código civil francés, son condiciones necesarias a la validez del contrato: (ii) El consentimiento de las partes; (i) su capacidad de contratar (iii) un contenido lícito y cierto, y según sea el caso la forma (iv). Corresponde aquí analizar si dichos cambios representan un cambio de paradigma en relación al derecho de los contratos anterior a la reforma, seguido por el derecho venezolano.

³⁴ Luciano Lupini, ob. cit., p. 139.; Mauricio Rodríguez Ferrara, *El contrato de opción*, 2ª ed., Livrosca, Caracas, 1998; Mauricio Rodríguez Ferrara, “Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de opción”, en: *Anuario Jurídico del Colegio de Abogados del Estado Mérida* No 3, 1994, pp. 79-93; Mauricio Rodríguez Ferrara, “Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de opción”, en: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes*, No 18, 1994, pp. 47-63.

³⁵ Civ. 3º, 15 déc. 1993, arret Cruz, *Bull. Civ. III*, nº 174; iJCP G 1995, II, 22366, D. Mazeaud; *Defrenois i* 1994, 795, obs. Ph. Delebecque; *RTD civ.* 1994, 588, obs. Crit. J. Mestre. Ver también el *Rapport Pillet*, p. 44.

³⁶ Ver Luciano Lupini, ob. cit.

³⁷ Por un desarrollo de los distintos escenarios que pueden presentarse ver: Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 179 ss.

³⁸ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., p. 59 ss. Ver también: María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III*, ob. cit., p. 490. Ver Según el artículo 1.141 del Código Civil son condiciones de “existencia” de los contratos el “consentimiento de las partes”, el “objeto que pueda ser materia de contrato”; y una “causa lícita”. Según el artículo 1.142 del mismo Código, el contrato puede ser “anulado... por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y por vicios del consentimiento”.

A Capacidad de contratar

35. El derecho de la reforma no innova en relación a la capacidad de contratar, simplemente organiza las reglas, todas bien conocidas en el derecho venezolano. Por el contrario, la reforma innova al regular en forma sistemática la representación. Si bien ello no constituye un avance en relación al derecho venezolano, el contenido de dicha regulación es innovadora en ciertos aspectos los cuales vale la pena resaltar.

36. Así, según el artículo 1153 de la reforma, en la representación, sea esta legal, judicial o convencional, el representante no tiene derecho a actuar en nombre del representado sino dentro de los límites de los poderes otorgados. Según el artículo 1154, si el representado actúa en nombre y por cuenta del representado, el representado queda vinculado por los actos celebrados por el representante. Si en cambio el representado actúa por la cuenta de otro, pero en su propio nombre, el representante es el único obligado frente al contratante. Según el artículo 1155, cuando los poderes de representante son definidos en términos generales, el mismo no cubre que los actos de conservación y de administración. Cuando el poder es otorgado en términos especiales, el representante puede realizar únicamente los actos para los cuales ha sido autorizado y aquellos que le son accesorios. Hasta aquí, la reforma no innova en relación a las reglas del derecho venezolano establecidas para el contrato de mandato³⁹.

37. Probablemente la diferencia más importante en relación al derecho anterior, reside en la sanción a los actos del representado realizados fuera de límites de las facultades otorgadas o en contra del interés del representado. Así, según el nuevo artículo 1156 del Código civil francés, los actos realizados por el representante sin poder, más allá de sus poderes o en contra de los intereses del representado no son oponibles al representado. Ello es así salvo si el mandato es aparente, es decir, salvo en aquellos casos en los que el tercero de buena fe al contratar tenga razones para confiar en la suficiencia del poder del representante, en razón del comportamiento o de las declaraciones realizadas por el representado. Según el mismo artículo, cuando el tercero contratante ignoraba que el representante actuaba sin poder o más allá de sus poderes, este puede invocar la nulidad del acto. Como es obvio, la inoponibilidad y la nulidad no pueden ser invocadas si el representado ha ratificado el acto.

38. Más interesante es sin embargo la sanción establecida para el caso en el cual el representante utilice los poderes otorgados en detrimento de los intereses del representado. Se trata de la figura de desviación de poder (*détournement de pouvoir*). En efecto, según el nuevo artículo 1157 de la reforma, cuando el representante utiliza los poderes que le han sido conferido en detrimento del interés del representado, el representado tiene derecho a invocar la nulidad del acto si el tercero tenía conocimiento de la desviación o no podía ignorarla. Se trata aquí de la aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*, cuya sanción es la nulidad. Ahora bien, la desviación de poder vicia de nulidad el acto si se cumplen dos condiciones. Primero el acto debe causar un perjuicio al representado, y en segundo lugar, el tercero contratante debe actuar de mala fe, sea porque conocía la desviación o porque no podía ignorarla. Si el tercero actúa de buena fe, el representado no podrá pedir la nulidad del acto, pero podrá exigir la responsabilidad patrimonial del representante. Dichas soluciones que la reforma adopta de forma positiva corresponden en cualquier caso a la aplicación del principio según el cual el fraude vicia todo negocio jurídico, en nuestra opinión plenamente

³⁹ José Mélich-Orsini, *La representación voluntaria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007; José Luis Aguilar Gorrondona, *Contratos y garantías. Derecho civil IV*, 22° ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, p. 420.

aplicables en el derecho venezolano a pesar de la ausencia de norma positiva en este sentido.

B. El consentimiento de las partes

39. Según el artículo 1129 de la reforma del Código civil francés, el contratante debe ser sano de espíritu para poder dar su consentimiento válido y quedar obligado por un contrato. Esta regla se encontraba ya presente el artículo 441-1 anterior a la reforma. El mismo asegura la protección de las personas que sin estar sujetas a un régimen de protección legal tal como la tutela o a curatela son víctima de problemas psicológicos o defectos intelectuales no permanentes como por ejemplo la demencia senil, o la debilidad. Dicha norma representa sin duda un avance en relación a la protección ofrecida a las personas por el código civil venezolano⁴⁰. Según el nuevo artículo 1130 el error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando son determinantes. Los vicios son determinantes si según las condiciones particulares de los contratantes, estos no habrían contratado o habrían contratado en términos substancialmente diferentes si no existiera el vicio. Según el nuevo artículo 1131, estos vicios son una causa de nulidad relativa del contrato.

40. El error. Los artículos 1131 al 1136 consolidan las condiciones del error como sanción. Así, el artículo 1131 establece que la sanción de los vicios del consentimiento es la nulidad relativa. El artículo 1132 establece que el error es causa de nulidad cuando recae sobre una cualidad esencial de la prestación o de los contratantes, sea este de hecho o de derecho, pero no cuando recae sobre el alea en relación a la cualidad esencial de una de las prestaciones, si este alea ha sido aceptado. El artículo 1133 determina el carácter subjetivo del error esencial, es decir, aquellas circunstancias esenciales expresa o tácitamente convenidas por las partes. El error es causa de nulidad incluso si recae sobre una cualidad esencial de la prestación del *errans*⁴¹. Según el artículo 1134, el error sobre una cualidad esencial del co-contratante no es causa nulidad salvo cuando se contrata en consideración de la persona. Según el artículo 1135, el error en cambio es indiferente cuando recae sobre el motivo de una de las partes, salvo si las partes lo han hecho un elemento determinante del consentimiento o cuando es motivo de una liberalidad. Por último, según el artículo 1136, el error es indiferente cuando recae sobre el valor de la prestación, salvo cuando el error sobre el valor es producto de un error sobre una cualidad esencial de la cosa⁴².

41. El dolo. Según el nuevo artículo 1137 de la reforma, el dolo como vicio del consentimiento se define como el hecho de un contratante de obtener el consentimiento de la otra parte a través de maniobras o mentiras. La innovación, al menos desde el punto de vista positivo, es el reconocimiento de la reticencia dolosa como causal de nulidad del contrato. En efecto, según ese mismo artículo, constituye igualmente dolo la disimulación intencional de una información por un contratante que conoce el carácter determinante de la misma para el otro contratante. No hay dolo sin embargo

⁴⁰ Para un estudio detallado ver: Enrique Urdaneta Fontiveros, *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010; y Enrique Urdaneta Fontiveros, "Principales innovaciones en materia de vicios del consentimiento en la reforma del Código Civil Francés de 2016", en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 157, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, pp. 516-559.

⁴¹ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Op. cit., t. 2, n° 147. Arret Poussin. Civ. 1°, 22 février 1978, *GAJC*,

⁴² Gilles Goubeaux, "A propos de l'erreur sur la valeur", en : *Etudes offertes à J. Ghustin, Le contrat au début du XX^{ème} siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 395.

cuando una parte no revela la estimación del valor de la prestación. Es importante señalar que se admite la posibilidad del dolo sin error, así como la nulidad en caso de “captación” o de “sugestión” que vician el consentimiento en caso de liberalidades⁴³. El artículo 1138 de la reforma admite que el vicio del dolo existe igualmente cuando es provocado por un tercero, lo cual es una solución admitida en el derecho venezolano desde 1942, sin embargo es necesario que el tercero actúe connivencia con el parte que se beneficia del dolo⁴⁴. Una innovación sin embargo que vale la pena resaltar, al menos desde su reconocimiento positivo, es que el dolo, según el nuevo artículo 1139 de la reforma, constituye una causal de nulidad incluso si el error que provoca en la otra parte no es excusable, versa sobre el valor de la prestación, o incluso sobre un motivo del contrato con tal que sea determinante. En relación al valor de la prestación se requiere un acto positivo y no la simple abstención de revelar el valor estimado de la prestación. Se trata en este caso de sancionar a quien actúa con la intención de causar un daño más que de proteger el consentimiento de la víctima. Por último, el dolo es causa de nulidad cuando la víctima no habría contrato o habría contratado bajo condiciones sustancialmente diversas si no hubiese existido el engaño o la manipulación. En este sentido, se puede pensar que se da entrada al dolo incidental como causa de nulidad del contrato. El dolo, aún si no reúne las condiciones para solicitar la nulidad del acto, permite en todo caso a la víctima demandar la indemnización de daños y perjuicios.

42. La violencia. En relación a la violencia como vicio del consentimiento los nuevos artículos 1140, 1141 y 1142 de la reforma comprende por lo esencial la regulación establecida en el derecho venezolano⁴⁵. La gran innovación de la reforma está en el artículo 1143, el cual consagra el vicio de violencia económica o psicológica, llamada por algunos, *violencia contextual*. Según este artículo, existe igualmente violencia cuando una de las partes, abusando del estado de dependencia en el cual se encuentra su co-contratante con respecto de esta, obtiene un compromiso que el co-contratante no habría suscrito en ausencia de dicha intimidación, y saca del mismo un provecho excesivo.

43. Tres condiciones son necesarias para la configuración de la violencia económica o psicológica según la reforma. En primer lugar, es necesario que exista entre una parte y la otra un estado de dependencia. Cualquier relación de dependencia es suficiente para configurar este primer requisito, no solamente la económica, sino también la psicológica, como es el caso de los enfermos, de las personas de edad avanzada, así como las personas con debilidades de orden psicológico. Se trata así de la consagración de una especie de incapacidad de hecho. Sin embargo, a los fines de limitar el alcance de este nuevo vicio a todo tipo de vulnerabilidad, se estableció, como condición de procedencia del vicio, la necesidad de que la relación de dependencia se dé entre una de las partes contratantes y la otra. De manera que se excluye la vulnerabilidad o dependencia económica o psicológica con terceras personas. En segundo lugar, es necesario que la parte en posición de superioridad obtenga del compromiso inducido una ventaja manifiestamente excesiva. Dicha condición no supone el desequilibrio excesivo de las prestaciones propio de los contratos onerosos y per-

⁴³ Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1970, p. 70. Christian Larroumet et Sarah Bros, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, les contrat*, 8° ed., Economica, Paris, 2016, n° 373.

⁴⁴ Enrique Urdaneta Fontiveros, “Principales innovaciones en materia de vicios del consentimiento”, ob. cit., p. 516-559.

⁴⁵ *Ibid.*, Enrique Urdaneta Fontiveros, E. *El error; el dolo y la violencia*, ob. cit. pp. 547 ss.

mite la configuración del vicio en los negocios jurídicos a título gratuito tales como los testamentos, las donaciones, la determinación del beneficiario en los seguros de vida, entre otros⁴⁶. Como tercera condición, es necesario que exista un “abuso” o “actuación ilegítima” de parte del contratante en posición de superioridad⁴⁷. Sin embargo, según el *Rapport Pillier*, esta condición se cumple en principio, con la obtención de la ventaja manifiestamente excesiva.

C. Un contenido lícito y cierto del contrato.

44. Una de las innovaciones más importante de la reforma es la introducción de la noción de contenido del contrato. La misma remplace el objeto y la causa como elementos de validez del contrato. En términos generales, si bien la reforma emplea una nueva palabra para englobar estos dos elementos, la regulación clásica del objeto y de la causa permanecen en mayor o menor medida en los artículos destinados a regular el contenido del contrato. Así, el nuevo artículo 1228 del Código civil francés establece que son elementos necesarios a la validez del contrato, el consentimiento de las partes, su capacidad de contratar y un contenido lícito y cierto. El artículo 1162 establece por su parte que el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones, ni por su finalidad, independientemente que las misma sea conocida por una o por ambas partes. Es claro que la reforma substituye la palabra “estipulaciones” por “objeto del contrato”, y “fin del contrato” por “causa del contrato”, sin modificar en su esencia el desarrollo teórico clásico sobre la teoría del objeto y la teoría de la causa. Si bien el cambio es manifiesto en la forma, en el fondo no pareciera existir ninguna modificación en relación a los mecanismos de control de la conformidad del contrato a la ley y al orden público en general. Es cierto que las buenas costumbres no se mencionan, sin embargo, la misma debe entenderse incluida en la noción de orden público. Incluso la función de la causa se precisa, pues según el artículo 1162 la ilegalidad del fin del contrato, antigua causa del contrato es causal de su nulidad incluso si ella corresponde a la finalidad de una sola de las partes del contrato. La noción de la causa de la obligación, como justificación económica en los contratos a título oneroso se recoge como un vicio de nulidad del contrato en los nuevos artículos 1135 al 1, 1169, 1170 y 1186 de la reforma como veremos más adelante. De manera que pareciera que, a partir de la reforma, el código civil francés es incluso más casuística que antes aun cuando se elimina la palabra causa del texto. Ello es así pues todas las funciones reconocidas por la jurisprudencia a la causa ahora son reconocidas de forma positiva.

45. El artículo 1163 de la reforma, por su parte, ratifica la teoría del objeto del contrato cuando afirma que el objeto de la obligación contractual es la prestación, sea esta presente o futura. La prestación, como expresión del contenido del contrato, debe ser no solo cierta (art. 1128-3º) y lícita (art. 1162), sino también, posible y determinada o determinable (art. 1163). Nada innova en este sentido la reforma del código en relación al derecho venezolano. El artículo 1164 regula los contratos marco y, como excepción a los requisitos de validez de la prestación, establece que en dicho tipo de contratos el precio puede ser fijado unilateralmente por una de las partes, siempre que el mismo pueda ser motivado en caso de contestación. El abuso en la fijación de forma unilateral del precio da derecho a la otra parte a reclamar la indemnización de daños y perjuicios, y según el caso, a la resolución del contrato.

⁴⁶ *Rapport Pillier*, p. 50

⁴⁷ G. Loiseau, *G.P.*, 3-4 sept, 2015, p. 56; M. Mignot, *LPA*, 7 mars 2016, p. 7.; H. Barbier, *JCP* 2016, 421.

El nuevo artículo 1165 de la reforma, extiende la norma anterior a los contratos de prestación de servicio. En los mismos, el acreedor del precio puede fijar el precio de manera unilateral si las partes no se han puesto de acuerdo de forma anticipada. De esta manera, se establece como una norma de carácter general aplicable a los contratos de servicio, la norma relativa a la fijación del precio aplicable a los contratos de obra. Según el artículo 1163, la calidad de la prestación no corresponde a la calidad media establecida en el artículo 1294 del Código civil venezolano –artículo 1246 Código civil francés anterior a la reforma–, la calidad de la prestación según la reforma debe corresponder a las expectativas legítimas de las partes en consideración a la naturaleza de la prestación, el uso, y el valor de la contraprestación.

46. El artículo 1167 de la reforma innova igualmente pues establece, de forma positiva, un principio de sentido común, el cual puede ser de gran importancia práctica en países con altos índices de inflación y en el cual los precios se fijan o se indexan en relación a índices publicados por autoridades o por organismos especializados. Así, el artículo 1167 establece que cuando el precio u otro elemento del contrato debe ser determinado por referencia a un índice que no existe o que ha dejado de existir o de ser accesible, dicha referencia debe ser remplazada por el índice que más se aproxime.

47. Por su parte, el artículo 1168 reafirma la indiferencia de la lesión en los contratos sinalagmáticos y confirma el principio de la conmutatividad subjetiva, salvo en los casos autorizados por la ley. El artículo 1169 regula la nulidad del contrato por causa irrisoria o ilusoria, sin mencionar evidentemente dicho elemento, el cual formalmente ha sido eliminado en la reforma. Según este artículo, un contrato a título oneroso es nulo cuando, en el momento de su formación, la “contrapartida” convenida en beneficio de quien se obliga es ilusoria o irrisoria. En lugar de hablar de causa de la obligación la reforma se vale del término “contrapartida”. Las soluciones aplicables en el derecho constante anterior, reconocidas por la doctrina en el derecho venezolano, se mantienen a pesar del cambio de terminología. El derecho de la reforma utilizando el término “fin” para reemplazar la noción de la *causa del contrato* y el término “contrapartida” para reemplazar la noción de la *causa de la obligación*, a pesar de abandonar la palabra “causa”, reafirma en forma positiva sus funciones esenciales, de manera que el sistema francés continúa a la cabeza de los sistemas casualistas⁴⁸.

48. El artículo 1170 consagra la famosa *arrêt Chronopost*, al establecer que toda cláusula que priva de su substancia a la obligación esencial del deudor se reputa no escrita⁴⁹. El sentido de esta decisión era extender la protección de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a los contratos entre profesionales. Sin embargo, como veremos, con la consagración en forma general de la nulidad de las cláusulas abusivas en todo contrato de adhesión, más allá de las relaciones de consumo, la finalidad de la decisión pierde relevancia. En realidad, cuando una cláusula vacía de contenido la obligación esencial de una de las partes, la obligación de la otra parte pierde su causa objetiva. La sanción debería ser sin duda la nulidad del contrato en aplicación del artículo 1169 de la reforma. Sin embargo, la sanción es la nulidad de la cláusula, y con ella la intervención del contrato por el juez en miras de la justicia

⁴⁸ A. Ghozi, et Y. Lequette, *D.* 2008, 2909, N° 16; T. Genicon, *D.* 2015. 1551; François Chenede, “La cause est morte... vive la cause?”, en: *CCC* 2016, étude 4; Yves Lequette, “Y aura-t-il encore en France, l’an prochain, un droit commun des contrats”, en: *RDC* 2015, pp. 618-619; Pierre Catala, *Defrenois* 2008, 2365.

⁴⁹ Com. 22 Oct. 1996, *GAJC*, t. 2, n° 157. Ver también, la decisión *Faurecia II*: Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11.841: *Bull. Civ.* 2010, IV, n° 115, *RDC* 2010/4, p. 1220, Obs. Y.-M. Laithier, p. 1253, Obs. O. Deshayes; *D.* 2010, 1832, note Mazeaud.

contractual. Ello incluso si lo anterior no refleja la voluntad inicial de las partes. Se trata de un mecanismo refacción del contrato por la ley más allá de la voluntad de las partes, lo cual se inscribe dentro de los objetivos de la reforma la cual persigue consolidar la justicia y la utilidad del contrato, más allá de la libre voluntad de los contratantes, cuando se presume que dicha voluntad, dado el desequilibrio significativo de las prestaciones, no es libre o consciente.

49. Una de las innovaciones más emblemáticas de la reforma es la protección general de la parte débil contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Dicha innovación representa una evolución remarcable en relación al derecho venezolano⁵⁰, incluso si, en el calor de la reforma, un sector de la doctrina promueve su admisión en el derecho venezolano vigente⁵¹. Con anterioridad a la reforma del Código civil francés, la protección contra las cláusulas abusivas estaba limitada a relaciones de consumo y la protección contra el abuso de posición dominante entre comerciantes. El nuevo artículo 1171 extiende dicha protección como un principio aplicable en forma general al conjunto de cláusulas no negociables de un contrato de adhesión, independientemente de la calificación de las partes contratantes y de la relación entre ellas. El legislador francés asume que, si una parte es capaz de imponer a otra parte cláusulas no negociables, es porque una actúa en un grado de inferioridad o de dependencia con respecto a la otra y que su voluntad es imperfectamente libre o consciente. De manera que las cláusulas no negociables dentro de un contrato de adhesión que creen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes se reputan no escritas.

50. Es importante señalar que solo los contratos que califiquen como contratos de adhesión son sometidos a la regulación del nuevo artículo 1171. Si bien la definición no aparece del artículo, entran dentro de la categoría de contrato de adhesión aquellos contratos que comprenden un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas previamente a la formación del contrato por una de las partes⁵². A los efectos de armonizar este artículo con el principio de la conmutatividad subjetiva del contrato, y la indiferencia en relación la lesión objetiva como vicio de nulidad del contrato, la apreciación del desequilibrio significativo no puede recaer ni sobre el objeto principal del contrato, ni sobre la equivalencia de las prestaciones o la adecuación del precio y la prestación de la otra parte. Esta manera de presentar la protección del artículo 1171, si bien es una innovación que permite asegurar el cumplimiento del principio de la

⁵⁰ Gert Kummerow, *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho Privado*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Caracas, 1956, Vol. XVI; Alfredo Morles Hernández, “La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 132, 2008, p. 131-152; José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., p. 51-53; José Annicchiarico y Claudia Madrid Martínez, ob. cit., pp. 29-32.

⁵¹ Carlos Acedo Sucre, *Cláusulas Abusivas y contrato de adhesión*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

⁵² Para un recuento de la discusión doctrinal y parlamentaria ver: François Chenede, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 2° ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 70-77; Thierry Revet, “Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés”, en : *D.* 2015, p. 1217; Thierry Revet, “Les critères du contrat d’adhésion. Article 1110 nouveau Code civil”, en: *D.* 2016, p. 1771; François Chenede, “Le contrat de adhésion dans le projet de réforme”, *D.* 2015, 1226; François Chenede, “Le contrat d’adhésion de l’article 1110 nouveau Code civil”, *JCP* 2016. 776; François Chenede, “Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats” *D.* 2017. 2214; Thierry Revet, “L’incohérent cantonnement, par l’Assemblée nationale, du contrat de adhésion au contrat de masse”, en: *D.* 2018, p. 124.

justicia contractual, la misma está limitada a las cláusulas accesorias no negociables de un contrato. Esta protección nunca actúa sobre las cláusulas que determinan la obligación característica y el precio, o sobre las cláusulas particulares, a condición de que estas últimas sean negociables, aun cuando las mismas no hayan sido negociadas.

D. La forma

51. El nuevo derecho francés de los contratos dedica una disposición a los contratos solemnes y otra a los contratos reales, retomando así la doctrina ampliamente aceptada en derecho anterior a la reforma, y seguida en el derecho venezolano⁵³. Así el nuevo artículo 1172 declara que los contratos son en principio consensuales. Excepcionalmente, la validez de los contratos está sujeta a al cumplimiento de formas determinadas por la ley. La falta de la forma conlleva a su nulidad, salvo que sea objeto de “regularización”. El mismo artículo establece que la ley puede someter la validez del contrato a la entrega de una cosa. Según el artículo 1173, cuando la forma es solo exigida a los efectos de la prueba o de la oponibilidad del acto, el incumplimiento de dicha formalidad no afecta la validez del mismo. Si bien la reforma innova en la consagración positiva del principio del carácter consensual de los contratos desarrollado por la doctrina del derecho anterior, hubiese sido deseable que se mencionara que cuando una formalidad constituye una condición adicional de la de la validez del contrato, la misma puede estar determinada tanto por la ley como convencionalmente, eliminando así cualquier duda en relación al funcionamiento de las promesas bilaterales de contrato. Adicionalmente, el artículo 1172 confirma la posibilidad de la refacción del acto a través de la figura de “regularización” del contrato.

4. La nulidad y la caducidad del contrato

52. La nulidad del contrato. Cuando no se reúnen las condiciones de validez del contrato, el contrato está viciado de nulidad. La nulidad del contrato, una vez declarada por el juez, opera de forma retroactiva, da lugar a la restitución de las prestaciones cumplidas, y permite a la parte que sufre un perjuicio demandar la indemnización de daños y perjuicios bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, el nuevo artículo 1178 del derecho de la reforma no innova en relación a la solución del derecho anterior a la reforma, y al derecho venezolano⁵⁴. Sin embargo, el artículo 1178 innova en relación al régimen clásico de las nulidades cuando establece que la nulidad debe ser pronunciada por el juez a menos que sea constatada de mutuo acuerdo por las partes. En este sentido, la reforma abandona en forma definitiva la teoría de nulidad como estado del acto, y adopta la teoría de la nulidad como sanción, ampliamente reconocida por la jurisprudencia anterior y preconizada en Venezuela por López-Herrera en su tesis doctoral, intitulada *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*⁵⁵. Es decir, que a pesar de la nulidad, el contrato surte sus efectos hasta que la misma es declarada por el juez o bien sea constatada de mutuo acuerdo por las partes. La declaración de nulidad del contrato produce su extinción de

⁵³ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 40 ss. Ver también. María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III. Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, p. 86.

⁵⁴ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 59 ss. Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 11^o ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, p. 632-642.

⁵⁵ Francisco López Herrera, *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1952, p. 83.

forma retroactiva como si nunca hubiese existido. Debe resaltarse como un avance en el derecho positivo, la admisión de la constatación de nulidad por mutuo acuerdo de las partes. Sin embargo, la reforma no dio el paso para admitir la nulidad por notificación unilateral, tal como es admitida en la reforma del BGB que entró en vigencia en el 2002.

53. Otra innovación del artículo se encuentra en la posibilidad de la víctima de un daño causado por el vicio de consentimiento de demandar la indemnización de daños y perjuicios independientemente de la anulación del contrato, siempre que el daño sea consecuencia del vicio de nulidad del contrato. Debe señalarse que el derecho de la reforma, al eliminar la violación de las buenas costumbres como casual de nulidad del contrato elimina las reglas tradicionales contenidas en las máximas *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* y *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, contenidas en el derecho venezolano en las normas relativas a la causa del contrato en el artículo 1157 del Código civil venezolano. Habrá que esperar a ver si la jurisprudencia francesa reconoce el principio a pesar de haber eliminado el mismo de la ley, lo cual parece ser lo más sensato por corresponder a un principio general de derecho.

54. Así mismo, otra innovación producto de la aceptación de la teoría moderna de las nulidades, y por la cual la nulidad se concibe como una sanción al acto y no un estado del acto viciado de nulidad, es la diferencia entre nulidad absoluta y nulidad relativa recogida por el nuevo artículo 1179 de la reforma. En efecto, según el mencionado artículo, la nulidad del contrato es absoluta cuando la regla violada tiene por objeto la protección del interés general y es relativa cuando la regla violada tiene por objeto la protección del interés privado o particular de una de las partes o de un tercero. En este mismo sentido, según el nuevo artículo 1180, la nulidad absoluta puede ser demandada por cualquier persona que justifique tener un simple interés, y por el ministerio público. La misma no puede ser convalidada por las partes. También producto de la adopción de la teoría moderna de las nulidades, el artículo 1181 de la reforma establece que la nulidad relativa no puede ser demandada sino por la parte a quien la ley intenta proteger y que el acto viciado de nulidad relativa es susceptible de convalidación.

55. Si bien la reforma no admite la nulidad por notificación unilateral de una de las partes como lo admite el BGB, el nuevo artículo 1183 de la reforma consagra, a través de a figura de la *interpelación interrogatoria*, el derecho de requerir por escrito a la otra parte que convalide el vicio del contrato o haga valer la acción nulidad judicialmente dentro de los seis meses siguientes a la notificación bajo la pena caducidad de la acción de nulidad. El artículo 1184 establece que la nulidad de una parte del contrato no conlleva la nulidad de todo el contrato salvo en aquellos casos en que la parte anulada constituya un elemento determinante del acuerdo de las partes. Por el contrario, el mismo artículo determina que las cláusulas que la ley reputa no escritas no conllevan consigo la nulidad del contrato entero en ningún caso. De manera que a las cláusulas que se reputan no escritas se le asigna un régimen jurídico distinto al de la nulidad del contrato. La sanción de la cláusula no escrita es un instrumento de la reforma para introducir sus normas de justicia contractual, como es el caso por ejemplo de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión. Finalmente, en relación a este tema, el artículo 1182 de la reforma consagra el régimen legal de la convalidación del contrato, sin que tal regulación implique ninguna innovación con respecto al derecho venezolano.

56. La caducidad del contrato. Vista la desaparición formal de la causa, el derecho de la reforma se vio en la necesidad de incluir la figura de la “caducidad” del contrato a los efectos de consagrar, en forma específica, los efectos de la desaparición sobre-

venida de la causa de la obligación o de la causa del contrato. En el primer caso se habla de la “caducidad general” del contrato, y en el segundo caso de la “caducidad del grupo de contratos”. En relación a la “caducidad general”, el artículo 1186 de la reforma establece que un contrato válidamente formado caduca si uno de sus elementos esenciales desaparece. El equivalente del primer aparte del artículo 1186 debe encontrarse en la desaparición sobrevenida de la contraprestación o causa objetiva y de la figura de la desaparición del fundamento contractual, previsto en el artículo 313 del BGB, basado en la teoría de la “presuposición”⁵⁶, en la figura de la *frustration* en el derecho inglés⁵⁷, o en la teoría de la frustración del fin en el nuevo Código civil argentino, (art. 1090)⁵⁸. Se trata de hacer ingresar los motivos determinantes de las partes al contrato de manera que si dicho motivo deja de existir el contrato deja de tener validez. El mismo se entiende bien a propósito de la caducidad del grupo de contratos. Así, según el segundo aparte del artículo 1186, cuando la ejecución de varios contratos es necesaria a la realización de una misma operación económica y uno de ellos desaparece, caducan los contratos cuya ejecución se hace imposible por esta desaparición, así como aquellos para los cuales la ejecución del contrato desaparecido era una condición determinante del consentimiento de una de las partes.

57. Sin embargo, según el segundo aparte del nuevo artículo 1186, la caducidad del grupo de contratos, únicamente se verifica si el contratante a quien se le opone la “caducidad” tenía conocimiento de la existencia de la operación del conjunto de contratos al momento de dar su consentimiento. Se trata en este segundo caso de la interdependencia o indivisibilidad de los contratos de un grupo de contrato. Así, si una persona firma un contrato de suministro a los fines de prestar un servicio a un tercero, la misma podrá oponer la caducidad del contrato de suministro, si el contrato de servicio con el tercero se extingue, por ejemplo, por nulidad o resolución. Si bien en virtud del efecto relativo de los contratos la independencia de los contratos debe ser el principio, cuando la operación económica es conocida por todas las partes, y la ejecución de una parte del conjunto de contratos depende de la ejecución de otro o de otros actos o negocios jurídicos de dicho conjunto, la extinción o imposibilidad de uno(s) hace desaparecer un elemento esencial y determinante de los otros. Según el artículo 1187, la caducidad del contrato pone fin al mismo, y da lugar a la restitución de las prestaciones ejecutadas por las partes antes de la caducidad. Los efectos se aproximan a los del contrato cuyos efectos están sujetos a una condición resolutoria. Es por ejemplo el caso en el cual la vigencia de un contrato es una condición de la existencia de otro contrato. Ante la novedad del mecanismo, será necesario esperar a que la jurisprudencia determine y precise el régimen jurídico aplicable. La caducidad del contrato es una innovación en relación al derecho venezolano, aun cuando las consecuencias jurídicas que de ella derivan ha sido reconocida por un parte de la doctrina venezolana cuando se admite la existencia de la figura jurídica del “grupo de contratos”⁵⁹.

⁵⁶ Raymond Saleilles, *Etude générale sur la théorie de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour L'Empire Allemand*, 3^o ed., LGDJ, Paris, 1925, n^o 346; Guido Alpa et Michele Dassio, “La dissolution du lien contractuel dans le Code civil italien”, en M. Fontaine, G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit compare*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris, 2001, p. 871.

⁵⁷ Guenter Heinz Treitel and Edwin Peel, *The Law of Contract*, 12^o ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, pp. 924 ss.

⁵⁸ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 392 ss.

⁵⁹ James Otis Rodner, “Contratos enlazados (el grupo de contratos)”, en: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho

5. La interpretación del contrato

58. En relación a la interpretación del contrato, la reforma del derecho francés simplifica la lista de criterios de los antiguos artículos 1156 y siguientes, y la actualiza. El método clásico o subjetivo de interpretación se mantiene. Así, según el artículo 1188, primer aparte, el contrato debe interpretarse según la común intención de las partes más que sobre el sentido literal de sus términos. Esta es la regla jerárquica de interpretación. Luego, de manera subsidiaria, el mismo artículo adopta el método objetivo de interpretación. En este sentido determina que cuando esa común intención de las partes no puede ser revelada, los contratos deben ser interpretados según el sentido que le daría una persona razonable ubicada en la misma situación. La innovación en nuestra opinión, al menos en relación al derecho venezolano, radica en la inclusión en el derecho de la reforma del estándar de persona razonable propio de los sistemas del *common law*, y en descartar la interpretación literal del acto de declaración⁶⁰.

59. Una vez propuesta un criterio principal y su subsidiario de interpretación, el derecho de la reforma recoge las pautas o principios de interpretación. Así el artículo 1189 establece el principio de interpretación hermenéutica o sistemática. Según el mismo todas las cláusulas de un contrato se interpretan las unas en relación a las otras, dando a cada una el sentido que respete la coherencia del acto entero. Si bien este principio no implica ninguna innovación en relación a la práctica y a la doctrina en el derecho venezolano, el segundo aparte del artículo 1189 precisa que cuando en la intención común de las partes varios contratos concurren a una misma operación, estos se interpretan en función de dicha operación.

60. El nuevo artículo 1190 de la reforma establece dos criterios interpretativos, uno en protección del deudor y otro a favor de la parte débil de la relación jurídica. Así en caso de duda, en los contratos paritarios se interpreta en contra del acreedor y a favor del deudor. Por el contrario, en el contrato de adhesión, en caso de duda, se interpreta en contra de la persona que lo ha propuesto (*contra-proferentem*). El artículo 1191, recoge el principio de conservación del acto, de manera que cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, aquella que confiere un efecto jurídico debe preferirse sobre aquella que no le produce ningún efecto.

61. Por último, el artículo 1192 consagra de manera positiva el principio clásico de interpretación según el cual no se pueden interpretar la cláusulas claras y precisas bajo pena de desnaturalización del contrato. Dicho proceder es claramente una viola-

Privado, Caracas, Serie Eventos No 23, 2007, pp. 253-319; James Otis Rodner, *Los contratos enlazados: el subcontrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008; James Otis Rodner, "El subcontrato de obras", en: I. de Valera y J.G. Salaverría (coord.), *Homenaje a Aníbal Dominici*, Ediciones Liber, Caracas, 2008, pp. 619-642.

⁶⁰ Haydée Barrios, "La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado", en: *Libro Homenaje a José Mélich Orsini*, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, Vol. I, pp. 123-124. José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 408-416; Emilio Urbina Mendoza, *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Estudios N° 84, 2010, p. 142-146; Guillermo Gorrín, "Ensayos comparativos entre principios que rigen la interpretación del contrato en algunos anteproyectos del derecho comunitario europeo y el derecho venezolano", en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Homenaje a Doctor José Santiago Nuñez Aristimuño*, N° 160, 2020, p. 1451.

ción al principio de la fuerza obligatoria del contrato, el cual, a diferencia de los otros criterios interpretativos, debe abrir la vía al control de casación⁶¹.

6. Los efectos del contrato⁶²

62. La reforma establece en su capítulo IV, relativo a los efectos del contrato, cinco secciones. La sección uno regula los efectos generales del contrato entre las partes, la sección dos regula los efectos generales del contrato en relación a los terceros, la sección tres regula la duración del contrato, la sección cuatro la cesión del contrato, y la sección cinco regula los efectos de la inexecución del contrato.

63. Como veremos seguidamente, la reforma del derecho de los contratos en Francia consagra importantes innovaciones con respecto al sistema de derecho establecido en el Código civil de 1804 y al derecho constante anterior a la reforma desarrollado por la jurisprudencia. Sistema en gran parte seguido por el derecho venezolano. En relación a la fuerza obligatoria del contrato, la reforma evoluciona al aceptar la revisión del contrato por alteración imprevisible de circunstancias, conocida también como la Teoría de la Imprevisión, así como la limitación a la ejecución en especie cuando su costo es desproporcionado con respecto al interés del deudor. La reforma innova igualmente en relación a la duración del contrato, admitiendo de forma positiva la prohibición de los compromisos perpetuos, así como el derecho de las partes a la terminación unilateral de los contratos a tiempo indeterminado. Es igualmente una innovación la regulación de la cesión de contrato, no ya como la suma de dos operaciones de cesión de crédito y cesión o delegación de deudas, sino consagrando la cesión perfecta del contrato a través la sustitución de parte.

54. Finalmente, tal vez la innovación más importante es la sistematización de las sanciones a la inexecución del contrato, y la adopción de sanciones nuevas como la admisión de la excepción de inexecución anticipada, la generalización de la reducción del precio como sanción a la inexecución parcial o defectuosa, la admisión de la facultad de remplazo sin necesidad de obtener una sentencia previa y la autorización del juez. Dentro de las evoluciones más remarcables, se encuentra sin duda alguna la admisión de la resolución unilateral del contrato por inexecución. Dentro del nuevo régimen de sanciones se desecha el principio de la primacía de la ejecución forzosa en natura que la mayoría de los manuales de derecho de obligaciones y contratos defiende a la hora actual en el derecho venezolano⁶³ y se otorga al acreedor, víctima de la inexecución, la libertad de escoger la sanción o el remedio que mejor considera satisfice su interés contractual⁶⁴. Sin pretender hacer un estudio detallado del tema, lo cual escaparía al alcance de este trabajo, analizaremos los rasgos esenciales de estas innovaciones, en el mismo orden adoptado por el nuevo Código civil francés.

65. Los efectos del contrato entre las partes. El artículo 1193 establece, en continuidad con el derecho anterior y en línea con el derecho venezolano, el principio

⁶¹ Cass. Civ. 15 avril 1872 : *DP* 1872, 1, 176; S. 1872, 1, 232, Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette et François Chenede, *LGJF*, 13° ed., Dalloz, Paris, 2015, T. 2, N° 161.

⁶² Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 429 ss.

⁶³ María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III*, ob. cit., pp. 154 ss.

⁶⁴ José Annicchiarico, “Un nuevo sistema de sanciones ante la inexecución del contrato?”, en: J. Annicchiarico y otros (coord.), *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”*, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 277.

de la fuerza obligatoria del contrato. En efecto el referido artículo determina que los contratos no pueden ser modificados o revocados sino por el consentimiento mutuo de las partes, o por las causas que autoriza la ley. Sin embargo, como hemos mencionado, dicho principio se ve moderado al admitirse la revisión del contrato por imprevisión, así como por la resolución unilateral del contrato por inejecución. También relativiza el principio la admisión de cláusulas de modificación unilateral del contrato siempre que las mismas no constituyan una cláusula abusiva dentro del marco de un contrato de adhesión, o que no se hagan valer de forma abusiva. El artículo 1194, equivalente al artículo 1160 de Código civil venezolano, reafirma que los contratos no solo obligan a aquello que es expresado en el contrato sino también a todas las consecuencias que derivan de la equidad, del uso y de la ley.

66. Alteración imprevisible de circunstancias. Preconizada por un sector de la doctrina venezolana sobre el fundamento de la buena fe⁶⁵, a pesar de ser contraria al principio cardinal de la fuerza obligatoria del contrato, la reforma del derecho francés de los contratos innova al admitir la teoría de la imprevisión. En efecto, según el artículo 1195,

si un cambio de circunstancias imprevisibles al momento de la conclusión del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no ha aceptado asumir el riesgo de tal circunstancia, esta parte tiene el derecho de solicitar a su co-contratante la renegociación del contrato. La parte está obligada a seguir ejecutando sus obligaciones durante el periodo de negociación. En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes pueden convenir en la resolución del contrato, en la fecha y según las condiciones que ellas acuerden, o solicitar de común acuerdo al juez la adaptación del contrato. A falta de acuerdo en un lapso razonable, el juez puede, a solicitud de una de las partes, revisar el contrato o poner fin al mismo, en la fecha y según las condiciones que el propio juez fije.

67. A partir de la entrada en vigencia del nuevo artículo 1195 del Código civil francés, se redefine el principio de la fuerza obligatoria del contrato, el cual pasa de ser el principio absoluto establecido por la famosa jurisprudencia del *Canal de Crapone*, a ser un principio relativo⁶⁶. Cuando un evento imprevisible hace la obligación de una de las partes excesivamente onerosa, sin que ella sea imposible, la parte afectada puede solicitar la revisión del contrato y en caso de no llegar a un acuerdo, la resolución del mismo. Es claramente la sanción de la revisión o de la resolución judicial el incentivo para que sean las mismas partes, y no el juez, quienes logren

⁶⁵ María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III*, ob. cit., pp. 186 ss. José Mélich-Orsini, “La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva”, en: *Revista de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 54, 1999, pp. 55-98; James Ortis Rodner, “La teoría de la imprevisión (Dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)”, en: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI, en: conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 401-449; Luciano Lupini, “Notas sobre la teoría de la imprevisión en el derecho civil”, en: *Estudios de Derecho Privado*, Serie Estudios 85, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, p. 303-351; Alfredo Morles Hernández, “La teoría de la imprevisión en el derecho privado; la crisis económica como supuestos de revisión del contrato”, en: *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, T. IV, pp. 2337-2438.

⁶⁶ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette et François Chenede, *LGJF*, ob. cit., n° 165, p. 183. Cass. civ., 6 mars 1976, “*Dans aucun cas, il n’appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur parître leur décision, de prendre en considération les temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*”.

adaptar el contrato. Debe indicarse que, si bien el sistema francés sufre una evolución, el Código civil italiano de 1942 ya la admitía en su artículo 1467. Es importante señalar que si bien el artículo 1195 marca una evolución en el derecho francés, dicha norma no es de orden público, así que las partes pueden dejarla sin efecto. A diferencia de otros sistemas, el artículo 1195 no está reservado a los contratos de ejecución sucesiva ni a los contratos sinalagmáticos, la misma tiene vocación a ser aplicada a cualquier tipo de contrato, incluso a los contratos unilaterales y a los contratos a título gratuito⁶⁷.

68. Las condiciones de procedencia de la revisión o resolución por imprevisión deben ser interpretadas de forma estricta, pues se trata de una excepción al principio de la fuerza obligatoria del contrato. Tal como lo establece el artículo 1195, se requiere que se verifiquen tres condiciones para su procedencia: i) Un cambio de circunstancias, imprevisible al momento de la conclusión del contrato; ii) que dicho cambio de circunstancia vuelva la ejecución de la obligación excesivamente onerosa, y iii) que dicho cambio de circunstancia no sea un riesgo aceptado por la parte afectada.

69. i) En relación a la primera condición, el cambio de circunstancia no debe ser imputable a la parte afectada, de manera que si es su falta, o bien se encuentra en estado de mora cuando el evento ocurre, la condición no se cumple. Adicionalmente, el cambio de circunstancia debe ser imprevisible al momento de la conclusión del contrato, la imprevisión debe ser analizada por el método abstracto del hombre razonable ubicado en la misma posición del deudor. La misma debe responder a la imposibilidad de prever el evento y no solo a una imprevisión considerada en términos subjetivos de la parte afectada. La imprevisión puede recaer obviamente sobre la naturaleza del evento, pero también sobre su extensión. Por último, la imprevisibilidad debe evaluarse al momento de la conclusión del contrato y no en un momento posterior o anterior⁶⁸.

70. ii) En relación a la segunda condición, la excesiva onerosidad de la prestación como consecuencia del evento imprevisible, solo un desequilibrio excesivo entre las prestaciones del contrato permite poner en juego el mecanismo de revisión o resolución. Es por ello que la imprevisión es un mecanismo de aplicación excepcional, y no un mecanismo protección del equilibrio económico del contrato. El desequilibrio excesivo entre las prestaciones debe analizarse en función de la ventaja esperada. Así, si la circunstancia aumenta el costo de la ventaja, se dice que hay una onerosidad directa, pero si la circunstancia disminuye el valor de la ventaja esperada, se dice que existe una onerosidad indirecta. En ambos casos debe entenderse cumplido la condición de la onerosidad. Se trata de medir la relación entre el costo y el beneficio para el deudor. Solo cuando la relación entre costo y beneficio es negativa puede hablarse de onerosidad. El carácter excesivo de la onerosidad se refiere a la magnitud de dicho desequilibrio. Solo cuando el mismo es absurdo, pues escapa en exceso de la previsión de la operación económica, deberá tenerse como configurada dicha condición. El carácter excesivo de la onerosidad es un elemento difícil de precisar.

71. iii) Por último, según la tercera condición, el acreedor no debe haber aceptado el riesgo del evento imprevisible. De nuevo aquí la apreciación del juez deberá realizarse según los principios de interpretación. Eso es, en primer lugar, según la voluntad real de las partes, y subsidiariamente, si dicha voluntad es ambigua o inexistente, según el riesgo que una persona razonable colocado en la misma situación de la parte hubiera aceptado. Lo anterior conlleva a analizar la duración del contrato, su

⁶⁷ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 436 ss.

⁶⁸ *Idem*.

naturaleza, el alea normal del contrato, el equilibrio económico inicial, entre otros aspectos⁶⁹.

72. En cuanto al aspecto del ejercicio del derecho a la revisión o resolución del contrato por imprevisión, el mismo se plantea en tres tiempos. En un primer tiempo, de forma extrajudicial, la víctima del cambio imprevisible de circunstancias que hace excesivamente oneroso la ejecución del contrato puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. Frente a la negativa o al fracaso de la renegociación, ambas partes pueden solicitar al juez la revisión del contrato. En caso de no haber acuerdo sobre esta última opción, cada una de las partes puede solicitar al juez, de forma unilateral, la revisión o resolución del contrato. El ejercicio del derecho a la revisión y a la resolución dejan abierta muchas dudas en relación a los poderes del juez a los fines de fijar los efectos de la revisión y de la resolución. Es claramente una medida extraordinaria, contraria a la concepción voluntarista del contrato, pues una vez efectuada la revisión del contrato las partes deberán ejecutar un contrato que no es fruto de su consentimiento libre y consciente. Lo mismo ocurre en caso de que el juez prefiera declarar la resolución, pues este, según el nuevo artículo 1195 del Código civil francés, tiene el derecho a fijar las fecha y los efectos de la resolución⁷⁰.

73. El efecto traslativo. Siguiendo las críticas realizadas de vieja data sobre la existencia o no de la obligación de dar y sobre la utilidad de la clasificación tripartita clásica de las obligaciones en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, la reforma del derecho francés innova una vez más al eliminar, al menos formalmente, la distinción de estos tres tipos de obligaciones. Sin embargo, a pesar de la innovación en el plano formal, los efectos y régimen jurídico de dichas obligaciones se mantienen en las nuevas normas del Código civil francés. Este es el caso del artículo 1196 de la reforma, el cual regula el régimen jurídico de la obligación de dar, entendido no como una obligación, sino como uno de los efectos del contrato entre las partes. En este sentido, al menos desde el punto de vista material, tal norma no representa una innovación en relación a la regulación jurídica establecida artículo 1161 Código civil venezolano⁷¹, salvo por expresar en forma positiva el principio de la transmisión *solo consensus*, el carácter supletorio de este principio, y la transmisión del riesgo de la cosa, no así el riesgo del contrato, con la transmisión del derecho.

74. Así, el nuevo artículo 1196 del Código civil francés establece que los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad o la cesión de algún otro derecho, le transferencia del mismo opera desde la conclusión del contrato. Así mismo establece que dicha transferencia puede ser diferida por la voluntad de las partes, la naturaleza de las cosas o por efecto de la ley. Finalmente, el mismo artículo precisa que la transferencia de la propiedad comporta la transferencia de los riesgos sobre la cosa, indicando que la carga de dicho riesgo se devuelve al deudor desde el momento que se encuentra en mora de cumplir con su obligación, salvo si el deudor prueba que la cosa hubiese perecido igualmente en manos del acreedor. Solución esta última, conforme al estado actual del derecho venezolano.

75. Los artículos 1197 y 1998 de la reforma no representan ninguna evolución en relación al derecho anterior a la reforma ni al estado actual del derecho venezolano. Ellas simplemente regulan las obligaciones consecuenciales de la obligación de dar,

⁶⁹ François Chenedé, ob. cit., p. 91 ss.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 96-98.

⁷¹ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de obligaciones*, ob. cit., T. I, pp. 53 ss., Oscar Ochoa, *Teoría general de las obligaciones, Derecho civil III*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, p. 69.

ahora llamado efecto traslativo del contrato, así como el derecho de preferencia del poseedor en materia de bienes muebles, y de quien haya publicado primero su título, en materia de bienes inmuebles, en aquellos casos en que el deudor haya enajenado su derecho simultáneamente a varios adquirentes.

76. Efecto del contrato respecto de terceros. En esta materia no hay innovación en relación al derecho anterior a la reforma, más allá de admitir, de forma positiva, el principio del efecto relativo del contrato en el nuevo artículo 1199. Según el mismo se reafirma que el contrato no crea derecho ni obligaciones sino en relación a las partes, salvo por las excepciones establecidas en la ley. Se reafirma igualmente el principio de la oponibilidad del contrato a los terceros en el nuevo artículo 1200. Según este último artículo, el derecho de la reforma establece que los terceros deben respetar la situación jurídica creada por el contrato, y pueden prevalerse del mismo para aportar la prueba de un hecho jurídico. Aún cuando no lo dice en forma expresa, el artículo 1200 de la reforma tiene como fin afirmar la necesidad de los terceros de respetar los efectos del contrato entre las partes, ello, no solo a los fines de determinar la consistencia patrimonial de una parte frente a sus acreedores, sino también a los fines de afirmar la responsabilidad extracontractual del tercero que contribuye la inejecución del contrato por una de las partes. Dicho esto, el derecho de la reforma no llega a asimilar el incumplimiento contractual de una parte al hecho ilícito, en relación a los daños que dicho incumplimiento sea capaz de ocasionar a terceros, dejando el tema abierto a la interpretación del juez. El contrato oponible a los terceros es un hecho jurídico que admite todo tipo de pruebas⁷².

77. Tampoco existe en nuestra opinión ninguna innovación en relación a la regulación de la simulación, ni en la estipulación a favor de tercero. Las soluciones de derecho constante anterior a la reforma, y plenamente aplicables al derecho venezolano se mantiene en vigencia salvo por algunos efectos, lo cuales escapan del objeto de este análisis general sobre las innovaciones del nuevo derecho francés de los contratos y de las obligaciones.

78. La duración del contrato. La reforma innova en relación a la introducción de una nueva sección dedicada a la duración del contrato. La innovación reside en reconocer al mecanismo contractual, no solo como una fuente de obligaciones, sino como un vínculo objeto de protección más allá de las obligaciones que este crea. La misma es solo de carácter formal, pues no hace sino recoger la solución jurisprudencia anterior a la reforma. En cualquier caso, su expresión formal tiene el mérito de aclarar algunas situaciones de forma definitiva. Así, como fue mencionado preliminarmente, según el nuevo artículo 1210, los contratos perpetuos son prohibidos, cada parte tiene el derecho a terminar unilateralmente bajo las mismas condiciones aplicables a los contratos de duración indeterminada. En efecto, el artículo 1211 establece que los contratos a tiempo indeterminado, cada parte puede terminar unilateralmente el contrato siempre que se respete el lapso de preaviso acordado por las partes, y a falta de este, un lapso razonable. Este derecho de poner fin al contrato es una norma de orden público pues, de no ser así, se iría en contra de la prohibición de contratos perpetuos. La terminación unilateral no supone ningún incumplimiento contractual, la terminación no debe estar motivada. El lapso razonable implica que el ejercicio de este derecho no puede realizarse de forma abusiva.

79. La prórroga, la renovación y la tácita reconducción. Según el artículo 1213 de la reforma el contrato a tiempo determinado puede ser prorrogado por las partes

⁷² Thomas *Genicon*, Olivier *Deshayes*, Yves-Marie *Laithier*, ob. cit., pp. 485 ss. François *Chenedé*, ob. cit., p. 102 ss.

antes de su término, en cuyo caso el mismo contrato se extiende por el tiempo suplementario acordado. El artículo 1214, prevé como una figura diferente a la prórroga de contrato, la figura de la renovación del contrato, la cual implica, no la extensión, sino la celebración de un nuevo contrato regulado bajo los mismos términos y condiciones del contrato anterior, pero a tiempo indeterminado. Según este artículo, la renovación opera bien sea por voluntad de las partes o por disposición de la ley. El artículo 1215 de la reforma regula su vez la “tácita reconducción”, la cual opera cuando las partes continúan ejecutando el contrato a pesar de haber llegado a su término, generalizando la figura regulada en algunos contratos especiales. La “tácita reconducción” produce los mismos efectos que la renovación del contrato. La distinción de estas tres figuras representa una innovación de la reforma en relación al derecho venezolano carente de regulación general en este sentido. Esta distinción trae consigo múltiples consecuencias, entre ellas, la determinación de la ley aplicable al nuevo contrato, las formalidades establecidas en la ley para su validez y la capacidad de las partes, entre otras. Como el nuevo contrato se entiende celebrado a tiempo indeterminado a partir de la renovación o de la tácita reconducción, cada parte puede terminarlo unilateralmente salvo convención en contrario o disposición de la ley.

80. La cesión del contrato⁷³. La regulación de la cesión del contrato es una de las innovaciones más notables de la reforma. Ella marca igualmente una evolución importante en relación al derecho venezolano actual, que en este sentido sigue el modelo del Código civil francés de 1804, aun cuando una parte de la doctrina preconiza su asimilación en el derecho venezolano en los términos comprendidos en el derecho internacional⁷⁴. La reforma consagra la concepción monista de la operación. En efecto, no se trata de la admisión de una cesión de crédito y de una cesión de deuda, sino de una transmisión global del contrato, más específicamente, de la cesión de la cualidad de parte de un contrato.

81. Así, según el nuevo artículo 1216 del Código civil francés, un contratante, el cedente, puede ceder su cualidad de parte en un contrato a un tercero, el cesionario, con la aceptación de su co-contratante, el cedido. Esta aceptación puede ser otorgada previamente, particularmente en el contrato concluido entre el futuro cedente y cedido, en cuyo caso, la cesión produce efectos respecto del cedido cuando el contrato concluido entre el cedente y el cesionario le es notificado o él tiene conocimiento. La cesión debe ser constatada por escrito bajo pena de nulidad. Según el artículo 1216-1, si el cedido lo ha consentido expresamente, la cesión del contrato libera el cedente de sus efectos hacia el futuro. A falta de dicha liberación, y salvo convención en contrario, el cedente queda obligado solidariamente a la ejecución del contrato.

82. Dispone el nuevo artículo 1216 que el cesionario puede oponer al cedido las excepciones inherentes a la deuda, tales como la nulidad, la excepción de inejecución, la resolución o la compensación de deudas conexas, pero no puede oponer las excepciones personales del cedente. Por su parte, el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que este podía oponer al cedente. Por último, dispone el

⁷³ Laurent Aynes, *Droit et Patrimoine*, juillet-out, 2015, p. 73, Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 520 ss. François Chenedé, ob. cit., pp. 112 ss.

⁷⁴ James Otis Rodner, *La transferencia del contrato (UNIDROIT, Art. 9)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, Serie Estudios 108, 2014; James Otis Rodner, “Cesión del contrato y los principios de UNIDROIT”, en: *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Eventos 29, 2012, pp. 169-242; Ángel Cristóbal Montes, “La cesión del contrato en el Derecho venezolano”, en: *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela*, N° 36, 1967, pp. 851-890.

artículo 1216-3 que, si le cedente no es liberado por el cedido, las garantías otorgadas subsisten. En el caso contrario, las garantías otorgadas por el cedente o por terceros no subsisten sin el consentimiento de estos. Si el cedente es liberado, sus codeudores solidarios permanecen obligados deducción hecha de la parte del cedente en la deuda.

7. La inejecución del contrato

83. La reforma del código civil en materia de contratos y obligaciones trae importantes innovaciones en relación a las sanciones y remedios en caso de inejecución del contrato. En términos generales, probablemente la mayor novedad consiste en el carácter unilateral y en la desjudicialización de las sanciones. Otra innovación importante, al menos desde la óptica de la doctrina mayoritaria en el derecho venezolano, es la consagración de la libertad en la escogencia de remedios por el acreedor. Si bien no existía en derecho francés la pretendida primacía de la ejecución forzosa en natura incluso en el derecho anterior a la reforma, el nuevo artículo 1217 de la reforma establece claramente la libertad del acreedor de escoger la sanción o el remedio que considere más apto a la satisfacción o reparación de su interés contractual. El principio de prioridad de la ejecución en especie debe entenderse exclusivamente como el derecho del acreedor a exigir la ejecución en especie, cuando ella es posible, y no como un límite a la escogencia de otras sanciones, tal como la mayoría de la doctrina venezolana la entiende en la actualidad⁷⁵.

84. En este mismo sentido, si bien el deudor tiene derecho a liberarse de su obligación ejecutando la prestación convenida en el contrato, una vez constatada la inejecución, y realizada la escogencia de la sanción por el acreedor, el deudor pierde el derecho a liberarse a través del cumplimiento en especie, a menos que lo haga dentro del lapso razonable que debe otorgarle el acreedor. Así, al obligar al acreedor a otorgar lapsos de ejecución voluntaria al deudor, la reforma privilegia la ejecución en especie, sin necesidad de recurrir a la judicialización de la sanción⁷⁶. Otra de las innovaciones de la reforma es la admisión, de forma general, de sanciones o remedios establecidos únicamente para cierto tipo de contratos. Es el caso de la acción *quantis minoris*, o de reducción de precio y el remplazo unilateral de la prestación parcial o defectuosa sin necesidad de la autorización del juez.

85. Desde el punto de vista formal, la innovación más importante en nuestra opinión es la sistematización de la regulación de las sanciones y remedios del incumplimiento, regulación que se encontraba dispersa en el código civil anterior, tal como ocurre en derecho venezolano. Dicha sistematización imprime mayor coherencia al sistema y permite alcanzar los objetivos de la reforma, es decir la simplificación, la seguridad, la justicia y la eficacia del mecanismo contractual. Dentro de las regulaciones a la inejecución se encuentra la regulación de la fuerza mayor, o causa extraña no imputable, la cual corresponde a una inejecución involuntaria de la obligación, que exonera al deudor de responsabilidad.

86. La Fuerza Mayor. En el derecho anterior a la reforma, la causa extraña no imputable –llamada en derecho francés: casos de fuerza mayor– no se encontraba definida en el antiguo artículo 1148 del Código civil francés de 1804. Siguiendo este

⁷⁵ María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III*, ob. cit., p. 154.; José Annicchiarico, “Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato”, en: *Nuevas tendencias en el derecho privado y reforma del Código civil francés*, Caracas; José Annicchiarico, “Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual”, en: *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Melich-Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, p. 246.

⁷⁶ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 533 ss.

sistema, el Código civil venezolano omite igualmente su definición en los artículos 1273 y 1274, limitándose a determinar que el deudor es responsable salvo la prueba de este evento⁷⁷. La definición de fuerza mayor fue delimitada a través del tiempo por la jurisprudencia francesa⁷⁸.

87. La causa extraña no imputable se definía como un elemento: “exterior” al deudor, así como a las cosas y a las personas de las cuales el deudor es responsable; “imprevisible”, es decir que no podía ser previsto por una persona razonable en la posición de las partes al momento de la conclusión del contrato; “irresistible”, es decir, un evento cuya ocurrencia no podía ser evitado ni sus efectos superados al momento de la ejecución del contrato; “no imputable” a la culpa del deudor y que hace “imposible” el incumplimiento de la obligación. Esta caracterización de la causa extraña no imputable ha sido recogida en forma positiva por la reforma con algunos matices. Así, según el nuevo artículo 1218 del Código civil francés: “Hay fuerza mayor en materia contractual cuando un evento que escapa del control del deudor, el cual no puede ser razonablemente previsto al momento de la conclusión del contrato y cuyos efectos no pueden ser evitados por medidas apropiadas, impide la ejecución de la obligación por el deudor”. Es precisamente la “imposibilidad” de cumplimiento de la obligación, el elemento que distingue la fuerza mayor (causa extraña no imputable), de la revisión o resolución de contrato por imprevisión previsto en el artículo 1195 de la reforma. La evolución es muy sutil, pero ella refleja en nuestra opinión una evolución importante en relación a las condiciones de configuración aceptadas en el derecho venezolano. En efecto: i) el evento que “escapa del control” del deudor alude a la “irresistibilidad” del hecho que genera el incumplimiento; ii) la “imprevisibilidad” alude a la no asunción del riesgo por parte del deudor al momento de contratar de los efectos de dicho evento; y iii) la “inevitabilidad” alude a la imposibilidad de evitar los efectos dañinos del hecho que genera el incumplimiento. Por último, el derecho de la reforma no exige la exterioridad del evento como condición de la causa extraña no imputable⁷⁹.

88. El artículo nuevo 1218 despeja también las dudas en relación a los efectos de la causa extraña no imputables no comprendidos en la exoneración de responsabilidad de deudor. Así, según el segundo aparte del mencionado artículo, si la imposibilidad es temporal, la ejecución de la obligación es suspendida a menos que el retardo justifique la resolución del contrato. Si la imposibilidad es definitiva, el contrato es resuelto de pleno derecho y las partes son liberadas de sus respectivas obligaciones según las normas que regulan los efectos de la resolución del contrato y las recíprocas restituciones previstas en los artículos 1351 y 1351-1 de la reforma. Esta última solución es una consagración positiva de la “Teoría del Riesgo del Contrato”.

89. Sin embargo, debe señalarse que tal no era la solución jurisprudencial anterior a la reforma, la cual determinaba que la resolución del contrato debía ser pronunciada

⁷⁷ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 502-521; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, ob. cit., pp. 179-180; Oscar Palacios Herrera, ob. cit., pp. 232 ss.; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. I, p. 196-205; Oscar Ochoa, ob. cit., T. I, pp. 202-213, María Candelaria Domínguez, *Curso derecho civil III*, ob. cit., p. 165.

⁷⁸ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette et François Chenede, *GAJC*, 13^o éd., Dalloz, Paris, T. 2, N^o 183-184. Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, N^o 02-11168: Bull. civ. ass. plén., N^o 5; JCP G 2006, II, 10087, note P. Grosser; RTD civ. 2006, p. 775, obs. P. Jourdain; Defrénois 2006, p. 1212, obs. E. Savaux.

⁷⁹ En este sentido ver: Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, N^o 02-11168: Bull. civ. ass. plén., N^o 5; D. 2006, p. 1577, note P. Jourdain.

por el juez en todos los casos de incumplimiento, incluso en caso de incumplimiento objetivo no imputable al deudor⁸⁰. Adicionalmente, debe señalarse que la reforma adoptando la solución anterior, no deduce todas las consecuencias de la fuerza mayor, sobre todo en el caso que la gravedad de la ejecución parcial o defectuosa no justifique la resolución del contrato. En dichos casos, la solución más apropiada sería la reducción del precio. Igualmente, la resolución de contrato no es una solución compatible con los supuestos de pérdida de la cosa, en los cuales el acreedor tiene derecho a optar entre la resolución del contrato o a recibir del deudor las acciones y derechos vinculados a la pérdida fortuita de la cosa (*Commodum repraesentationis*)⁸¹. Esta vía judicial tenía el mérito de permitir al juez verificar que las condiciones de la causa extraña no imputable estaban cumplidas, así como verificar la imposibilidad total y definitivo del cumplimiento de la obligación. Ello es así pues en principio la inexecución parcial o no definitiva no acarrea la resolución del contrato⁸².

90. Las sanciones y remedios de la inexecución voluntaria del contrato. El nuevo artículo 1217 establece que el acreedor de la obligación no ejecutada, o imperfectamente ejecutada, puede escoger entre: (i) Rehusar ejecutar o suspender su propia obligación, (ii) demandar la ejecución forzosa en especie de la obligación, (iii) obtener una reducción del precio, (iv) provocar la resolución del contrato o (v) demandar la reparación de los perjuicios ocasionados por la inexecución. El artículo 1271 aclara que todas las sanciones que no son incompatibles pueden ser acumuladas, y que la indemnización de daños y perjuicios puede ser siempre acumulada a todos estas sanciones y remedios.

A. La excepción de inexecución y la excepción de inexecución anticipada

91. Si bien el artículo 1219 de la reforma consagra la clásica excepción de inexecución, la cual permite a una parte rechazar la ejecución a su cargo si la otra parte no ejecuta la suya, siempre que dicha ejecución sea suficientemente grave, el derecho de reforma innova en su artículo 1220 al aceptar la excepción de inexecución anticipada del contrato. Solución esta no aceptada en el derecho venezolano⁸³. En efecto, según el artículo 1220, una parte puede suspender la ejecución de su obligación a partir del momento en que es manifiesto que su contraparte no ejecutará la obligación a su cargo a su vencimiento, siempre que las consecuencias de dicha ejecución sean suficientemente graves, y que dicha suspensión sea notificada de forma inmediata. El mecanismo es propio de los sistemas del *common law*⁸⁴. El mismo ha sido adoptado en la Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Mercadería (art. 71) y en los Principios Europeos de derecho de los contratos (art. 9:201,2)⁸⁵. No se llega a admitir sin embargo la resolución del contrato por incumplimiento anticipado, lo cual nos parece criticable desde el punto de vista de la eficiencia del contrato.

⁸⁰ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette et François Chenede, *GAJC*, ob. cit., Cass. civ. 14 avril 1881, t. 2, n° 180.

⁸¹ Un análisis del tema en Venezuela, ver: Enrique Lagrange, *El principio del "commodum repraesentationis"*; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001.

⁸² Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., p. 538.

⁸³ Enrique Urdaneta Fontiveros, *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Estudios 103, 2013.

⁸⁴ François Chenedé, ob. cit., pp. 119 ss.

⁸⁵ A. Pinna, *RTD civ.* 2003, 31.

B. La ejecución forzosa en *natura*⁸⁶

92. Sanción de principio, la misma no representa ninguna innovación en relación al derecho anterior. Sin embargo, como ya hemos comentado, la misma se distingue de la regulación del derecho venezolano pues ella constituye una opción para acreedor víctima del incumplimiento. La prioridad de la ejecución en *natura* no impone al acreedor la constatación de la imposibilidad del cumplimiento o la pérdida del interés en la ejecución en *natura* como condición para demandar la indemnización de daños, la resolución del contrato o cualquier otro remedio. Adicionalmente, el derecho de la reforma, privilegiando la ejecución en *natura* a los otros remedios, exige al acreedor la realización de una notificación previa del deudor a fin de que este tenga una última oportunidad de ejecutar la obligación antes de que el acreedor escoja la sanción a la inejecución que considere más conveniente a sus intereses. Finalmente, la ejecución en *natura* está sometida a los límites clásicos, que vienen dados por el respeto de la dignidad del deudor, en particular en las obligaciones *intuitu personae*, a la imposibilidad material o jurídica, así como el respeto a los derechos de adquiridos por terceros de buena fe. Como la ejecución forzosa en *natura* es una opción del acreedor, no puede el deudor imponer la misma al acreedor en contra de su voluntad fuera de los lapsos razonables concedidos este, y luego de que el mismo haya puesto en marcha la sanción que considera más apropiada a sus intereses.

93. Salvo por estas consideraciones que responden a la evolución del derecho constante francés antes de la reforma, la innovación probablemente más importante reside en los límites impuesto por el nuevo artículo 1220 al ejercicio de esta sanción. En efecto, según el artículo 1220 “el acreedor de una obligación puede, después de haber puesto en mora al deudor, demandar la ejecución forzosa en *natura* salvo si esa ejecución es imposible o si existe una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor de buena fe y el interés del acreedor”. El límite de la desproporción manifiesta traduce el hecho de que la ejecución forzosa sea excesivamente onerosa para el deudor sin que el deudor tenga realmente un interés legítimo en tal tipo de ejecución. Se trata de una aplicación de la teoría del abuso de derecho a la ejecución forzosa en *natura*. Para valerse de dicho límite, le corresponde al deudor probar que el ejercicio de dicho derecho por el acreedor no corresponde a un ejercicio normal y de buena fe del derecho. En este sentido, deberá el deudor probar, por ejemplo, que el acreedor puede recibir una satisfacción razonable y adecuada de su interés contractual por medio otra sanción o remedio. Igualmente, a los fines de que el deudor no incumpla intencionalmente el contrato a los fines de aprovecharse de dicho límite, —conducta conocida con el nombre de “falta lucrativa”—, el artículo 1220 exige al deudor que opone el límite, que lo haga de buena fe. Dicho límite no representa una norma de orden público y puede ser derogado convencionalmente por las partes.

94. Ejecución en especie por un tercero. En substitución de los antiguos artículos 1143 y 144 del Código civil anterior a la reforma, equivalente a los artículos 1266 y 1268 del Código civil venezolano, el artículo 1222 permite al acreedor hacer ejecutar la obligación por un tercero a costa del deudor sin la autorización previa del juez. Tal facultad de reemplazo representa una innovación importante en relación al derecho anterior a la reforma, y una evolución remarcable en relación al derecho venezolano de los contratos⁸⁷. En efecto, el artículo 1222 establece “que luego que le deudor sea

⁸⁶ Thomas *Genicon*, Olivier *Deshayes*, Yves-Marie *Laithier*, ob. cit., p. 547.

⁸⁷ José Mélich-Orsini, “La ejecución forzosa de la obligación de hacer”, en: *Estudios de derecho civil*, Fabretón, Caracas, 1974. José Mélich-Orsini, “Sanción de la inejecución del contrato”, en: *Estudios*

puesto en mora de ejecutar la obligación, el acreedor puede también, en un lapso y a un costo razonable, hacer ejecutar el mismo la obligación o, con una autorización previa del juez, destruir aquello que ha sido en hecho violación de la misma. El acreedor tiene derecho a exigir al deudor el reembolso de las sumas empleadas a este fin. El acreedor puede también demandar en justicia que el deudor adelante las sumas necesarias a esta ejecución o destrucción”. Estas sanciones son reflejo del objetivo de simplificación y desjudicialización de las sanciones. Evidentemente, si tal medida no tiene un control previo, la misma está sujeta un control posterior si es impugnada por el deudor. En dicho caso, la medida la ejerce el acreedor bajo el riesgo que el juez considere *a posteriori* que dicha medida no estaba justificada, o bien, por ejemplo, que el alegado incumplimiento del deudor no era tal. La medida está sin embargo sujeta a dos condiciones, en primer lugar, a una interpelación del acreedor al deudor solicitando el cumplimiento, y en segundo lugar, a que el costo de ejecución por un tercero sea razonable.

C. Reducción del precio

95. Una importante innovación de la reforma es la introducción de la reducción del precio en caso de inexecución imperfecta como un remedio de carácter general aplicable a todos los contratos bilaterales. Dicha sanción existía, al igual que en el derecho venezolano⁸⁸, en el contrato nominado de venta en los casos de vicio oculto y en el caso de diferencia en la cabida de los inmuebles. La innovación consiste en la generalización del remedio a todos los contratos. Se trata en cualquier caso de un remedio fundado en el principio de la conmutatividad del contrato y no en la reparación del daño. Es por ello que la reducción del precio es un remedio perfectamente aplicable a los casos de ejecución parcial o imperfecta de la obligación causados por una causa extraña no imputable o fuerza mayor. De allí que se critique a la reforma el hecho de que en su artículo 1218 determine la resolución de pleno de derecho en caso de imposibilidad definitiva, sin distinguir los efectos en aquellos casos en los cuales la imposibilidad de ejecución es solo parcial o imperfecta. Cuando la ejecución es parcial o defectuosa de forma definitiva, el acreedor puede perfectamente notificar al deudor la reducción proporcional del precio sin necesidad de que el contrato sea resuelto. Por el contrario, para que el remedio sea compatible con los efectos de la fuerza mayor, la resolución de contrato no debe surtir efectos de forma automática ante cualquier incumplimiento definitivo⁸⁹.

96. Así, el artículo 1223 de la reforma determina que “en caso de inexecución imperfecta de la prestación, el acreedor puede, luego de colocar al deudor en mora, y mientras no haya pagado todo o parte de la de la prestación, notificar en el mejor lapso posible al deudor su decisión de reducir de manera proporcional el precio. La aceptación de la decisión de reducción del precio debe ser redactada por escrito. Si el acreedor ya ha pagado el precio, a falta de acuerdo entre las partes, el acreedor puede demandar al juez la reducción del precio”. Como puede apreciarse, el mecanismo de la reforma establece dos supuestos claramente diferenciados, el primero, aquellos casos en los que el acreedor no ha pagado el precio y el segundo, aquellos casos en los cuales el acreedor ya ha pagado el precio en forma parcial o total. En el primer

de derecho civil, Fabretón, Caracas, 1974; José Annicchiarico, “Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual”, ob. cit., p. 246.

⁸⁸ Enrique Urdaneta Fontiveros, *Vicios redhibitorios y saneamiento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Estudios n° 73, 2008.

⁸⁹ Ver *Rapport Pillet*, N° 71 ss.; François Chenedé, ob. cit., pp. 125 ss.

caso se trata de un remedio de carácter unilateral, el cual surte efectos a partir de la notificación de reducción proporcional del precio hecha por el acreedor al deudor. En el segundo caso, corresponde al acreedor demandar en justicia la devolución del precio que ya ha pagado al deudor.

97. En relación al carácter unilateral de la sanción, es necesario resaltar que el mismo lo realiza el acreedor a su riesgo y peligro. El deudor siempre puede contestar frente al juez la acción unilateral del acreedor. Y es que si el acreedor de manera errada disminuye el precio, sea porque la reducción no es proporcional al incumplimiento, o bien porque no existe incumplimiento parcial o imperfecto, el propio acreedor habrá incumplido el contrato y será objeto de las sanciones previstas en caso de incumplimiento. Así, como primera condición de fondo para oponer la reducción del precio del contrato, se requiere que exista un incumplimiento “imperfecto” por parte del deudor. El artículo 1223 de la reforma no establece ningún límite a dicho incumplimiento en términos cuantitativos ni en términos cualitativos, de manera que se trata de una sanción mucho más amplia, en cuanto a las condiciones de su procedencia, que la resolución del contrato y que la excepción de incumplimiento. Tampoco se exige un incumplimiento culposo. El acreedor puede reducir el precio en caso inejecución del contrato incluso en los casos de fuerza mayor.

98. Como segunda condición de fondo se requiere que el acreedor no haya pagado el precio, pues en dicho caso, la reducción del precio solo puede ser declarada por el juez. La tercera condición de fondo es la exigencia hecha por el artículo 1223, según la cual, la reducción del precio debe ser “proporcional” a la inejecución. En este sentido, el cálculo del precio reducido no corresponde a la pérdida sufrida por el acreedor, como correspondería en el caso del cálculo de los daños y perjuicio de la inejecución. En cambio, según la lógica conmutativa de la sanción, el precio debe ser disminuido en la misma proporción en que disminuye el valor de mercado de la prestación recibida. Así, si el acreedor se compromete a pagar 100 por una prestación cuyo valor de mercado es 120, y el valor de la prestación imperfecta recibida por el acreedor es igual a 80, el acreedor no tiene derecho a la indemnización de 40, el cual corresponde al daño o pérdida sufrida por el acreedor. El acreedor tiene derecho en cambio a una disminución proporcional del precio, el cual será igual a $80 \times 100 / 120 = 66,66$. A los efectos de seguir la lógica conmutativa de este remedio, el valor de la prestación aplicable para el cálculo del precio reducido, es el valor de la prestación por un lado (120), a la cual corresponde el 100% del precio, y por otro lado, el valor de la prestación ejecutada de forma imperfecta al momento de la ejecución del contrato (80), a la cual correspondería 66,66 %, del precio. La variación del precio del mercado de la prestación entre la conclusión del contrato y el momento de la ejecución es un alea normal de contrato, el cual debe pesar sobre el acreedor de la prestación y no sobre el deudor.

99. En cuanto a las condiciones de forma, el artículo 1223 exige que el acreedor haya puesto en mora anticipadamente al deudor, a fin de que este tenga una última oportunidad de corregir el incumplimiento. A falta de corrección, el acreedor debe notificar al deudor su decisión de reducir proporcionalmente el precio de la prestación en el lapso más breve posible. Con la notificación el acreedor debe indicar la reducción proporcional del precio. La aceptación por el deudor a que alude el artículo 1123 de la reforma no es un requisito del remedio por esencia de carácter unilateral. La misma corresponde a una renuncia a contestar judicialmente el ejercicio de dicho remedio por el acreedor, cuya validez requiere que conste por escrito. Por último, el artículo 1123 no otorga al juez una facultad de revisar el precio, de manera que contestada la reducción del precio por el deudor, el juez debe limitarse a declarar con lugar o sin lugar la objeción. Ello es así pues el acreedor preserva en su favor las otras

sanciones o remedios de la inejecución, en caso de que la reducción del precio, en los términos ejercidos, no sea procedente.

D. La resolución del contrato

100. La resolución del contrato en el derecho de la reforma sufre también una evolución importante en relación a la interpretación clásica del Código civil francés de 1804, y a la resolución del contrato en el derecho venezolano, previsto exclusivamente en el artículo 1167 del Código civil de Venezuela⁹⁰. En efecto, el artículo 1224 de la reforma establece que la resolución resulta de la aplicación de una cláusula resolutoria, o bien, en el caso de una inejecución suficientemente grave, de la notificación del acreedor al deudor, o bien de una decisión en justicia. De manera que contrariamente a lo admitido en el derecho venezolano, la reforma admite de forma positiva la resolución unilateral del contrato. La misma representa un cambio de paradigma en relación al principio de la fuerza obligatoria del contrato a favor del principio de eficiencia contractual y de utilidad del contrato⁹¹.

101. Resolución convencional. La validez de la cláusula resolutoria es reconocida en derecho francés por la jurisprudencia de muy vieja data⁹². La misma es igualmente reconocida en el derecho venezolano⁹³. El nuevo artículo 1125 de la reforma no hace sino consagrar la cláusula resolutoria de manera positiva. Dicho artículo establece que la cláusula resolutoria debe precisar las obligaciones cuya inejecución conllevan a la resolución del contrato. Adicionalmente, el mismo artículo subordina la eficacia de la resolución a una interpelación al pago infructuosa, cuando la cláusula no ha previsto la resolución por el solo hecho de la inejecución. La interpelación al pago no produce el efecto resolutorio si, con la misma, no se menciona específicamente la cláusula resolutoria.

102. En relación a la resolución convencional prevista en el artículo 1225, es necesario hacer varios comentarios a fin de puntualizar las innovaciones de la reforma en relación a este tipo de resolución. En primer lugar, tal como lo dispone el artículo 1224, las cláusulas resolutorias no tienen como condición de procedencia una inejecución suficientemente grave, condición únicamente aplicable a la resolución unilateral y a la resolución judicial. Las partes son libres entonces de determinar el grado de incumplimiento a partir del cual la resolución convencional puede producir sus efectos. En segundo lugar, tal como lo dispone el artículo 1225 de la reforma, no se reconoce la validez de las cláusulas generales de resolución, es decir, aquellas que establecen que el incumplimiento de cualquier obligación puede dar derecho a las partes o a una de ellas a hacer valer la resolución del contrato. La validez de la cláusula está sujeta a que se precise la obligación cuyo incumplimiento produce la resolución⁹⁴. En tercer lugar, la cláusula resolutoria no produce efectos de forma automática, el acreedor debe interpelar al pago al deudor bajo la amenaza de la resolución en caso de incumplimiento, lo que supone, en términos prácticos, el otorgamiento de

⁹⁰ José Mélich-Orsini, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Estudios N° 59, 2003.

⁹¹ José Annicchiario, “Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato”, ob. cit.

⁹² Cass. civ. 2 juillet 1860, *DP* 1860. I. 284.

⁹³ Guillermo Gorrín, “Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa”, en: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie eventos 23, 2007.

⁹⁴ *Rapport Pillet*, 1° ecture, p. 74.

un término razonable. Si la interpelación resulta infructuosa, dice el artículo 1225, es decir, si el deudor no cumple, entonces el acreedor tiene el derecho a notificar al deudor la resolución del contrato, el cual producirá efecto con la recepción de la notificación.

103. Es posible también que el acreedor en la interpelación al pago establezca que el contrato será resuelto si el pago no se realiza en el lapso razonable otorgado. Debe señalarse que la interpelación no produce efectos si el acreedor no indica la obligación cuyo incumplimiento se invoca. Finalmente, es necesario destacar que el deudor tiene derecho en todo momento a contestar ante un tribunal el ejercicio culposo de la resolución convencional, lo cual coloca al acreedor en la posición de la parte que incumple el contrato, y lo sujeta a todas las sanciones del incumplimiento del contrato. El juez puede en todo momento inhibir el ejercicio de la cláusula resolutoria cuando la misma es ejercida en forma abusiva o de mala fe⁹⁵.

104. La resolución unilateral. La resolución unilateral es una de las innovaciones bandera del nuevo derecho francés de los contratos, adoptando la solución propia del *common law*, de los Principios Europeos de los Contratos, y de los Principios UNIDROIT. Es una de las manifestaciones del principio eficiencia económica del contrato. Y es que según los principios que inspiran la reforma, el contrato no solo debe ser libre y seguro si no también justo y útil. La innovación es sin embargo únicamente de orden positiva. Ya la Corte de Casación francesa, bajo el imperio del Código de 1804, había aceptado la resolución unilateral a riesgo y peligro del acreedor en su famosa decisión *Tocqueville*⁹⁶.

105. La ventaja de la resolución unilateral es evidente pues ella permite a la víctima liberarse de forma inmediata del contrato fallido, sin necesidad de esperar la decisión del juez, y desplegar sus recursos con otro proveedor en el mercado. No solo es una medida de eficiencia económica que permite la libre competencia entre los operadores económicos, sino que ella permite igualmente la satisfacción del interés del acreedor en forma específica en el mercado, y sobre todo evitar la producción de los daños asociados al incumplimiento del contrato y a la solución judicial del conflicto, así como a la lentitud del proceso judicial. Una vez satisfecho el acreedor en su interés, y evitado los daños y externalidades asociadas a la inexecución del contrato, el deudor, si así lo considera conveniente, podrá solicitar el control posterior del ejercicio legítimo de la resolución unilateral por el deudor, y en caso de ejercicio indebido, reclamar las sanciones del incumplimiento del contrato⁹⁷. Si bien la resolución unilateral presenta ventajas indiscutibles, los riesgos que ella trae a la estabilidad del contrato son también considerables. En efecto, al privar al deudor del control previo del juez, el deudor se encuentra amenazado de ser víctima de un comportamiento abusivo de parte del acreedor, el cual podrá valerse de esta facultad ante el menor incumplimiento. Para garantizar la eficiencia económica del contrato, sin sacrificar los intereses del deudor, la reforma trata de regular la nueva figura, imponiendo condiciones exigentes las cuales conviene analizar⁹⁸.

⁹⁵ Cass. civ. 16 octubre 1976, *Bull. Civ. III*, n° 529.

⁹⁶ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette et François Chenede, *GAJC*, ob. cit., N° 180. Cass. civ. 13 octubre 1998.

⁹⁷ José Annicchiarico, “La realización específica del interés del acreedor”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 71, 2017, Caracas; José Annicchiarico, *Resolución y operación de reemplazo*, Congreso Internacional sobre Incumplimiento Contractual, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016, en: http://www.euv.cl/archivos_pdf/CUMPLIMIENTO-ESPECIFICO.pdf (Consultado en fecha 30 de enero de 2021).

⁹⁸ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 567 ss.

106. Tal como lo dispone el nuevo artículo 1126 de la reforma, el acreedor puede, a su riesgo y peligro, resolver el contrato por vía de notificación. Salvo en caso de urgencia, el acreedor debe previamente interpelar al deudor de cumplir con su obligación en un lapso razonable. Dicha interpelación debe mencionar expresamente que, si deudor no da cumplimiento en lapso razonable otorgado, el acreedor estará en su derecho de resolver unilateralmente el contrato. En el caso que la inejecución del deudor persista, el acreedor deberá notificar al deudor de la resolución del contrato, así como las razones que la motivan. El deudor por su parte puede en todo momento contestar judicialmente la resolución unilateral, en cuyo caso, el acreedor deberá probar la gravedad de la inejecución.

107. Esta regulación de la resolución unilateral representa una evolución sin precedentes en relación al derecho venezolano actual, el cual permanece atado al dogma de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato, principios clásicos que la doctrina moderna en Francia, después más de medio siglo, intentan moderar a los fines de permitir la entrada de otros principios o fines del contrato tales como la justicia y la utilidad contractual⁹⁹. Dichos principios contradicen la interpretación clásica del contrato por los tratados de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y que son hoy en día los textos en que se inspiran los manuales venezolanos de derecho de contratos y de obligaciones¹⁰⁰.

108. En este sentido, tal como lo regula el BGB, el acreedor debe otorgar un plazo razonable al deudor, el incumplimiento del deudor en el plazo razonable hace presumir la intensión del deudor de no dar cumplimiento al contrato, lo que debería traducir en una presunción de pleno de derecho del carácter grave y resolutorio del incumplimiento que justificaría la ruptura del contrato. Sin embargo, el artículo 1126 de la reforma no hace ninguna mención al respecto. Si se interpreta que el retardo en incumplimiento no juega ningún rol en la determinación de la gravedad del incumplimiento, entonces el mecanismo francés permanecería como un remedio de carácter excepcional. Y es que la eficacia económica de la resolución unilateral de la reforma francesa sería muy reducida, pues se estaría privilegiando la seguridad del contrato sobre la eficiencia y la justicia contractual. Tendrá que esperarse en cualquier caso la interpretación que la jurisprudencia francesa dará sobre este artículo para conocer el contenido de la noción de “incumplimiento suficientemente grave”.

109. El carácter limitado y excepcional de la resolución unilateral de la reforma francesa se reafirma igualmente en el último aparte del artículo 1126, el cual establece que el deudor podrá contestar judicialmente la resolución unilateral, en cuyo caso le corresponderá al acreedor probar la gravedad de la inejecución. Es claro que el deudor tiene el derecho de inhibir la facultad de resolución unilateral del contrato por parte del acreedor, es por ello que el artículo 1126 prescribe que el acreedor tiene el derecho de resolver por notificación el contrato a su “riesgo y peligro”.

⁹⁹ Jacques Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^o éd., LGDJ, Paris, 1993, pp. 162 ss.

¹⁰⁰ José Mélich-Orsini, *La resolución del contrato por incumplimiento*, ob. cit.; Gilberto Guerrero-Quintero, *La resolución del contrato (Principios Generales)*, 4^a ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013; José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 721-751; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, ob. cit., pp. 508-520; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. III, p. 236-273; Oscar Ochoa, ob. cit., T. II, p. 471-494; Oscar Palacios Herrera, ob. cit., pp. 260-270; Guillermo Gorrín, “Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contrato”, en *Libro homenaje a los cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, T. IV.

110. En este sentido, el poder de control del juez de la facultad de resolución se desarrolla de la siguiente manera. Una vez que el deudor contesta judicialmente la resolución unilateral, le corresponde al acreedor demostrar la gravedad del incumplimiento. Si el juez considera que la resolución fue ejercida de manera correcta, la sentencia del juez tiene un carácter meramente declarativo, el acto de notificación de la resolución produce un efecto constitutivo de la resolución a partir de la fecha de la notificación. Por el contrario, si el juez considera que el ejercicio de la resolución unilateral es infundado, la notificación de la resolución realizada por el acreedor se declara sin efectos, el contrato mantiene plena vigencia, y el acreedor es susceptible de sufrir las sanciones por su propio incumplimiento del contrato frente al deudor.

111. La resolución judicial. Según el nuevo artículo 1227 de la reforma, la resolución judicial puede ser demandada en todo momento. Así, la reforma mantiene la resolución judicial, la cual puede ser demanda por el acreedor en todo momento en lugar de la resolución convencional o de la resolución unilateral o por notificación.

112. Los efectos de la resolución. Según el artículo 1228 el juez puede, según las circunstancias, constatar o pronunciar la resolución u ordenar la ejecución del contrato, acordando eventualmente un lapso al deudor, o condenar al acreedor a indemnizar los daños y perjuicios causados por la inejecución. A diferencia del derecho venezolano, el derecho de la reforma otorga al juez las más amplias facultades, según las circunstancias, para resolver el conflicto provocado por el incumplimiento del contrato. Es en todo caso criticable que una vez consagrados los mecanismos de simplificación y de eficiencia económica del contrato, el derecho de la reforma otorgue al juez la más amplia discrecionalidad en relación a la resolución ejercida o demandada por el acreedor. Tal discrecionalidad fortalece el carácter excepcional de la resolución del contrato, así como el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Se le otorga a la jurisprudencia el poder de modelar la sanción de la resolución.

113. Según el artículo 1229, la resolución del contrato pone fin al contrato. Esta produce sus efectos, según sea el caso, según las condiciones establecidas en la cláusula resolutoria, o bien en la fecha de la recepción por el deudor de la notificación realizada por el acreedor, o bien en la fecha que fije el juez, o a la fecha de la demanda. Igualmente, cuando las prestaciones intercambiadas no pueden ser útiles sino con la ejecución completa del contrato, las partes deben restituir la integralidad de aquello que han procurado a la otra parte. Por el contrario, cuando las prestaciones intercambiadas pueden ser útiles a medida que se ejecuta recíprocamente el contrato, no hay lugar a la restitución por el período anterior a la última prestación que no ha recibido su contrapartida, en este caso, la resolución se califica como resciliación.

114. Las restituciones se rigen por los artículos de 1352 al 1352-9 de la reforma. Así, el efecto típico de la resolución es de poner fin al contrato, lo que implica que el mismo no produce más efectos y las partes son liberadas de sus obligaciones respectivas. Ello ocurre en la resolución convencional al momento que determine la cláusula, y en su defecto en la fecha de la notificación del acreedor. En la resolución unilateral, al momento de la notificación y, en la judicial, a la fecha de la sentencia o en su defecto, a la fecha de la demanda. La reforma abandona, en relación a los efectos retroactivos de la resolución, la distinción entre contratos a ejecución instantánea y contratos a ejecución sucesiva, y adopta la nueva clasificación en la cual se distingue entre los contratos a “utilidad continua”, es decir aquellos donde las partes son satisfechas de forma recíproca a medida que se ejecuta el contrato, y los contratos a “utilidad global”, es decir, aquellos en que las partes, o al menos una de ellas, no se satisface sino con la ejecución íntegra de la prestación prometida por el deudor. Cuando el contrato es de utilidad global, la restitución es total, el efecto retroactivo es pleno, el mismo se

produce desde la formación del contrato. En cambio, cuando la ejecución del contrato es de utilidad continua, las restituciones son parciales, el efecto retroactivo no es sino parcial, hasta el momento en que la última prestación no recibió su contrapartida.

115. Por último, según el artículo 1230 de la reforma, la resolución del contrato no afecta ni las cláusulas relativas a la resolución de disputas, ni aquellas destinadas a producir efectos en caso de resolución, tales como las cláusulas de resolución y de no competencia. Lo anterior no es de ninguna forma una innovación, se trata del derecho constante anterior a la reforma, salvo por el efecto de la cláusula de no competencia. Dicho efecto es en cualquier caso criticable, pues si el contrato no produce efectos, ¿por qué debería mantenerse una cláusula de no competencia? La razón que puede darse es que la resolución es un mecanismo de protección del derecho del acreedor, y no una sanción al fracaso de la operación económica. En este sentido, el acreedor tiene derecho a demandar con la resolución, la indemnización del interés positivo, y en consecuencia deben mantenerse vigentes las cláusulas penales y las cláusulas de limitación de responsabilidad, así como las cláusulas destinadas a surtir efecto luego de ejecutado el contrato. Por el contrario, si con la resolución solo tiene derecho demandar interés negativo, entonces el mantenimiento de los efectos de dichas cláusulas no tendría ningún sentido.

E. La indemnización de daños y perjuicios

116. El derecho de la reforma de los contratos en Francia deja prácticamente intacta la regulación de la indemnización de daños y perjuicios del Código civil de 1804, seguido en la actualidad por el derecho venezolano¹⁰¹. La indemnización de daños como sanción a la inexecución del contrato corresponde a los efectos de la llamada responsabilidad civil contractual. La razón de esto es que la reforma del derecho civil francés en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual es objeto de otra reforma, cuyo proyecto es actualmente objeto de discusión¹⁰².

117. El único cambio al régimen anterior a la reforma se traduce en la obligación del acreedor de otorgar un lapso razonable al deudor antes de poder ejercer la acción legal por daños y perjuicios. En efecto, el artículo 1231 de la reforma establece que salvo en los casos inexecución definitiva, los daños y perjuicios no son debidos a menos que el acreedor haya interpelado al acreedor de ejecutar el contrato dentro de un lapso razonables. Así, el nuevo artículo 1231-1 mantiene la regla según la cual el deudor será condenado a la indemnización de daños y perjuicios por la inexecución o por el retardo en la ejecución salvo que demuestre que la ejecución se ha hecho imposible por fuerza mayor. Igualmente, el artículo 1231-2 mantiene que la indemnización comprende toda pérdida como todo lucro del cual el acreedor ha sido privado. El artículo 1231-3 y el artículo 1231-4 limitan la indemnización al daño previsible salvo en caso de dolo o falta grave, precisando que, en cualquier caso, incluso en dichos casos, la indemnización es únicamente debida por aquellos daños que son consecuencia directa e inmediata de la inexecución. La norma en relación a la cláusula penal (Artículo 1231-5) y en relación a los daños por el incumplimiento de obligaciones pecuniarias (Artículo 1235-6) se mantiene igual. De manera que el nuevo régimen de la indemnización de daños no sufre ninguna modificación sustancial pues se encuentra en espera de la promulgación de la futura reforma en Francia del régimen legal de

¹⁰¹ José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, ob. cit., pp. 471-474.

¹⁰² Projet de Réforme de la Responsabilité Civile Mars 2017 présenté le 13 mars 2017, en: http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (Consultado en fecha 30 de enero de 2021).

la responsabilidad civil, la cual comprende el nuevo régimen de la responsabilidad contractual.

II. RÉGIMEN LEGAL DE LAS OBLIGACIONES

118. El derecho de la reforma francés, luego de haber dedicado todo un Título III las distintas fuentes de las obligaciones, la cual comprende el contrato, la responsabilidad extracontractual, así como las otras fuentes de las obligaciones, entre las cuales incluye a la gestión de negocio, pago de lo indebido y enriquecimiento sin causa; trata en un Título IV el Régimen legal de las obligaciones. En este sentido la diferencia en relación al Código civil venezolano, en el plano de su presentación, no hay mayor diferencia. De hecho, en el derecho venezolano, los programas de las universidades y los manuales generales tratan el estudio de esta materia de la misma forma. Por un lado, el estudio del régimen general de las obligaciones y por otro lado, el estudio de las fuentes de las obligaciones en particular. De manera que desde el punto de vista de la presentación del material el nuevo Código civil francés en su evaluación positiva se aproxima a la presentación de la materia hecha por el Código civil venezolano de 1942, el cual a su vez sigue, como hemos mencionado ya, al proyecto franco italiano de las obligaciones.

119. Si bien la presentación general del derecho positivo se aproxima al derecho venezolano, al dividir la regulación de las fuentes en particular por un lado, y por el otro, los efectos o el régimen general de las obligaciones, sin embargo, el derecho de la reforma introduce innovaciones importantes en relación al régimen general de las obligaciones como veremos de seguida. En este sentido, veremos las innovaciones más importantes del régimen general de las obligaciones en el mismo orden presentado por el nuevo Código civil francés: Las modalidades de la obligación (A), las operaciones sobre las obligaciones (B), las acciones del acreedor, (C) la extinción de las obligaciones (D), y las restituciones (E).

1. Las modalidades de la obligación

120. Las innovaciones en relación a las modalidades de la obligación se presentan únicamente en ciertos aspectos del régimen jurídico. Se debe notar que, en general, el régimen jurídico de las obligaciones sigue siendo igual al derecho anterior a la reforma. Se trata de reglas clásicas, vigentes igualmente en el derecho venezolano y reproducidas por el Código venezolano de 1942. Los aspectos innovadores pueden hacerse notar en relación a las obligaciones condicionales (i), a las obligaciones a término (ii) y a las obligaciones con pluralidad de objetos y sujetos (iii).

121. (i) Obligaciones condicionales¹⁰³. En relación a las obligaciones condicionales, la clasificación en obligaciones sujetas a condiciones suspensivas o resolutoria se mantiene. Según el artículo 1304-1 de la reforma, si la condición es ilícita se reputa nula la obligación independientemente si se trata de una condición suspensiva o resolutoria. Solución contraria al artículo 1200 del Código civil venezolano, según en el cual la obligación es nula si la condición es suspensiva y la condición se reputa no escrita si la condición es resolutoria. En este último caso, si la condición ilícita es una causa determinante de la voluntad de las partes, la obligación también se considera nula. En relación a las condiciones imposibles la reforma no trae ningún artículo, pues considera que si la condición suspensiva es imposible la obligación que depende

¹⁰³ Thomas *Genicon*, Olivier *Deshayes*, Yves-Marie *Laithier*, ob. cit., pp. 643 ss.

nace muerta. En cambio, si la condición resolutoria es imposible, la obligación que depende nace pura y simple. En dichos casos no hay diferencia con la solución del Código civil venezolano.

122. Según el artículo 1304-2 se mantiene la prohibición de las obligaciones puramente potestativas del deudor, extendiendo el efecto aplicable únicamente a las obligaciones sujetas a la condición suspensiva a aquellas sujetas a condición resolutoria, lo cual es una solución criticable en la medida que la terminación unilateral del contrato por la voluntad de una sola de las partes es una estipulación común en los contratos. El nuevo artículo 1303-3 extiende a la condición resolutoria el efecto de la condición cumplida cuando la parte que tiene interés provoca su cumplimiento. Dicho régimen corresponde al régimen actual en el derecho venezolano.

123. Una de las innovaciones que conviene resaltar, al menos desde el punto de vista de su consagración positiva, es la regulación de la renuncia a la condición. En efecto, según el artículo 1304-4, aquel en interés de quien se ha estipulado una condición resolutoria o suspensiva, tiene el derecho a renunciar a dicha condición y tener la obligación como pura y simple. Sin embargo, dicha facultad se encuentra limitada en el tiempo, y es que según el referido artículo, la renuncia de la parte interesada no puede llevarse a cabo después que la condición se ha verificado o es considerada fallida. Sin embargo, la parte interesada puede renunciar a la condición fallida si obtiene el acuerdo de la otra parte de la relación jurídica obligatoria.

124. Por último, la innovación más importante sin duda en relación a la condición como modalidad de la obligación tiene que ver con el abandono del efecto retroactivo de la condición suspensiva. En efecto, según el artículo 1304-6, la obligación sujeta a una condición suspensiva se considera que existe desde el momento de la verificación de la condición y no desde la fecha de la conclusión del contrato. Sin embargo, según el artículo 1304-7 el efecto retroactivo de la condición se mantiene en relación a las condiciones resolutorias, salvo por dos excepciones: la primera en caso de convención en contrario de las partes, y la segunda, en el caso de las obligaciones recíprocas, si las prestaciones intercambiadas han encontrado recíprocamente su utilidad durante la ejecución del contrato. Se trata de contratos a ejecución sucesiva donde las prestaciones se han ejecutado de manera satisfactoria para las partes hasta el momento de la ocurrencia de la condición resolutoria. Se trata en este caso de extender los efectos de la resciliación del contrato por incumplimiento al régimen de las condiciones resolutorias.

125. (ii) Las obligaciones a término: No existe ninguna evolución sustancial más allá de la consagración de forma positiva del derecho constante anterior a la reforma. El artículo 1305 de la reforma recuerda que el término es un evento futuro y cierto del cual depende la exigibilidad y no la existencia de la obligación. Determina igualmente que el término es en principio establecido a favor del deudor, pero que el puede interpretarse establecido a favor del acreedor o de ambas partes según lo determine la ley, la voluntad de las partes o bien la naturaleza o circunstancias concretas, siendo que la facultad de renunciar al término corresponde a la parte a favor de quien el término es establecido. El artículo 1305-4 establece, tal como lo hace el Código civil venezolano, la caducidad del término en aquellos casos en los cuales el deudor no otorga las garantías ofrecidas o las garantías otorgadas disminuyen. El artículo 1305-5 de la reforma establece, como una innovación en relación al derecho venezolano, el que la caducidad del término no perjudica a los codeudores solidarios ni al fiador, lo cual es un efecto que puede deducirse del régimen de la solidaridad y de la fianza en el derecho venezolano.

126. (iii) Las obligaciones con pluralidad de objetos o sujetos: En relación a la pluralidad de objetos, la reforma no trae ninguna innovación esencial. Desde el punto de vista positivo el artículo 1306 consagra las obligaciones conjuntivas o cumulativas en las cuales el deudor se libera cumpliendo con todas las prestaciones prometidas. Al igual que el Código civil venezolano, el Código civil de 1804 solo regulaba las obligaciones alternativas. En relación a las obligaciones alternativas, el nuevo artículo 1307-1 en su primer aparte consagra, como una

innovación, el derecho del acreedor de la obligación alternativa de resolver el contrato si el deudor no realiza la elección en el término convenido o en un término razonable, en lugar de realizar la elección. Según el mismo artículo, se establece de forma positiva que, una vez realizado la elección por el acreedor o el deudor, la obligación pierde su carácter alternativo. El régimen jurídico de la obligación alternativa se mantiene. Por último, el artículo 1308 de la reforma, consagra de forma positiva la obligación facultativa.

127. Pluralidad de sujetos: En relación a las obligaciones con pluralidad de sujetos el artículo 1309 de la reforma mantiene el principio de la mancomunidad en el caso de pluralidad de sujetos pasivos, activos o ambos en una misma relación jurídica obligatoria. En dichos casos se divide de pleno derecho la prestación y los derechos entre tantos sujetos activos y pasivos exista. Como el régimen común, las excepciones a la mancomunidad es la solidaridad (Artículo 1310 y siguientes de la reforma) y las obligaciones con prestaciones indivisibles (Artículo 1320 y siguientes de la reforma). En términos esenciales no existe diferencias substanciales en relación al derecho constante anterior a la reforma, y al derecho venezolano. Sin embargo, existen diferencias formales en relación a la presentación de las reglas. Un ejemplo de ello es que los efectos de la solidaridad activa o pasiva en relación a los modos de extinción de las obligaciones son analizados con el régimen de cada modo de extinción (pago, compensación, novación, remisión, confusión, prescripción, juramento decisorio, etc). Un estudio pormenorizado de la institución revela en el detalle una serie de diferencias entre ambos sistemas jurídicos los cuales escapan de estos breves comentarios, destinados a señalar las innovaciones más importantes de la reforma francesa en materia de contratos y obligaciones desde el punto de vista del derecho venezolano.

2. Las operaciones sobre las obligaciones

128. En este capítulo II, se agrupan las diferentes operaciones de las que pueden ser objeto las obligaciones, en ellas se incluyen operaciones traslativas como la cesión del crédito, la cesión de la deuda y las operaciones constitutivas como la novación y la delegación. La gran innovación con respecto al derecho francés anterior a la reforma es la consagración legal de la figura de la cesión de la deuda. En relación a la cesión del crédito se trata únicamente de una “modernización”. La novación y la delegación no presentan ninguna innovación en relación al derecho constante anterior a la reforma, sin embargo, la presentación de su régimen jurídico se hace más clara y completa que en relación al régimen anterior. Se trata aquí únicamente de resaltar la innovación más importante de la reforma en relación a estas instituciones.

129. i) La cesión de crédito: La modernización de la cesión de crédito en el derecho de la reforma opera en relación a los requisitos de su formación y a sus efectos en relación con respecto al deudor cedido. Salvo por estos dos rasgos nuevos, la cesión de crédito mantiene el régimen jurídico del derecho anterior a la reforma, el cual es

seguido esencialmente por el derecho venezolano¹⁰⁴. En efecto, según el artículo 1322 de la reforma el contrato de cesión de crédito debe constar por escrito bajo pena de nulidad. Así a partir de la reforma, la cesión de crédito en Francia es un negocio jurídico solemne. La razón de la reforma es la oponibilidad de la cesión a los terceros a partir de la celebración del contrato, y no a partir de la notificación o aceptación del deudor.

130. El artículo 1323 de la reforma establece en este sentido que la cesión del crédito opera entre las partes a partir de la fecha del acto. Establece igualmente que ella es oponible a los terceros a partir de ese momento, la prueba de dicha fecha puede realizarse por el cesionario a través de cualquier medio de prueba. Sin embargo, según el artículo 1324 de la reforma, la cesión no es oponible al deudor que a partir del momento en que este ha consentido, ha sido notificado, o a tomado conocimiento del acto. Según el mismo artículo el deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones inherentes a la deuda, así como todas las excepciones de su relación con el cedente verificadas antes de la fecha en que la cesión le es oponible. De esta nueva regulación resulta, según el artículo 1325 de la reforma, que en caso de concurso de dos cesionarios sobre una misma acreencia, debe ser preferido quien haya recibido la acreencia de primero en fecha, y no en función de la fecha en que la cesión haya sido notificada de primero al deudor.

131. ii) La cesión de deuda: La consagración de la cesión de deudas es otra de las innovaciones banderas de la reforma¹⁰⁵. Se trata de la transmisión del lado pasivo de una relación jurídica obligatoria, y no de la creación de una nueva relación obligatoria, tal como ocurre con instituciones vecinas tal como la novación por cambio de deudor, la delegación, la estipulación a favor de tercero (*Expromissio* y *Adpromissio*). La originalidad precisamente del mecanismo reside en el hecho de que es la deuda original la que vincula al cesionario con el acreedor cedido. Tal como es consagrada en la reforma, la naturaleza de la cesión de deuda es en realidad la sustitución de un nuevo deudor por el deudor original. El nuevo deudor sustituye y toma el lugar del deudor original. De hecho, en lugar de cesión de deuda, el mecanismo ha podido perfectamente tomar el nombre de “sustitución de deudor”. Y es que la propia reforma denomina al cedente de la deuda como “deudor original” y al cesionario de la deuda como “deudor sustituto”. La consagración de la cesión de deuda representa sin duda una evolución en relación al derecho venezolano¹⁰⁶, que en esta materia sigue al derecho francés anterior a la reforma y que niega su admisión, salvo por una parte minoritaria de la doctrina. La cuestión está en saber si un acuerdo entre el deudor original, el deudor sustituto y el acreedor, permitiría la sustitución de deudor de frente al acreedor, a pesar de no estar prevista tal forma de transmisión de la obligación en la

¹⁰⁴ Alfredo de Jesús, *La cesión de créditos*. Tipografía Principios, Caracas, 2002; Enrique Andueza A., *De la cesión de créditos y otros derechos*, Mata y Aguilera Editores Asociados, Caracas, 1982; Oscar Ochoa, ob. cit., T. II, pp. 781-788; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. I, pp. 141-150; María Candelaria Domínguez, *Curso Derecho civil III*, ob. cit., p. 306.

¹⁰⁵ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 753 ss.; Marc Billiau, Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005, N° 376; Eugène Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particuliers*, reedición, Panthéon-Assas, Paris, 2014.

¹⁰⁶ James Otis Rodner, *Cesión del contrato y los principios de UNIDROIT*, ob. cit., pp. 169-242; María Candelaria Domínguez, *Curso Derecho civil III*, ob. cit., p. 311; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. I, pp. 151 ss.; Oscar Ochoa, ob. cit., T. II, pp. 809-815, James Otis Rodner, *La transferencia del contrato*, ob. cit., p. 108.

ley. En nuestra opinión la libertad contractual, debería ser suficiente para lograr dicho efecto. Es de hecho de esa forma como lo regula el nuevo derecho de la reforma.

132. Según el artículo 1327 de la reforma la cesión de la deuda debe constatarse por escrito bajo pena de nulidad. A diferencia de la cesión de crédito, la cesión de deuda requiere del consentimiento del acreedor, de manera que constituye una operación jurídica a tres personas. El artículo 1327-1 permite expresamente la posibilidad del acreedor de dar su consentimiento a la cesión de la deuda de forma adelantada. Si ese es el caso, la cesión no le es oponible al acreedor que a partir del momento en que la misma le ha sido notificada. Según el artículo 1327-2, salvo en los casos en los cuales el acreedor libera expresamente al deudor original de la deuda, el consentimiento del acreedor a la cesión de la deuda no libera al deudor original quien continúa obligado de manera solidaria al pago con el nuevo deudor. De manera que el principio es el de la “cesión acumulativa” de la deuda. El acreedor mantiene al deudor original y al nuevo deudor como codeudores solidarios. Sin embargo, si bien no pareciera haber una transmisión de la deuda, en realidad el deudor original se mantiene frente al acreedor en calidad de garante de deudor sustituto. Así, en la relación interna entre los dos codeudores solidarios, la contribución a la deuda pertenece enteramente al nuevo deudor. Si el deudor original paga, el mismo tiene una acción de regreso contra el nuevo deudor por la totalidad del pago. Si bien la reforma se vale del mecanismo de la solidaridad, en realidad la misma se utiliza con una función de garantía¹⁰⁷.

133. La cesión acumulativa para ser “perfecta”, requiere entonces un doble consentimiento, un consentimiento autorizando la cesión, y un consentimiento liberando al deudor original o cedente. El artículo 1327-2 establece que la cesión de la deuda produce solo efectos al futuro. Dicho efecto es normal pues la cesión no puede operar de forma retroactiva, es decir, sobre la parte de la obligación que ya ha sido extinguida en virtud del pago u otro mecanismo de extinción de las obligaciones que haya operado con anterioridad a la fecha de la cesión de la deuda. La deuda se transmite en el estado en que se encuentra al momento de la cesión.

134. Según el artículo 1328 el deudor sustituido, y el deudor original, en la medida en que todavía se encuentre obligado, pueden oponer al acreedor las excepciones inherentes a la deuda, tales como la nulidad, la excepción de inejecución, la resolución o la compensación de dudas conexas. Evidentemente cada deudor puede oponer las excepciones que le son personales. Se critica al artículo haber aplicado el régimen de la solidaridad cuando en realidad en la “cesión cumulativa”, la posición del deudor original es la de un garante. De manera que las reglas aplicables deberían ser más bien aquellas de la fianza¹⁰⁸. El deudor originario debería poder oponer todas las excepciones comunes y personales del deudor sustituto. Igualmente, vista la naturaleza traslativa de la deuda, el deudor sustituto debería poder oponer todas las excepciones personales del deudor sustituto como la nulidad basada en consideraciones personales del deudor, tales como la capacidad y los vicios del consentimiento. Y es que a diferencia de la solidaridad, donde existe pluralidad de vínculos y unidad de prestación, en la cesión de la deuda, el vínculo jurídico entre el deudor original y el acreedor, es el mismo que asume el deudor sustituto.

135. El artículo 1328-1 establece dos reglas diferentes. Por un lado determina que las garantías de la deuda se mantienen cuando el deudor original no es liberado en

¹⁰⁷ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 753 ss.; François Chenede, ob. cit., p. 177

¹⁰⁸ *Idem*.

virtud de la cesión. En caso contrario, las garantías consentidas por el deudor o por un tercero subsisten con el acuerdo de estos. Por otro lado, si el deudor original es liberado, no obstante, los co-debitores solidarios permanecen obligados deduciendo la parte del deudor original en la deuda. Dicha norma es también criticable pues en principio los codeudores solidarios deben tener recurso por la parte de la deuda contra el deudor sustituto en su relación interna. De manera que no hay razón de liberarlos por la parte del deudor original.

136. iii) La Novación y la delegación. La reforma del derecho francés de los contratos y de las obligaciones no aportan cambios sustanciales al régimen anterior, seguido en gran parte por la doctrina venezolana¹⁰⁹. De manera que no se resuelven muchas de las dudas y de los vacíos normativos que tiene estas instituciones. En relación a la delegación vale decir que la misma alcanza su autonomía positiva con el derecho de la reforma, pues al igual que en el derecho venezolano, la delegación era tratada en el derecho francés anterior junto con las normas de la novación. A partir de la reforma, la delegación tiene un desarrollo normativo autónomo del nuevo artículo 1336 al nuevo artículo 1340 de la reforma. El artículo 1336 la define como una operación por la cual una persona, el delegante, obtiene de otra, el delegado, que esta se obligue a favor de una tercera persona, el delegatario quien la acepta como deudor. Conforme a la jurisprudencia vigente, no se exige la existencia de relaciones jurídicas anteriores entre las partes de la delegación. Se distingue la delegación novatoria o perfecta de la delegación simple o imperfecta. No se hace sin embargo alusión a la noción de la delegación cierta y de la delegación incierta, es decir, en el primer caso, aquella en la cual el delegado se obliga a una prestación concreta y, en el segundo caso, por el contrario, en la cual se obliga exclusivamente en la medida de su obligación con el delegante, o bien en la medida de la obligación de delegante con el delegatario. Se consagra en forma expresa, tal como ocurre en derecho venezolano, la inoponibilidad por parte del delegado de las de excepciones que tengan su origen en su relación jurídica con el delegante o la de este con el delegatario (art. 1337, al. 2), aclarando sin embargo la posibilidad de las partes de estipular en contrario.

137. Dentro de las normas más importantes, se destacan los artículos 1338 y 1339, en los cuales se precisa los efectos del pago del delegado sobre las relaciones subyacentes entre el delegante y el delegado, así como entre el delegante y el delegatario en los casos de delegación no novatoria, aclarando que dichas relaciones jurídicas se extinguen en la medida de pago realizado por el delegado. El artículo 1339 establece finalmente la suspensión del derecho de crédito del delegante contra el delegado durante la vigencia de la delegación. En este sentido, se suspende el derecho del delegante a demandar el pago de su crédito al delegado, en relación a la relación subyacente entre estos. El mismo artículo expresa en forma positiva la solución vigente en el derecho anterior a la reforma, admitiendo la cesión y el embargo del crédito subyacente pero sometido a las mismas limitaciones impuestas sobre el crédito en relación al delegante.

3. Las acciones del acreedor

138. El capítulo II del título IV del código civil francés de la reforma establece de forma positiva las acciones a nombre del acreedor. La innovación de este capítulo se

¹⁰⁹ José Mélich-Orsini, *Modos de extinción de las obligaciones*, Ediciones Paredes, Caracas, 2004, p. 19-103; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, ob. cit., pp. 337-342; Oscar Ochoa, ob. cit., T. II, pp. 759-762; Oscar Palacios Herrera, ob. cit., pp. 367-371; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. II, pp. 76-80.

encuentra únicamente en su presentación, pues las acciones del acreedor, así como su régimen no modifican prácticamente en nada el derecho constante anterior. En este sentido el acreedor dispone de la acción de ejecución de la obligación (art. 1341), de la acción de “carencia” u oblicua (art. 1341-1), de la acción pauliana o por fraude (1341-2) y de las acciones directas (art. 1341-3), cuando así lo permite la ley. Salvo por esta modificación en la presentación como un efecto propio a todo tipo de obligación, el régimen jurídico de las referidas acciones corresponde al régimen anterior a la reforma, salvo por algunas precisiones. Vale la pena señalar que la acción por simulación se regula exclusivamente en las normas relativas al contrato, particularmente como un efecto del contrato en los nuevos artículos 1201 y 1202 de la reforma.

4. La extinción de las obligaciones¹¹⁰

139. En relación a los modos de extinción de las obligaciones las innovaciones de la reforma no son sustanciales y en forma general la misma mantiene el derecho anterior salvo por algunas innovaciones de carácter secundario. En efecto el Capítulo IV, presenta en cinco secciones las causas de extinción de las obligaciones: el pago, la compensación, la confusión, la remisión de la deuda y la imposibilidad de ejecución. Es necesario indicar la lista no contiene todas las causas de extinción de las obligaciones, hubiese sido necesario incluir en la misma la novación, la nulidad, la resolución del contrato, la prescripción extintiva, así como la condición resolutoria o extintiva, y la caducidad del contrato. Estas últimas, causas de extinción reguladas en forma separada en el nuevo derecho de la reforma. Aquí veremos entonces únicamente las innovaciones más importantes en relación a la lista contenida en el referido capítulo IV.

140. i) El pago¹¹¹. El pago es regulado en los artículos que van del 1342 al 1342-10. Los mismos no aportan modificaciones importantes al derecho anterior, sin embargo, clarifican en ciertos aspectos la institución. Así el artículo 1342 define el pago como la ejecución voluntaria de una prestación debida, de manera que toda ejecución involuntaria, incluida la ejecución forzosa no entra dentro de la definición de pago. Igualmente, la referencia al carácter voluntario de la ejecución permite calificar el pago como un negocio jurídico y no como hecho jurídico. El mismo artículo aclara sus efectos indicando que el pago extingue la obligación salvo en caso de subrogación. El artículo 1342-1 establece la legitimidad del *solvens*, expresando, como en el derecho anterior, que el pago puede ser realizado por una persona distinta del deudor, sin distinguir entre tercero interesado o no, indicando que el acreedor puede rehusar el pago solo si tiene una causa legítima. Es el caso por ejemplo de las obligaciones *intuitu personae*, así como cualquier otra distinta. Desparecen toda referencia a la capacidad de la persona que hace el pago, la calidad de propietario de quien transfiera un derecho real, así como la referencias al derecho del *accipiens* de buena fe de conservar el pago si se trata de cosas consumibles. Dichas situaciones mantienen el régimen anterior, el cual no hace sino aplicar las normas relativas a la capacidad y al pago de lo indebido, en los cuales todo pago requiere la intención de extinguir una deuda, inexistente en el caso de incapaces. La eliminación del carácter de propietario

¹¹⁰ Para una referencia en derecho venezolano ver: José Mélich Orsini, *El pago*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, p. 15.

¹¹¹ José Mélich-Orsini, *El pago*, ob. cit.; Magaly Carnevali, *El pago. Naturaleza y requisitos*, Universidad de Los Andes, Mérida, 1988; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, ob. cit., pp. 296 ss.; César Casas Rincón, *Obligaciones civiles. Elementos*, C.A. Artes Gráficas Scra., Caracas, 1946, pp. 500 ss.; Emilio Calvo Baca, *Manual de derecho civil venezolano*, Librerías Destino, Caracas, 1984, pp. 222 ss.; Oscar Ochoa, ob. cit., T. II, pp. 725 ss.; Oscar Palacios Herrera, ob. cit., pp. 354 ss.; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. II, pp. 10-48.

de quien se obliga a transferir la propiedad es cónsona con la eliminación de la categoría de la obligación de dar en el derecho de la reforma, quedando esta como un simple efecto del contrato, lo cual es en nuestra opinión criticable, pues en lugar de simplificar, obliga a acudir al derecho anterior para explicar los efectos del pago.

141. El artículo 1342-2 regula la legitimidad del *accipiens*, es decir de las condiciones requeridas por el destinatario del pago para que el mismo sea válido. El mismo indica que el pago debe ser hecho al acreedor o a la persona designada para recibirlo, haciendo alusión a la designación hecha por el acreedor, por la ley o por el juez. El artículo indica igualmente que si el pago es realizado a una persona distinta, incluso a un incapaz el pago es válido si el acreedor lo ratifica, o si se ha aprovechado del mismo. El artículo 1342-3 mantiene la validez del pago al acreedor aparente, haciendo referencia a la fórmula anterior del poseedor del crédito, siempre que el *solvens* sea de buena fe. El artículo 1342-4 establece los principios de integridad y de identidad del pago, permitiendo la dación en pago cuando es aceptada por el acreedor. El artículo 1342-5 establece la liberación del deudor por la entrega de la cosa cierta en el estado en que se encuentra al momento de la entrega salvo por daños imputables al deudor, sin embargo se elimina el artículo relativo a la calidad de la prestación genérica, la cual es regulada en el artículo 1166. Según el mismo, la calidad de la prestación no es la calidad media, como establecía el antiguo artículo 1246, sino aquella que satisfaga razonablemente las expectativas del acreedor¹¹².

142. El artículo 1342-6 de la reforma mantiene el domicilio del deudor como el lugar del pago, salvo designación contraria por la convención, el juez o la ley. Se mantiene el principio del carácter “portable” y no “querable” del pago. Sin embargo, el artículo 1344-4 establece una innovación importante estableciendo como excepción a esta norma supletoria, el caso de las obligaciones pecuniarias. A partir de la reforma el lugar de pago de las obligaciones pecuniarias es el domicilio del acreedor y no el del deudor. El artículo 1342-7 mantiene la regla según la cual los gastos del pago son a cargo del deudor, sin embargo, el artículo 1345-3, establece como excepción los gastos de la interpelación y de los gastos de la ejecución forzosa de la obligación. El artículo 1342-8 establece que la prueba del pago se puede realizar por cualquier medio de prueba, lo cual es conforme a la solución jurisprudencial en vigor al momento de la reforma, aun cuando el carácter necesariamente voluntario del pago permite afirmar que el mismo corresponde un acto y no a un hecho jurídico¹¹³.

143. El pago de obligaciones pecuniarias. Desde el punto de vista puramente formal, la reforma introduce una innovación al regular de forma expresa las obligaciones pecuniarias en el artículo 1343. El mismo consagra el principio nominalista de las obligaciones pecuniarias, su temperamento al permitir la indexación, y la excepción, las deudas de valor. En efecto según este artículo: “el deudor de una obligación de una suma de dinero se libera mediante la entrega del montante nominal. El mismo puede variar por el juego de la indexación. El deudor de una deuda de valor se libera por la entrega de la suma de dinero resultado de su liquidación”. En el fondo se trata únicamente de una consolidación del derecho anterior. Al igual que en Venezuela¹¹⁴, en el derecho anterior a la reforma el principio estaba consagrando en las normas

¹¹² Nuevo artículo 1246 Código civil francés: “Cuando la cualidad de la prestación no es determinada o determinable en virtud del contrato, el deudor debe ofrecer una prestación de cualidad conforme a las legítimas expectativas de las partes en consideración de su naturaleza, de los usos y del monto de la contrapartida”.

¹¹³ Civ. 1°, 6 Juill. 2004, *Bull. Civ.* I, n° 202.

¹¹⁴ José Mélich-Orsini, *El pago*, ob. cit., p. 151.

relativas al préstamo de dinero. La indexación a que se hace referencia es a la indexación convencional y no al principio de la indexación judicial, tal como es entendida en el derecho venezolano.

144. Cabe indicar como una innovación importante la referencia, por la primera vez en el Código civil francés de las deudas de valor. También cabe resaltar la regulación de los intereses en el artículo 1343-1, según el mismo la obligación pecuniaria puede causar intereses, según los determine la ley o las partes. En dichos casos el deudor se libera cuando paga el principal y los intereses, en caso de pago parcial, el pago se imputa primero a los intereses. El interés convencional debe constar por escrito, y se reputa anual salvo convención en contrario. El artículo 1343-2 establece como principio la no capitalización de los intereses salvo convención en contrario o disposición de la ley. A pesar de la innovación en la presentación, otras normas relativas al régimen de las obligaciones pecuniarias se encuentran dispersas en otras secciones del derecho de reforma. Así el artículo 1344-1 regula los efectos de la mora de las obligaciones pecuniarias, al establecer que el deudor debe el interés legal sin necesidad de que el acreedor justifique un perjuicio. El artículo 1231-6 regula los efectos de la mora de las obligaciones en materia contractual, incluyendo, además de los efectos anteriormente mencionados, el derecho del acreedor a demandar la indemnización del daño mayor.

145. La mora¹¹⁵. El derecho de reforma establece las condiciones generales para que opere la mora del deudor y del acreedor en los artículos 1344 y 1345.

146. La mora del deudor. Dichas condiciones generales tienen como excepción en particular las normas relativas a los remedios al alcance del acreedor en caso de indexación, las cuales establecen condiciones especiales para la puesta en mora del deudor y para el ejercicio de las sanciones y remedios allí establecido. Este tipo especial de mora es establecido por ejemplo para la ejecución forzada en natura (art. 1221), para el remplazo unilateral de la prestación (art. 1222), para el ejercicio de la cláusula resolutoria (art. 1225), para el ejercicio de la resolución unilateral (art. 1226), para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 1231). En todos estos casos, la puesta en mora del acreedor o "*mise en demeure*", implica el otorgamiento de un último plazo previo para la ejecución voluntaria de la obligación, como presupuesto del ejercicio de las sanciones o remedios consagrados por el derecho de la reforma en esos artículos. En este sentido, no es clara la reforma en relación a estos dos tipos de presupuestos de la mora, unos generales y otros particulares. Al parecer, el cumplimiento de los presupuestos generales da lugar a los efectos típicos de la mora como son los intereses compensatorios en el caso de las obligaciones pecuniarias, y la transferencia del riesgo de la cosa al deudor en el caso de las obligaciones de entrega de una cosa cierta, y el cumplimiento de los presupuestos especiales permiten al acreedor ejercer las sanciones y remedios de la inejecución del contrato¹¹⁶.

147. Así el artículo 1344 solo establece como presupuesto de la mora la interpelación, y a diferencia del derecho anterior, el vencimiento del término, solo si así lo han convenido las partes. Los efectos de la mora del deudor antes comentados se encuentran establecidos en el artículo 1344-1 y en el artículo 1344-2. En cambio, los artículos 1221, 1225, 1226 y 1231 requiere el otorgamiento de un plazo razonable

¹¹⁵ François Chenede, ob. cit., p. 189

¹¹⁶ Para una referencia en el derecho venezolano ver: José Mélich-Orsini, *La mora del deudor en el derecho venezolano*, in *Estudios de derecho civil*, Fabretón, Caracas, 1974, p. 185.

de cumplimiento, y solo en el caso de que dicho plazo sea infructuoso, se habilita al acreedor a demandar en justicia las sanciones allí previstas.

148. La mora del acreedor. Los artículos del 1345 al 1345-3 de la reforma innovan en relación al derecho anterior al substituir un nuevo procedimiento al procedimiento de oferta real y depósito establecido en el derecho anterior. Según el nuevo procedimiento, cuando el acreedor sin motivos legítimos rechaza el pago o lo impide, el deudor debe dirigir una notificación a los fines de colocar al acreedor en mora de aceptar el pago. Dicho acto por sí solo suspende el curso de intereses, pone la cosa a riesgo del acreedor, sin interrumpir la prescripción. Según el artículo 13451, luego de dos meses, si persiste la negativa del acreedor, el deudor puede proceder a la consignación del pago o bien hacer depositar la cosa con un depositario profesional, el deudor se libera a partir de la consignación o depósito. Si se trata de una obligación de hacer, el deudor se libera transcurrido dos meses desde la puesta en mora del acreedor. Corresponde al acreedor entonces, si cree haber tenido razones legítimas para rechazar el pago, demandar al deudor las sanciones o remedios del incumplimiento y al deudor oponer su liberación. Este sistema innova en relación al procedimiento de oferta real y depósito previsto en el derecho venezolano el cual solo es aplicable las obligaciones pecuniarias y a las obligaciones de dar, no así a las obligaciones de hacer y de no hacer¹¹⁷.

149. El pago con subrogación¹¹⁸. El derecho de la reforma mantiene los dos casos de subrogación, es decir, la subrogación legal y la subrogación convencional. El artículo 1346 de la reforma abandona la lista taxativa de casos en que opera la subrogación legal y consagra un único supuesto. Según dicho artículo la subrogación tiene lugar por el solo efecto de la ley en beneficio de aquel que, teniendo un interés legítimo, paga, a partir del momento en que su pago libera frente al acreedor aquel en quien debe recaer la carga definitiva de todo o parte de la deuda. De esta manera se amplían los supuestos de subrogación legal, incluyendo evidentemente todos los casos taxativamente enumerados en la ley anterior, pero incluyendo cualquier caso en el cual el acreedor paga teniendo un interés legítimo. Igualmente se busca evitar que un tercero totalmente extraño a la relación jurídica obligatoria y con un interés ilegítimo, se pueda beneficiar de la subrogación legal.

150. En relación a la subrogación convencional la reforma distingue aquella que ocurre como iniciativa del acreedor (*ex parte creditoris*) y aquella que ocurre como iniciativa del deudor (*ex parte debitoris*). En relación a la subrogación *ex parte creditoris* el derecho de la reforma no aporta ninguna innovación al antiguo artículo 1250. Las dos condiciones del derecho anterior se mantienen, es decir el carácter expreso y concomitante de la subrogación. Ambas condiciones son igualmente exigidas por el artículo 1299 del Código Civil venezolano. El derecho de la reforma aclara sin embargo que el requisito de la concomitancia se cumple si el acreedor subrogado manifiesta su voluntad con anterioridad a la subrogación de que quien paga sea subrogado en sus derechos frente al deudor.

151. En relación a la subrogación *ex parte debitoris*, el artículo 1346-2 mantiene la fórmula del derecho anterior, el cual es idéntico a la fórmula del Código civil venezolano¹¹⁹. Sin embargo, innova al establecer una distinción entre la subrogación por

¹¹⁷ José Mélich-Orsini, *El pago*, ob. cit., p. 212.

¹¹⁸ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., p. 858; François Chenede, ob. cit., p. 191

¹¹⁹ José Mélich-Orsini, *El pago*, ob. cit., pp. 223 ss.; Magaly Carnevali, ob. cit.; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, ob. cit., pp. 296 ss.

voluntad del deudor con la participación de la voluntad del acreedor, y la subrogación *ex parte debitoris* sin voluntad del acreedor. En este segundo caso, el derecho de la reforma establece como condición de validez de la subrogación el que la deuda objeto de la subrogación esté vencida, o que el término esté estipulado a favor del deudor. Adicionalmente se requiere, tal como estaba establecido en el derecho anterior, que el acto del préstamo y el acto del pago tengan fecha cierta, que en el acto del préstamo se declare haberse tomado este para hacer el pago, y que en el acto del pago se declare haberse realizado con dinero suministrado por el nuevo acreedor. Este nuevo requisito es producto de un debate doctrinal en el cual se afirmaba que en el préstamo a interés el término está estipulado a favor de ambas partes. De manera que el deudor no tendría derecho al pago anticipado sin la autorización del acreedor. Es por ello que el artículo 1346-2 en su primer aparte permite la subrogación *ex parte debitori*, aún antes del vencimiento de la deuda, siempre que cuente con el concurso de la voluntad del acreedor. En dicho caso no se requiere ni que el acto del préstamo ni del pago estén notariados o tengan fecha cierta.

152. En relación a los efectos de la subrogación, el derecho de reforma si bien mantiene las reglas anteriores precisa las soluciones dadas por la jurisprudencia. Así, el artículo 1346-3 consagra la regla según la cual la subrogación no puede perjudicar al acreedor cuando ha sido realizada solo parcialmente, el acreedor tiene derecho a ser preferido en sus derechos al tercero subrogado parcialmente. El artículo 1346 establece como primer efecto la transmisión de la acreencia a favor del tercero subrogado, pero únicamente dentro del límite de lo que ha sido pagado. La subrogación trasmite la acreencia y sus accesorios, salvo por los derechos exclusivamente vinculados a la persona del acreedor subrogado. Como ocurre igualmente en el derecho venezolano¹²⁰, se transmiten con la acreencia todas las garantías y accesorios, dentro de los límites en que han sido constituidas ya sean por los terceros o por el mismo deudor. El subrogado solo tienen derecho al interés legal, a partir de la fecha del pago, salvo que acuerde un interés convencional con el deudor. Se ratifica entonces que la subrogación opera exclusivamente por el monto de lo que se ha pagado, lo cual es en nuestra opinión contestable, la relación jurídica obligatoria debería transmitirse en los mismos términos en que fue contratada o adquirida por el acreedor. Según el artículo 1346-6, el deudor puede invocar la subrogación desde que ha tenido conocimiento, es oponible a los terceros desde el pago, y es oponible por al deudor desde que ha sido notificado o ha participado en el acto de subrogación. El deudor puede oponer al acreedor subrogado las mismas excepciones que hubiese podido oponer al acreedor antes que la subrogación sea oponible, tales como el otorgamiento de un término, la remisión de la deuda y la compensación de deudas no conexas, así como todas las excepciones inherentes a la deuda tales como la nulidad, la excepción de inejecución, la resolución o la compensación de deudas conexas. No se indica, pero se infiere que el deudor puede oponer todas excepciones de la relación entre el deudor y el acreedor subrogado, particularmente, el pago, la nulidad de la subrogación, la compensación, entre otros.

153. (ii) La compensación¹²¹. Los artículos 1347 y 1348 de la reforma mantienen el mismo régimen jurídico al derecho anterior, el cual sigue el derecho venezolano¹²².

¹²⁰ José Mélich-Orsini, *El pago*, ob. cit., pp. 223 ss.

¹²¹ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., p. 878; François Chenede, ob. cit., p. 194

¹²² José Mélich-Orsini, *Modos de extinción*, ob. cit., pp. 153-204; James Otis Rodner, "La compensación en el contrato internacional (UNIDROIT, art. 8)", en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y*

En se pueden mencionar tres innovaciones importantes en relación a nuestro derecho. En primer lugar, la compensación legal, no opera de pleno derecho tal como lo dispone el artículo 1322 del Código civil venezolano, sino que la misma debe ser invocada por la parte que quiere beneficiarse de la misma. Ello aun cuando la invocación tiene un efecto declarativo. La segunda innovación es la regulación de forma positiva de la compensación judicial, y la compensación convencional en aquellos casos en los cuales las condiciones legales de la compensación legal no han sido cumplidas. No se regula sin embargo la compensación facultativa, la cual debe operar igualmente en el caso de las obligaciones a término a favor del beneficiario del término.

154. En tercer lugar, en nuestra opinión la innovación más importante, se regula de forma positiva la figura de la compensación de deudas conexas admitida por la jurisprudencia francesa anterior a la reforma¹²³. En efecto la compensación por deudas conexas es una excepción a la compensación legal, la cual opera cuando dos obligaciones recíprocas nacen de un mismo contrato, grupo de contratos o dentro de la ejecución de un contrato marco, pero las obligaciones si bien son recíprocas, fungibles y simultáneas, no reúnen la condición de liquidez y exigibilidad. En dichos casos, la compensación se verifica de pleno derecho. Es el caso por ejemplo de la compensación entre la deuda por la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro y la deuda por las primas. Es el caso igualmente de la compensación entre la deuda del precio del contrato de venta y la deuda por los daños causados por los vicios de la cosa, así como la compensación entre la deuda de devolución del anticipo otorgado en una obra y el pago de la penalidad por el retardo en la ejecución y entrega de la misma. La justificación de esta derogación a las condiciones de la compensación legal debe buscarse en la idea de que cada obligación conexas está afectada como garantía al pago de los derechos créditos recíprocos de cada parte. Idea está presente en la excepción de inejecución, en el derecho de retención. Así, según el artículo 1348-1: “el juez no puede negar la compensación de las deudas conexas por el solo motivo que una de las obligaciones no es líquida o exigible. En ese caso la compensación se considera producida en el día en que la primera de ellas se hace exigible. En este caso, la adquisición de derecho por un tercero sobre una de ella no impide a su deudor oponer la compensación”. La compensación de deudas conexas no es una figura conocida en el derecho venezolano.

155. (iii) La confusión¹²⁴. El artículo 1349 de la reforma retoma la solución de derecho anterior. Sin embargo, corrige el texto y añade algunas precisiones. En efecto según el artículo 1349: “la confusión resulta de la reunión de la cualidad de acreedor y de deudor en una misma persona. Ella extingue el crédito y sus accesorios, bajo la reserva de los derechos adquiridos por los terceros”. Todas las consecuencias jurídicas de la confusión se derivan de la extinción de la relación jurídica obligatoria. Así, es lógico que se extinga los accesorios del crédito, como por ejemplo las garantías. Es igualmente lógico, como lo dispone el artículo 1343 del Código civil venezolano, que si la confusión se efectúa en la persona del deudor principal, los fiadores resulten liberados en la medida de la extinción de dicha obligación. Por su parte, también

Sociales, No 148, 2010, pp. 5-67; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, ob. cit., pp. 343-349; Oscar Ochoa, ob. cit., T. II, pp. 767-776 Oscar Palacios Herrera, ob. cit., pp. 372-376; Rafael Bernad Mainar, ob. cit., T. II, pp. 80-90; Alfredo de Jesús O., “La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial”, en: *Temas de Derecho Procesal*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, Colección Estudios Jurídicos No 15, Vol. I, pp. 301-323.

¹²³ Civ. 1º, 18 janv. 1967, *GAJC*, t. 2, nº 253.

¹²⁴ Thomas *Genicon*, Olivier *Deshayes*, Yves-Marie *Laithier*, ob. cit., p. 905; François *Chenede*, ob. cit., p. 194.

es lógico que si la confusión opera en la persona de uno de los fiadores, no resulte afectada la obligación principal, pero que se liberen los demás fiadores por su parte. En el caso de la solidaridad, la confusión solo extingue la deuda o la acreencia por la parte del deudor o del acreedor solidario en la deuda o en la acreencia. Finalmente, si el crédito o la deuda sale del patrimonio del acreedor o del deudor antes de que se confundan en una misma persona el acreedor y el deudor, la confusión no tiene lugar, y los derechos de los terceros no resultan afectados. Si bien sea actualizan las normas, las soluciones del derecho anterior y del derecho venezolano se mantienen. Probablemente la crítica al nuevo régimen es no precisar que la confusión no opera por la reunión de la cualidad de acreedor y de deudor de una misma relación jurídica obligatoria en una misma persona, sino en un mismo patrimonio. El fideicomiso es uno de esos casos en los cuales una misma persona detiene patrimonios separados. De manera que, si el débito y el crédito no se reúnen en el mismo patrimonio, aun cuando sí lo hagan en la misma persona, no opera la confusión.

156. (iv) La remisión de deuda¹²⁵. En relación a este modo de extinción de las obligaciones no existe ninguna innovación en relación al derecho anterior. Probablemente la única innovación en el texto consiste regular separadamente la remisión de la deuda, y la remisión de título de la deuda, tal como lo hace el Código civil venezolano al regular los efectos en sus artículos 1326 al 1330. El artículo 1350 de la reforma, define la remisión de deuda como un “contrato por el cual el acreedor libera al deudor de su obligación”. Si bien el artículo tiene el mérito de establecer una definición, es criticable que se haya definido la remisión de deuda como un contrato. La remisión de la obligación no es necesariamente un negocio jurídico bilateral, la misma puede ser consentida sin el acuerdo del deudor. La renuncia de un derecho disponible no requiere de la aceptación del sujeto pasivo de la relación jurídica.

157. (v) La imposibilidad de ejecución¹²⁶. El artículo 1351 de la reforma regula en relación al régimen general de las obligaciones la causa extraña no imputable como causa eximente de responsabilidad y como mecanismo de liberación de la obligación. En efecto según el artículo 1351 determina que “la imposibilidad de ejecutar la prestación libera al deudor, en la medida de la imposibilidad, cuando ella procede de un caso de fuerza mayor y es definitiva, a menos que el deudor haya convenido hacer cargo de encargarse de ella o que ha sido puesto en mora con anticipadamente”. La definición de fuerza mayor viene ya determinada por el artículo 1218 de la reforma en relación a las obligaciones contractuales. Por su parte el artículo 1351-1, el cual sustituye los artículos 1302 y 1303 del código anterior en relación al supuesto de la pérdida de la cosa. El mismo establece que “cuando la imposibilidad de ejecución resulta de la pérdida de la cosa debida, el deudor en mora se encuentra sin embargo liberado si prueba que la pérdida se hubiera igualmente producido si la obligación hubiese sido cumplida a tiempo. El deudor está obligado a ceder al acreedor los derechos y las acciones derivados atados a la cosa”. Dicha solución no representa una innovación, salvo por su codificación. El mismo es perfectamente de acuerdo en su principio con los artículos 1346 y 1345 del Código civil venezolano. La redacción del artículo es criticable sin embargo desde dos puntos de vista. En primer lugar, la transferencia de los derechos atados a la cosa (*commodum representationis*), es un efecto propio de los contratos traslativos de propiedad, y no conviene a contratos como el arrendamiento, el depósito, el comodato y la prenda donde la obligación de entrega de la cosa no implica una transferencia de dichos derechos. En segundo lugar, la transferencia

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 912.

de los derechos sobre la cosa perdida no es necesariamente conveniente en relación a los contratos bilaterales o sinalagmáticos, pues no se explica como el acreedor de la obligación imposible reciba los derechos atados a la cosa, sin tener que ejecutar la obligación recíproca a su cargo. En este sentido, la solución es criticables como lo era la solución del derecho anterior y como lo es la prevista en el derecho venezolano.

158. Las restituciones¹²⁷. La regulación de las restituciones a causa de la desaparición del contrato constituye otra innovación importante del derecho de la reforma en relación al derecho anterior, el cual carecía de regulación autónoma, al igual que el derecho venezolano. En efecto, frente a la desaparición del contrato sea por causa de nulidad, rescisión, resolución o resciliación el efecto restitutorio era regulado por el régimen del pago de lo indebido. Dicho tratamiento planteaba ciertos problemas, sobre todo en relación a aquellos casos donde la atribución patrimonial tenía como causa el contrato y no un error del *solvens*. Los artículos 1352 y siguientes de la reforma establecen un régimen común a todas las formas de restitución consecuencia de la nulidad, de la resolución o de la caducidad del contrato. Se le critica al nuevo régimen el hecho haber mezclado dos concepciones de las restituciones, una de carácter subjetivo o moral, propia del régimen del pago de lo indebido, la cual hace variar el contenido de la restitución en función de la buena o mala fe del deudor, y otra de carácter objetivo, la cual deja a la responsabilidad civil el tratamiento del defecto de comportamiento del deudor. El régimen comprende la regulación de la restitución de las cosas, del precio, y de los servicios.

159. Restitución de la cosa¹²⁸. Según el artículo 1352 de la reforma, al igual que el artículo 1.181 del Código civil venezolano, establece que la restitución de una cosa distinta de una suma de dinero se realiza en especie. Sin embargo, según la reforma, si ello es imposible, se debe la restitución según el valor de la cosa estimada al día de la restitución independientemente si el deudor es de buena o de mala fe. En el Código civil venezolano solo el deudor de mala fe está obligado a restituir el valor de la cosa aun cuando ellas han perecido o deteriorado por un caso fortuito. Si el deudor es de buena fe, entonces deberá restituir el valor hasta por el monto de lo que se ha convertido en su provecho.

160. Vale la pena resaltar el hecho que, en el derecho de la reforma, la obligación de restitución no se extingue si la cosa perece por una causa no imputable al deudor, si no que la obligación de restitución se convierte en una obligación de valor. Dicha solución es contestable en la medida que coloca en la persona del deudor de la restitución los riesgos de la cosa, aun cuando por efecto de la nulidad o de la resolución del contrato, la propiedad de la misma corresponda al acreedor de la restitución, ello sin que se determine si el deudor se encuentra en mora o la restitución es imputable a su falta o bien ha recibido la cosa de mala fe.

161. La imposibilidad no se configura únicamente por la pérdida de la cosa, sino también por la incorporación de la cosa a otro bien y en los casos de las cosas que constituyan el resultado material de un contrato de obra, en los cuales el valor del servicio del acreedor de la restitución priva sobre el valor de la cosa. Existe también imposibilidad cuando el deudor de la restitución enajena el bien a un tercero. La restitución en natura no es una opción del acreedor, existe en este caso un principio de primacía de la restitución en natura, solo ante la imposibilidad, el acreedor puede exigir su valor.

¹²⁷ Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., pp. 917 ss.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 923-927.

162. Según el artículo 1352-1 de la reforma, las consideraciones de orden moral surten efecto en relación al deterioro de la cosa. En efecto, según el mismo, el deudor de la restitución responde de las degradaciones y de los deterioros que han disminuido el valor de la cosa, a menos que le deudor sea de buena fe y las mismas no sean ocasionadas por su culpa. Se trata aquí de aplicar las reglas del pago de lo indebido, donde el deudor de mala fe es aquel que recibe la cosa sabiendo que no tiene un derecho a ello. Tal como se indicó, en Venezuela, el deudor de buena fe no responde de la pérdida fortuita ni del deterioro, sino en la medida de su provecho. Sin embargo, el criterio de cuando el deudor de la restitución es de mala fe respecto de la hipótesis del pago de lo indebido, no es necesariamente aplicable a las hipótesis de nulidad y de resolución, donde el deudor de la restricción recibe la cosa en virtud del contrato aun cuando luego el mismo sea declarado nulo o resuelto. En dichos casos pareciera que corresponde calificar de mala fe la parte que provoca con su comportamiento la extinción del contrato y por ende la restitución. Los deterioros corresponden a toda disminución del valor del bien imputables o no al deudor de la restitución, y el modo de evaluación corresponde a la diferencia entre el valor del bien sin deterioros y el valor del bien deteriorado al momento de la restitución y no el costo de reparación¹²⁹.

Según el artículo 1352-2, si deudor de la restitución ha vendido el bien, debe restituir el precio de la venta si es de buena fe, y el valor de la cosa al momento de la restitución cuando es de mala fe, siempre que el mismo sea superior al precio. Por su parte, el artículo 1.182 del Código civil venezolano establece que el deudor de buena fe que enajena el bien debe restituir el precio o ceder la acción para obtenerlo, lo cual es en nuestra opinión una solución más completa. Si el deudor es de mala fe, el deudor debe restituir el valor al momento de la restitución, salvo el derecho del acreedor de solicitar la prestación o la acción de obtenerla, de nuevo la solución es más completa en nuestra opinión para este caso. Si la enajenación es a título gratuito, entonces el deudor queda obligado a restituir el valor dentro del límite de su enriquecimiento.

164. Según el artículo 1352-3, la restitución de la cosa comprende igualmente la restitución de los frutos y el goce que la cosa le ha procurado. El valor de los frutos se realiza a la fecha de la restitución, si ellos no pueden realizarse en natura. El valor de la restitución del goce de la cosa se calcula a la fecha de la decisión del juez que la acuerda. Según el artículo 1352-7, si el deudor de la restitución es de mala fe debe los intereses, los frutos y el valor del goce de la cosa desde la fecha de la entrega, mientras que, si es de buena fe, solo a partir de la fecha de la demanda.

165. El artículo 1352-4 establece que las restituciones debidas por un menor o un mayor bajo régimen de protección deben ser reducidas al beneficio que estos han retirado del acto. La valoración de los frutos y del goce de la cosa no está regulado en el Código civil venezolano.

166. A los efectos del cálculo de las restituciones, el artículo 1352-5 establece que deberá tenerse en cuenta los gastos necesarios para la conservación de la cosa, así como aquellos que han aumentado su valor, dentro del límite de la plusvalía del bien entre su la fecha de su recepción y el día de la restitución. Dichos montos son debidos al deudor de la restitución independientemente si el mismo es de buena o de mala fe. El Código venezolano prevé en su artículo 1.183, la misma solución, el acreedor de la distribución no puede reclamar que la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a las cosas.

¹²⁹ Thomas *Genicon*, Olivier *Deshayes*, Yves-Marie *Laithier*, ob. cit., p. 928- 932.

167. La restitución de una suma de dinero¹³⁰. En relación a la restitución de una suma de dinero el artículo 1352-6 de la reforma dispone que la restitución comprende además del capital, la del el interés legal y los impuestos pagados al deudor de la restitución. Es el caso por ejemplo del IVA. Siendo los intereses los frutos civiles del capital, los mismos siguen la misma regla que aquellos, es decir, que los mismos se deben a partir de la demanda si el deudor de la restitución es de buena fe y desde la recepción del capital si es de mala fe. En el derecho venezolano, establece la misma regla en el artículo 1180, según el mismo: “Si quien recibió el pago lo hizo de mala fe, está obligado a restituir tanto el capital como los intereses, o los frutos desde el día del pago”. Nada dice sin embargo en relación a quien recibe la suma de dinero de buena fe. Si se aplica por analogía el artículo 1181, aplicable a las cosas ciertas, este debe devolver el capital y los intereses desde el momento de la demanda.

168. Restitución de un servicio¹³¹. En la relación a la restitución de los servicios prestados en aquellos contratos declarados nulos, resueltos o “caducos”, el artículo 1352-8 dispone que la misma corresponde su valor, y debe estimarse al momento en que el servicio ha sido prestado. Este tipo de restitución comprende todo tipo de prestaciones donde el contenido principal consiste en una prestación de hacer o de no hacer. Así, entran dentro de esta categoría los servicios prestados por los abogados, los contadores, por los educadores, por los servicios médicos, de transporte, de diversión entre otros. Ellos engloban igualmente las prestaciones que tiene como contenido el goce y disfrute de la cosa, como es el caso de la obligación del arrendador de un inmueble, o de un vehículo, entre otros. El valor del servicio debe referirse a la utilidad objetiva o económica que el servicio proporciona al deudor de la restitución y no al costo, gastos o esfuerzos empleados por el acreedor de la restitución. Siendo esta la regla, la restitución escapa al doble límite establecido en los casos de enriquecimiento sin causa, el cual establece que el acreedor de la restitución tiene derecho a ser indemnizado de su empobrecimiento en la medida del enriquecimiento del deudor de la restitución. Así, el valor de la restitución del servicio prestado en el derecho de la reforma corresponde siempre a la utilidad económica recibida por el deudor de la restitución al momento de la prestación del servicio, es decir su enriquecimiento, independientemente del costo de la prestación. El Código civil venezolano, no prevé normas en relación a la valoración de la restitución de los servicios.

169. Finalmente, el artículo 1352-9, establece una innovación importante la cual va en contra del principio de especialidad de las garantías. En efecto, en virtud del mencionado artículo, las garantías reales y personales constituidas para garantizar el pago de una obligación, son de pleno derecho afectadas al cumplimiento de la obligación de restitución, sin que ellos priven a la fianza del beneficio del término establecido en su favor. Esta solución no tendría cabida en el derecho venezolano sin un texto expreso.

170. Comentarios finales. Las innovaciones en materia de contratos y obligaciones en la reforma del derecho francés permiten constatar la adopción de nuevos principios rectores a lado de los tradicionales principios de libertad contractual, fuerza obligatoria del contrato y relatividad de los contratos. El contrato se plantea ahora como un mecanismo que tiene como finalidad la libertad y la seguridad, pero al mismo tiempo la justicia y la utilidad.

¹³⁰ François Chenede, ob. Cit., p. 194.

¹³¹ *Ibid.* p. 204; Thomas Genicon, Olivier Deshayes, Yves-Marie Laithier, ob. cit., p. 945.

VISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA COSA JUZGADA

Fanny Trinidad Ramírez Sánchez*

SUMARIO

I. La cosa juzgada: definición. II. Relatividad de la cosa juzgada. III. Mecanismos constitucionales de impugnación de la cosa juzgada. 1. Amparo constitucional contra sentencia. 2. Revisión constitucional. A. Sentencias objeto de revisión constitucional. IV. Consideración final.

I. LA COSA JUZGADA: DEFINICIÓN

La doctrina define la cosa juzgada como la imposibilidad de alterar mediante un recurso judicial o en su caso de una nueva demanda el contenido de una resolución material o procesal, en el curso de un único proceso, así como sustantiva o de fondo, en el marco de sucesivos procesos¹.

Asimismo, ha sido definida como la fuerza que el ordenamiento jurídico concede al resultado de la actividad jurisdiccional declarativa, fuerza que consista en la subordinación a los resultados del proceso y que se resuelva en la irrevocabilidad de la decisión judicial². De dicha definición resulta clara la vinculación que existe entre la jurisdicción y la cosa juzgada como efecto jurídico del proceso que garantiza la seguridad jurídica al impedir la reiteración indefinida de juicios y procura mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que dicten sobre el fondo de los asuntos prejudicialmente conexos³.

En orden a lo antes expuesto, la cosa juzgada se concibe como un instituto procesal de carácter público, en razón de que su existencia encuentra sustento en la necesidad

* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira (1991). Especialista en Derecho Administrativo (2006). Doctora en Ciencias Mención: Derecho en la Universidad Central de Venezuela. (2016). Profesora de la Universidad Católica del Táchira, categoría asistente, en las cátedras de Derecho Administrativo II, Derecho Procesal Civil II y III, Prácticas Procesales Civiles, y Derecho Mercantil II.

¹ Sonia Calaza López, *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, p. 32.

² Juan Montero Aroca, *La cosa juzgada conceptos generales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996, p. 69.

³ Fanny Trinidad Ramírez Sánchez, *Los efectos del proceso civil la cosa juzgada y las costas procesales*, Colección Estudios Jurídicos N° 122, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, p. 32.

de dar firmeza a las sentencias que profieren los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, mediante la aplicación de la antigua regla *non bis in idem*, referida a la prohibición de volver a decidir lo juzgado, con el fin de garantizar seguridad jurídica al sistema jurídico social.

Cabe destacar que en el ordenamiento jurídico patrio la cosa juzgada encuentra fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el ordinal 7° del Artículo 49, al establecer expresamente la prohibición para los órganos jurisdiccionales de condenar a una persona nuevamente por los mismos hechos por los cuales hubiese sido juzgada anteriormente, principio que a su vez engendra el derecho que tiene toda persona a no ser juzgada nuevamente por circunstancias que hubiesen sido objeto de una decisión en un juicio debido.

De igual forma la cosa juzgada se cimienta en la llamada garantía jurisdiccional a la tutela judicial efectiva establecida en el Artículo 26 constitucional que comprende el derecho de toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos a través de un proceso debido, obteniendo la tutela de los mismos mediante una sentencia que sea ejecutable en sus propios términos, merced a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, y de otro lado, en la seguridad, certeza y paz jurídica, esencia de la jurisdicción⁴.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2.326 de fecha 2 de octubre de 2002, puntualizó que el concepto moderno de cosa juzgada tiene un indiscutible contenido axiológico en procura de la realización de la justicia mediante la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables, por lo que alcanza una dimensión constitucional que se proyecta sobre la mencionada garantía jurisdiccional y el debido proceso, en razón de que resulta contraria a la primera la no ejecución del fallo en sus propios términos y viola el segundo el revisar fuera de los supuestos previstos en la ley el juicio definitivo efectuado en un caso concreto⁵.

En orden a lo antes expuesto, se considera que el derecho a la ejecución de la sentencia forma parte de la tutela judicial efectiva, pues no existiría efectividad en la función jurisdiccional, si solo se garantiza el acceso a los tribunales y la obtención de una decisión motivada, congruente y recurrible, pero sin la posibilidad para el justiciable de ejecutar de forma efectiva el fallo, lo que supone la identidad entre lo que se ejecuta y lo estatuido en la sentencia que necesariamente se traduce en la invariabilidad de la cosa juzgada que implica la vinculación e inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, en virtud de que la ejecución judicial no puede abarcar asuntos no debatidos ni resueltos en el proceso.

II. RELATIVIDAD DE LA COSA JUZGADA

El texto fundamental de 1999 establece en el Artículo 2 una nueva concepción del Estado, al definirlo como un Estado Social de Derecho y de Justicia, con lo cual la justicia es considerada un valor superior que debe impregnar el ordenamiento jurídico, y por ser un elemento que define al Estado, toda la actividad de los órganos que conforman el aparato estatal debe estar sometida al principio de legalidad y a su vez orientada en la construcción de una sociedad justa.

⁴ Sonia Calaza López, ob. cit., p. 48.

⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 2.326 del 2 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scom/Octubre/2326-021002-0228>, consultado en fecha 4 de octubre de 2020.

Conforme a esta visión constitucional del Estado de Justicia el ejercicio de la función jurisdiccional exige que los jueces interpreten las instituciones jurídicas tomando en consideración los actuales principios que fundamentan el sistema de derecho, que tienen por finalidad hacer efectiva la justicia considerando al proceso como instrumento para ello en los términos del Artículo 257 constitucional, lo cual supone que las contradicciones que surjan entre la justicia y la seguridad jurídica sean resueltas dentro del derecho.

Así las cosas, la concepción constitucional del proceso exige que se privilegie la verdad material sobre la verdad formal, para lo cual deben conjugarse el derecho sustancial con el procesal en aras de alcanzar la justicia. Desde esta concepción humanista del proceso uno de los temas que entra en discusión es el de la cosa juzgada, la cual no puede blindar una sentencia cuando resulte violatoria de derechos fundamentales como el derecho a la defensa y el debido proceso, o cuando ha sido el resultado de maquinaciones fraudulentas dirigidas a perjudicar a una de las partes del proceso o a un tercero ajeno a la relación procesal y ha sido alcanzada mediando fraude, simulación, dolo, falta de discernimiento, e intención afectando no solo los actos procesales aislados sino todo el proceso, pues en tales supuestos resulta contrario a la justicia que se mantenga la decisión investida en apariencia de cosa juzgada bajo el sustento de preservar la seguridad jurídica⁶.

Al respecto, la doctrina contemporánea considera que en el supuesto de que la sentencia sea el resultado de graves irregularidades en el proceso, al extremo de vulnerar el derecho a la defensa del justiciable, el debido proceso, el orden público, o es producto de una simulación artificio, o maquinación fraudulenta, con el objeto de perjudicar a una de las partes o a los terceros fuera del juicio; surge una evidente colisión entre los dos grandes principios a los que tiende todo ordenamiento jurídico, estos son certeza y justicia⁷. Cuando se da dicha fricción debe predominar esta última, por cuanto ella constituye la esencia de toda sociedad jurídicamente organizada y de la misma naturaleza humana⁸.

La preeminencia de la justicia sobre la seguridad jurídica encuentra a su vez sustento en el hecho en que, si bien la estabilidad de las decisiones judiciales impone tolerar errores, no obstante ello no puede suponer aceptar la iniquidad, pues aquella, más allá de sus efectos teóricos, trae como consecuencia en la práctica al más nefasto de los conformismos, que puede producir orden, pero nunca paz, toda vez que la paz, supone necesariamente el orden en la justicia⁹.

Conforme a lo expuesto, la existencia en el proceso de vicios e irregularidades de tal magnitud que resulten violatorias a las garantías fundamentales, han provocado una nueva postura con relación a la cosa juzgada impugnabile, es así como se le denomina cosa juzgada aparente o fraudulenta. Por aparente se entiende la que no se ajusta a la realidad; que no sea tal, que solo dé la impresión de existir; mientras que con la indicación de que ella es fraudulenta, en cambio se alude a la razón o motivo, por la cual no hay verdadera cosa juzgada. Se podrá convenir, de este modo, que existe cosa

⁶ Fanny Trinidad Ramírez Sánchez, ob. cit., pp. 97-98.

⁷ Carolina González Inthamoussu, "Cosa juzgada y cosa juzgada fraudulenta", en: *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002. p. 473.

⁸ *Ibid.* p. 473.

⁹ Gabriel José Díaz Cornejo, "Acción autónoma de nulidad de sentencia firme. Fundamento para su aplicación", en: *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002. p. 433.

juzgada aparente no fraudulenta, cuando el fraude queda excluido, como única causal de generación de una cosa juzgada aparente¹⁰.

Por tanto, se entiende por cosa juzgada fraudulenta la sentencia definitiva que ha obtenido el atributo de cosa juzgada de forma engañosa, producto de maquinaciones o del ardid de una de las partes para perjudicar a la otra o de ambas partes actuando en colusión para perjudicar a un tercero ajeno a la relación procesal, razón por la cual deberá ser extirpada del ordenamiento jurídico y perderá la calidad de cosa juzgada, ya que de lo contrario se estaría convalidando un acto no acorde con la justicia y la formalidad que el Derecho busca lograr a través de la expedición de una sentencia¹¹.

Así las cosas, en la actualidad la doctrina moderna acepta si vacilación que cuando la sentencia es lograda mediante fraude, dolo, simulación, falta de discernimiento e intención, y dichos vicios afectan no solo los actos procesales aislados, sino todo el proceso no debe considerarse la existencia de la cosa juzgada, y en el supuesto de constituirse por mera cuestión legislativa debe necesariamente existir en el ordenamiento jurídico las vías para impugnarla y destruir sus efectos.

En orden a las anteriores consideraciones es que se refuerza la postura de que si bien la cosa juzgada es la esencia de la función jurisdiccional en razón de que garantiza la seguridad y la certeza en las relaciones jurídicas, ya no es un valor absoluto sino relativo, dado que la firmeza de la decisión judicial debe ceder en determinadas circunstancias que causen grave perjuicio al justiciable, ante la necesidad de tutelar a la verdad como contenido intrínseco del valor justicia¹².

Dicho criterio ha sido sostenido de manera reiterada por la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en diferentes decisiones a partir del año 2000, tal como se destaca en la sentencia N° 422 de fecha 19 de mayo de 2000, en la cual dejó sentado que frente al principio de seguridad jurídica originado por la estabilidad de las decisiones y el derecho de los justiciables a no ser juzgados por los mismos hechos, se contraponen el derecho de las partes a intervenir en un proceso justo, transparente y equitativo, donde se les garantice el acceso a la justicia, el derecho a ser oídos, a intervenir en la defensa de sus derechos y a obtener una sentencia oportuna y efectiva. En la referida decisión la Sala Constitucional claramente expresó que la aludida contraposición entre la estabilidad de las decisiones y el derecho de las partes a intervenir en un proceso justo, fue lo que motivó a que la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia hiciera referencia a la cosa juzgada aparente, cuando la sentencia proferida no haya sido el resultado de una proceso estable y válido¹³.

Conforme a lo expuesto a la luz de los valores superiores del ordenamiento jurídico recogidos en el Artículo 2 constitucional, así como a la nueva concepción del proceso como un instrumento para la realización de la justicia prevista en el Artículo 257 constitucional, y la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, el debido

¹⁰ Raúl Tavorari Oliveros, “Las Vías de impugnación de la cosa juzgada aparente o fraudulenta en el derecho procesal chileno”, en: *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002. pp. 571-572.

¹¹ Rodrigo Rivera Morales, “La relatividad de la cosa juzgada”, en: *Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal*, Universidad de Lima, Lima, 2008, p. 14.

¹² Ángel Landoni Sosa, “Cosa juzgada: valor absoluto o relativo”, en: *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 508.

¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 422 del 19 de mayo de 2000. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/422-190500-00-0284.htm>, consultado en fecha 15 de octubre de 2020.

proceso, y el derecho a la defensa, se admite la relatividad de la cosa juzgada en los supuestos de la cosa juzgada fraudulenta o aparente, abandonando definitivamente la tesis de considerarla una presunción legal *iuris et de iure*, con valor absoluto establecida en el Artículo 1.395.3 del Código Civil.

Así las cosas, es preciso señalar que el ordenamiento jurídico nacional ofrece las vías para la impugnación de la cosa juzgada fraudulenta o aparente con el objeto de enervar los efectos que la misma produce con relación con las partes y los terceros ajenos a la relación jurídica procesal, a saber, las previstas por el legislador como son: La demanda de invalidación establecida en el Artículo 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y la denuncia de fraude procesal tramitada por el juicio ordinario; además de los mecanismos constitucionales idóneos para tal fin como son: el amparo constitucional contra sentencias definitivamente firmes, mediante el cual de forma excepcional puede ser denunciado el fraude procesal y la revisión constitucional, siendo estos dos últimos los que serán abordados a continuación.

III. MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE IMPUGNACION DE LA COSA JUZGADA

1. Amparo constitucional contra sentencia

El amparo constitucional establecido en el Artículo 27 del texto fundamental desarrollado bajo la modalidad del amparo contra decisiones judiciales a la luz de la jurisprudencia de la otrora Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, recogido en el Artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, tiene por objeto impugnar las sentencias definitivamente firmes; es decir, con carácter de cosa juzgada, proferidas por un órgano jurisdiccional actuando fuera de su competencia en sentido constitucional, esto es con abuso de autoridad, usurpación de funciones o extralimitación de atribuciones, que violen o amenacen los derechos y garantías constitucionales.

Se ha denominado amparo contra sentencia, su finalidad es obtener el restablecimiento de la situación jurídica denunciada como infringida, o en su defecto la que más se le asemeje, mediante la obtención de la nulidad de la decisión judicial atacada o cuestionada en sede constitucional y la eventual reposición de la causa, siempre que no existan vías ordinarias para acatar la decisión jurisdiccional, o que aun existiendo estas no sean expeditas o eficaces, breves e idóneas¹⁴.

Con relación a la procedencia de la demanda de amparo contra sentencia, la doctrina jurisprudencial de la extinta Corte Suprema de Justicia había mantenido en forma reiterada que la expresión “actuando fuera de sus competencia” contenida en el Artículo 4 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no se limita al sentido procesal estricto, pues no hace referencia exclusivamente a la incompetencia del tribunal por la materia, valor o territorio, sino que también corresponde a los conceptos de usurpación de funciones, abuso de poder o extralimitación de atribuciones. Tal criterito ha sido reiterado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tal como se indica en la decisión N° 1 de fecha 24 de enero de 2001¹⁵.

¹⁴ Humberto E. Bello Tabares T y Dorgi Jiménez Ramos, *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*, 2ª ed., Ediciones Paredes, Caracas, 2006, p. 257.

¹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1 del 24 de enero de 2001. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-240101-00-0933.htm>, consultado en fecha 19 de octubre de 2020.

Respecto a los requisitos para la procedencia de la acción de amparo contra sentencia, la mencionada Sala Constitucional en decisión N° 2.563 de fecha 9 de noviembre de 2004, puntualizó los mismos dejando sentado que deben cumplirse en forma concurrente, los cuales se resumen así:

- Que el órgano jurisdiccional haya actuado fuera de su competencia, ello no solo circunscrito a la incompetencia por la materia, el territorio o la cuantía; sino que supone el uso indebido de las funciones que le son conferidas por la ley, incurriendo en abuso de autoridad, usurpación de funciones o extralimitación de atribuciones.
- La alegación y demostración de la vulneración o menoscabo de derechos constitucionales, originadas por la sentencia. Al respecto, debe señalarse que cualquier transgresión de derechos y garantías constitucionales no puede ser tutelada en forma inmediata por el amparo y menos aun las que sean provenientes de la actividad procesal, en virtud de que todos los jueces de la República son tutores de la integridad de la constitución, y están facultados para restablecer la situación jurídica infringida al ser empleadas por los justiciables las vías ordinarias, antes de que se torne irreparable, lo que supone que no es impugnabile mediante amparo cualquier decisión por el solo hecho de resultar desfavorable a uno de los sujetos procesales.
- La cualidad e interés del accionante en amparo en sostener el derecho constitucional que pretende ya sea por resultar afectado directamente por la decisión o por tratarse de un tercero afectado en forma directa.
- La no existencia de un medio judicial preexistente y ordinario que resulte idóneo, eficaz y expedito para obtener el restablecimiento de la situación jurídica denunciada como infringida; o que se hubiesen agotado los mismos en caso de existir y sin embargo continúe la violación constitucional. En tal sentido, debe hacerse la salvedad de que cuando existan vías judiciales ordinarias, corresponde al accionante en amparo la carga de alegar y demostrar la insuficiencia de estas, así como el carácter no expedito y la irreparabilidad de la situación que ocasionaría el acudir a la vía ordinaria.
- Que la decisión impugnada vulnere el principio de seguridad jurídica al proveer contra la cosa juzgada, así como contra los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso o contra la garantía jurisdiccional a la tutela judicial efectiva¹⁶.

Cabe destacar que ha sido prolifera la jurisprudencia de la Sala Constitucional en torno al amparo contra decisiones judiciales definitivamente firmes como mecanismo que permite enervar los efectos de la cosa juzgada, cuando la sentencia ha sido dictada en un proceso en el cual se ha violado el debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, supuestos en los cuales la Sala ha declarado la nulidad de todas las actuaciones producidas en dicho juicio junto con la sentencia, o solo de esta última.

Así, el debido proceso y el derecho a la defensa son derechos constitucionales que siempre deben ser garantizados por el Juez en el desarrollo del proceso, por ser consustanciales con la persona humana, y en tal virtud la sentencia que haya sido proferida con violación o detrimento a los mismos no puede estar brindada por el atributo de la invariabilidad propio de la cosa juzgada. En efecto, la mencionada Sala

¹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 2563 del 9 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2563-091104-03-2517.htm>, consultada en fecha 19 de octubre de 2020.

Constitucional en decisión N° 5 de fecha 24 de enero de 2001, se pronunció sobre los referidos derechos, señalando que el debido proceso debe entenderse como el trámite que permite oír a las partes, en la forma prevista en la ley y que ajustado a derecho otorga a los justiciables el tiempo y los medios idóneos para imponer sus defensas. Y que el derecho a la defensa se concibe como la oportunidad para las partes de que se oigan y analicen sus alegatos, excepciones y pruebas; por lo que existirá violación al derecho a la defensa cuando el justiciable no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, y se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos dentro del proceso, o se le prohíbe y obstaculiza efectuar actividades probatorias¹⁷, es decir que sus alegatos y pruebas no son apreciados en la sentencia.

Respecto a la garantía jurisdiccional a la tutela judicial efectiva, la doctrina patria ha expresado que la misma

- es el derecho o la garantía constitucional que involucra y comprende: a) El derecho de acceso a los órganos de administración de justicia. b) El derecho a obtener una sentencia fundada, razonada, motivada, justa, correcta, congruente y que no sea jurídicamente errónea. c) El derecho a ejercer los recursos previstos en la Ley, contra las decisiones perjudiciales. d) El derecho a ejecutar las decisiones judiciales¹⁸.

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia enmarca su jurisprudencia dentro de la corriente que considera la tutela judicial efectiva como la suma de todos los derechos constitucionales procesales establecidos en los artículos 26 y 49 constitucionales. Así, en sentencia N° 576 del 27 de abril de 2001, señaló que la garantía jurisdiccional, llamada también tutela judicial efectiva, es el derecho atribuido a toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas a través de un proceso que ofrezca unas mínimas garantías, lo cual solo es posible cuando cumplan dentro del juicio los principios constitucionales, con el objeto de obtener una decisión ajustada a derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, lo que supone también la obligación por parte de los justiciables, de no obstaculizar el desarrollo del proceso con actos inútiles e innecesarios para la defensa del derecho que pretendan sea declarado¹⁹.

Así las cosas, con independencia de la posición que se asuma al entender la noción de tutela judicial efectiva como la suma de todos los derechos constitucionales procesales, tal como lo expresa la Sala Constitucional, o que se acoja el criterio restringido de la doctrina nacional, debe interpretarse que la misma constituye la garantía jurisdiccional prevista de manera expresa en la Constitución, cuyo sustento se encuentra en que la justicia es, y debe ser, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Asimismo, que dicha garantía jurisdiccional comprende entre otros, el derecho a obtener una sentencia conforme a derecho, así como la ejecución de fallo, pues la ejecución no es otra cosa que la última fase del proceso, que es parte del poder que emana de la jurisdicción, conforme a lo previsto en el artículo 253 constitucional.

¹⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 5 del 24 de enero de 2001. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/05-240101-00-1323%20.htm>, consultada en fecha 20 de octubre de 2020.

¹⁸ Humberto E. Bello Tabares T y Dorgi Jiménez Ramos, ob. cit., p. 54.

¹⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 576 del 27 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/576-270401-00-2794.htm>, consultada en fecha 21 de octubre de 2020.

En este orden de ideas, cuando el Tribunal que conoce del amparo contra sentencia observa que en el proceso en el cual se dictó dicha decisión aparentemente revista de cosa juzgada, se vulneraron los derechos constitucionales del accionante, sea porque se haya transgredido el debido proceso, no se le hubiese oído y analizado en forma oportuna sus alegatos de defensa, se hayan silenciado las pruebas promovidas para su demostración o se le haya impedido el acceso a la jurisdicción, como sucede cuando se declara inadmisibile la demanda por razones distintas a las previstas en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, o se obstaculiza e impide el ejercicio de los recursos; en tales supuestos corresponde al juzgador en la sentencia que resuelva el amparo restituir la situación jurídica infringida.

Ante los referidos supuestos, la decisión dictada por el juez constitucional tendrá que anular la impugnada, debiendo además de acuerdo a las violaciones detectadas reponer la causa al estado de dictar nueva decisión sin incurrir en la violación de derechos constitucionales denunciados; o reponer la causa al estado de que se efectúe el acto procesal subvertido si hubiese violación al debido proceso, dejando incólumes los actos cuya validez no dependan del acto anulado; o cuando todo el proceso resulte infectado, anular todas las actuaciones procesales cumplidas en el mismo y reponer la causa al estado de admisión de la demanda, como cuando hubiese sido tramitada por un procedimiento que no era el correcto, piénsese que se tramite por el juicio breve cuando lo correcto era el ordinario.

Conforme a lo expuesto, el efecto restitutorio del amparo constitucional contra sentencia, mediante el cual decaen los efectos de la cosa juzgada aparente, se patentiza a través de la declaratoria de nulidad de la decisión, actuación, auto o resolución procesal violatorios del derecho o derechos constitucionales denunciados por el accionante o de cualquier otro no delatado que el juez considere vulnerados; o la anulación del proceso en su totalidad, o del trámite procedimental y la subsiguiente reposición de la causa al estado que corresponda de acuerdo a la situación concreta. Por ello, la finalidad del amparo contra decisiones judiciales es controlar la constitucionalidad de la sentencia definitivamente firme cuando se subvierte el proceso debido, se genera indefensión, o se vulnera la tutela judicial efectiva del justiciable.

En tal sentido, es preciso puntualizar que la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de amparo contra sentencia como mecanismo para enervar los efectos de la cosa juzgada aparente, no solo se ha limitado a considerar situaciones como las mencionadas anteriormente relacionadas con el detrimento de los derechos constitucionales antes referidos, en las que ha fundamentado la declaratoria de nulidad de decisión definitivamente firme, o la del juicio en que se produjo, por contener los hechos en los cuales se origina la aludida cosa juzgada aparente, sino que dentro del derecho a la defensa ha incluido el vicio de inmotivación de la sentencia. Así, en la decisión N° 293 de fecha 20 de febrero de 2003, señaló que cuando la sentencia está infectada del referido vicio se produce la falta por parte del juzgador de fundamentar las razones de hecho y de derecho que tuvo para producir su fallo, lo cual vulnera el derecho a la defensa del justiciable, ya que la motivación de la sentencia es la que permite a las partes conocer los elementos que sirvieron de fundamento de la misma, así como el derecho aplicable al caso concreto, de forma tal de contar con los elementos necesarios para poder conocer y eventualmente atacar las razones que utilizó el órgano jurisdiccional para desestimar sus pretensiones²⁰.

²⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 293 del 20 de febrero de 2003. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/293-200203-01-0973.htm>, consultada en fecha 19 de octubre de 2020.

Asimismo, en decisión N° 321 de la misma fecha 20 de febrero de 2003, ratificó el criterio citado, agregando que la falta de motivación de la sentencia es un vicio que afecta al orden público, en razón de que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse, ni se conocería como se obtuvo la cosa juzgada y principios como el de la congruencia y el derecho de la defensa se minimizarían lo que originaría un caos social²¹.

Igualmente, ha considerado la Sala el vicio de incongruencia omisiva como uno de los supuestos por los cuales es posible impugnar la cosa juzgada, mediante la acción de amparo. En efecto, en decisión N° 969 de fecha 16 de junio de 2008, expresó que cuando la sentencia omite juzgar sobre lo solicitado por las partes, o lo resuelto en ella no guarda relación con lo peticionado, resultando evidente una desviación de tal naturaleza que suponga una modificación sustancial de los términos en que quedó planteada la litis y discurrió la controversia, se produce el vicio de incongruencia omisiva el cual resulta lesivo de la tutela judicial efectiva²².

De igual forma, con relación a la llamada cosa juzgada fraudulenta la Sala Constitucional ha señalado que cuando la denuncia de fraude procesal se produzca en un proceso en el cual se haya proferido una decisión con el carácter de cosa juzgada, resulta procedente la vía del amparo constitucional contra el proceso en el que se dictó dicha sentencia, con el fin de preservar el orden público, siempre y cuando en el expediente se evidencien actos que demuestren de forma inequívoca el empleo del proceso con fines distintos a los que constituyen su naturaleza, lo cual constituye un supuesto excepcional para denunciar el fraude, ya que por regla general fuera del mismo es el juicio ordinario la vía apropiada para denunciarlo. En efecto, tal criterio fue establecido por la precitada Sala Constitucional en decisión N° 941 de fecha 16 de mayo de 2002, el cual fue ratificado en decisión N° 787 de fecha 8 de noviembre 2018²³.

En tal sentido, la doctrina establecida por Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recogida en sentencia N° 2.212 de fecha 09 de noviembre de 2001, ha definido el fraude procesal como las maquinaciones y artificios realizados en el decurso del proceso, o por medio de este, destinados a engañar o sorprender en la buena fe a uno de los sujetos procesales, impidiendo la eficaz administración de justicia en provecho propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero. Asimismo, ha señalado que las maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante, lo que configura el dolo procesal stricto sensu, o por el concierto de dos o más sujetos procesales que es cuando surge la colusión²⁴.

Así las cosas, debe entenderse por proceso fraudulento aquel cuyo decurso tiene apariencia lícita, pero es seguido por uno de los sujetos procesales o en colusión de las partes para obtener un fin ilícito contrario a su naturaleza, por lo que la cosa juz-

²¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 321 del 20 de febrero de 2003. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/321-200203-00-2656.htm>, consultada el 17 de octubre de 2020.

²² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 969 del 16 de junio de 2008. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/969-160608-08-0018.htm>, consultada el 20 de octubre de 2020.

²³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 787 del 8 de noviembre de 2018. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/302218-0787-81118-2018-18-0459.html>, consultada el 18 de octubre de 2020.

²⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 2.212 del 9 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2212-091101-00-0062.htm>, consultada el 18 de octubre de 2020.

gada obtenida en el mismo, revista el carácter de fraudulenta, y en tal virtud, resulta procedente el amparo contra dicho proceso en aras de salvaguardar el orden público.

En tal caso el fundamento jurídico de la declaratoria de fraude mediante el amparo constitucional se encuentra en las siguientes normas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: artículo 2. En él se contemplan dentro de los valores superiores del ordenamiento jurídico: la justicia y la ética; también se encuentra en los artículos 26, 49 y 257, *ejusdem*, en razón de que el fraude resulta contrario a la garantía jurisdiccional a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a este como instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Conforme a lo expuesto resulta claro que la posibilidad de enervar los efectos de la cosa juzgada aparente, a través del amparo contra decisiones judiciales, se amplía cada vez más, al incluir la Sala Constitucional dentro de su doctrina los vicios de inmotivación de la sentencia e incongruencia omisiva del fallo. Igualmente, se extiende el empleo del amparo contra sentencia en forma excepcional para destruir la cosa juzgada fraudulenta al poder denunciar el fraude en un proceso concluido con sentencia firme cuando sea evidente el empleo del mismo para un fin distinto para el cual está concebido.

Sin embargo a pesar del amplio campo de procedencia de la acción de amparo contra sentencia, debe tenerse en cuenta que esta vía extraordinaria no puede desvirtuarse al pretender convertirla en una tercera instancia para controlar la función jurisdiccional, con el fin de examinar la legalidad de las decisiones judiciales, así como la libre apreciación de los hechos y de las pruebas por parte del juez, o la aplicación de la norma al caso concreto; o para revertir el resultado perjudicial del fallo, en razón de que la procedencia de la acción viene dada en la medida en que la decisión impugnada resulte violatoria de los derechos constitucionales o adolezca de los vicios de inmotivación o incongruencia antes referidos, o haya sido proferida por un órgano jurisdiccional actuando fuera de su competencia, además del supuesto de fraude procesal ya comentado.

En orden a las anteriores consideraciones resulta evidente que la concepción constitucional del Estado de Derecho y de Justicia, y la visión humanista del proceso reclaman de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional que la cosa juzgada necesariamente sea el resultado de un proceso debido, en el que se respete al justiciable sus derechos constitucionales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, por lo que cuando la sentencia definitivamente firme se obtenga en detrimento de tales derechos, se está frente a la llamada cosa juzgada aparente que no puede estar revestida de la noción de orden público, y en tal virtud puede ser destruida por el ejercicio de la demanda de amparo contra sentencia.

Igualmente la referida concepción constitucional exige de los abogados en ejercicio como parte del sistema de justicia una conducta proba y leal acorde con lo dispuesto en el Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que proscriba el empleo de maquinaciones, artificios y dolo con el fin de desvirtuar el proceso y la eficaz administración de justicia, pues en tal caso se configura el fraude procesal que puede ser denunciando excepcionalmente a través de la vía de amparo contra el proceso en el cual se produjo la sentencia definitivamente firme para enervar los efectos de la llamada cosa juzgada fraudulenta.

2. Revisión constitucional

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el Artículo 25 ordinales 10º, 11º y 12º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los justiciables cuentan con el

mecanismo extraordinario de revisión de decisiones judiciales que permite destruir el carácter de cosa juzgada de la sentencia definitivamente firme, ejercido de manera exclusiva y excluyente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuya finalidad de acuerdo a la exposición de motivos de la constitución, es garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas y principios constitucionales, la eficacia del texto fundamental y la seguridad jurídica.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 1.760 de fecha 25 de septiembre de 2001, abordó la finalidad de la revisión constitucional, y en tal sentido expresó que la misma tiene como propósito uniformar la interpretación de la constitución; dictar pautas de aplicación constitucional y reconducir a prácticas legitimadas por el texto fundamental de 1999, actitudes judiciales nacidas al amparo de preceptos legales o constitucionales derogados o de principios o valores superados; por lo que su objetivo es mantener incólume el orden constitucional, y en tal virtud si bien mediante la solicitud de revisión constitucional pudieran resultar restituidos derechos constitucionales violados con la decisión, ello no constituye la finalidad esencial de la institución, además de que tampoco puede ser entendida como una tercera instancia de conocimiento para corregir errores judiciales²⁵.

En atención al criterio jurisprudencial expuesto, es evidente que el mecanismo extraordinario de revisión tiene en esencia un fin público, general y abstracto que tiende a la defensa del derecho objetivo y a la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales. Solo en forma incidental puede favorecer los fines privados de los justiciables²⁶, tal como lo señaló la mencionada Sala Constitucional en sentencia N° 1.411 de fecha 17 de julio de 2006. En dicha decisión puntualizó que la revisión constitucional, a diferencia del amparo, no persigue la tutela de derechos subjetivos, los cuales solo pueden ser tutelados en forma indirecta por esta, dado que ello no constituye su finalidad primaria que no es otra que lograr la integridad objetiva del texto constitucional²⁷.

Respecto a la naturaleza de la revisión constitucional la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha expresado que se trata de una potestad extraordinaria y excepcional de esa Sala, que le fue conferida por el constituyente con la finalidad de lograr la uniformidad de criterios constitucionales²⁸. Igualmente, en decisión N° 1.265 de fecha 17 de junio de 2005, precisó que su ejercicio es discrecional y facultativo, pues no está en la obligación de pronunciarse sobre todas las sentencias que le son remitidas para su revisión. Asimismo, en sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001, dejó sentado que puede ejercerla de oficio cuando lo considere conveniente con el objeto de mantener coherencia en la interpretación de las normas y principios del texto constitucional.

En este orden de ideas en sentencia N° 656 del 18 de octubre de 2018, la Sala Constitucional puntualizó que en materia de revisión constitucional detenta facultad

²⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.760 del 25 de septiembre de 2001. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1760-250901-00-2783.htm>., consultada el 20 de octubre de 2020.

²⁶ Leoncio Edilberto Cuenca Espinoza, *Revisión de las Decisiones Judiciales como Mecanismo de Control de Constitucionalidad en Venezuela.*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 20.

²⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.411 del 17 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1411-170706-06-0748.htm>, consultada el 19 de octubre de 2020.

²⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 2507 del 15 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2507-151002-02-0911.htm>, consultada el 19 de octubre de 2020.

discrecional y tal potestad puede ser ejercida sin motivación alguna, siempre que constate que la decisión objeto de revisión en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, ni represente una deliberada violación de preceptos del mismo orden²⁹.

Ahora bien, la Sala ha establecido que la revisión constitucional si bien es una potestad extraordinaria, la misma no puede ser ejercida en forma ilimitada y desmedida con la finalidad de destruir la cosa juzgada. Así, en la mencionada sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001, expresó que en el ordenamiento jurídico venezolano la inviolabilidad de la cosa juzgada en principio es inquebrantable, siendo su protección de rango constitucional, por lo que la potestad de revisión de sentencias firmes debe ser de interpretación restringida ya que solo en forma excepcional y por las causas específicamente establecidas en la ley o en el propio texto fundamental es posible revisar las decisiones que hayan adquirido el carácter de cosa juzgada³⁰.

En tal sentido, destaca la opinión de Leoncio Cuenca para quien la naturaleza jurídica de la revisión constitucional de las decisiones judiciales definitivamente firmes no puede circunscribirse a considerarla una potestad, sino que es un proceso de justicia constitucional que complementa los tradicionales procesos de la jurisdicción constitucional, que sirve como instrumento para lograr, a instancia de parte o de oficio, el fin público y objetivo de garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas y principios constitucionales, la eficacia de la Constitución, especialmente los derechos constitucionales y la seguridad jurídica; aunque, incidentalmente, favorece el fin privado de las partes de la sentencia revisada³¹.

A. Sentencias objeto de revisión constitucional

Pueden ser objeto de revisión constitucional las sentencias previstas en el Artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las que ha incluido la jurisprudencia de la Sala Constitucional y las establecidas en el artículo 25 ordinales 10°, 11° y 12° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme a la Constitución son dos las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión constitucional, a saber: Las de amparo constitucional y las de control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas. De modo que, a pesar de que puedan darse violaciones de derechos fundamentales que se verifiquen en sentencias diferentes a las taxativamente indicadas en el numeral 10 del artículo 336 constitucional, la Sala esta constreñida expresamente a limitar el ejercicio de la potestad de revisión a los dos tipos de sentencias indicados en dicha norma, tal como ella mismo lo estableció en la precitada sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001.

En efecto, la Sala Constitucional ha declarado con lugar la revisión constitucional de sentencias definitivamente firmes de amparo, en casos en los que el juez constitucional se ha pronunciado sobre el fondo de la materia controvertida en la causa principal. Y en tales supuestos lo ha hecho por considerar que ello desvirtúa el carácter extraordinario del amparo, tal como lo estableció en sentencias números: 2.524 de

²⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 656 del 18 de octubre de 2018. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301697-0656-181018-2018-16-0650>. HTML, consultada el 24 de noviembre de 2020.

³⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Febrero/93-060201-00-1529%20.htm>, consultada el 18 de octubre de 2020.

³¹ Leoncio Edilberto Cuenca Espinoza, ob. cit., pp. 34-35.

fecha 12 de septiembre de 2003 y 2.362 de fecha 6 de octubre de 2004. Asimismo, ha considerado procedente la revisión constitucional, en razón de haberse empleado el amparo para sustituir las vías procesales ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico, y así lo determinó en sentencias números: 2.797 de fecha 24 de octubre de 2003 y 1.043 de fecha 17 de mayo de 2006.

De igual forma, por lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes en las cuales se ejerció el control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, la Sala se ha pronunciado anulando las sentencias que ha considerado que lo han hecho no conforme a derecho. Así, en sentencia N° 212 de fecha 2 de marzo de 2012, consideró indebida la desaplicación del artículo 2 de la Resolución N° 2009-0006 de fecha 18 de marzo de 2009, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, norma que regula la cuantía de acceso al recurso de apelación en las causas de desalojo que hayan sido tramitadas por el procedimiento breve.

De acuerdo con el criterio sostenido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en la ya referida sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001, la Sala detalló las decisiones definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión constitucional, incorporando además de las previstas en el artículo 336.10 del texto fundamental, dos más a saber: las dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo o por los demás tribunales del país cuando la decisión se aparta u obvia de forma expresa o tácita una sentencia proferida por la Sala Constitucional con anterioridad al fallo impugnado, con lo cual realiza un errado control de la constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional; también incluye, las que hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la constitución o que hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional.

Posteriormente, la Sala Constitucional en decisión N° 325 de fecha 30 de marzo de 2005 extendió la facultad de revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes. En efecto, consideró que pueden ser objeto de la misma no solo las que vulneren los principios jurídicos fundamentales, sino también los derechos constitucionales.

Conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), la referida ley en sintonía con la jurisprudencia de la Sala Constitucional que ha venido ampliado sus competencias para el ejercicio de la revisión constitucional, estableció en el artículo 25.10.11.12 las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de dicha potestad de revisión. Ellas son las proferidas por los Tribunales de la Republica cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; o que efectúen una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o que hayan producido un error grave en su interpretación, o, también, por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

Asimismo, las dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos antes señalados, así como la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la constitución, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la Republica o que incurran en violaciones de derechos constitucionales; y las que hayan ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales del país³².

³² Venezuela. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada en Gaceta Oficial No. 39.483, del 9 de agosto de 2010.

Del contenido del referido artículo 25 resulta claro que el legislador, en el texto promulgado en la Gaceta Oficial N° 39.483, de fecha 9 de agosto de 2010, amplió considerablemente los supuestos de procedencia de la revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes, en relación con los que contemplaba el Artículo 5 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004. Recoge así el criterio sostenido por la jurisprudencia desarrollada por la Sala Constitucional en esta materia. Con ello, el objeto de esta potestad extraordinaria y discrecional ya no guarda vinculación con el plasmado por el constituyente de 1999 en el Artículo 336.10 relativo a las sentencias de amparo o donde se hubiese efectuado control difuso de la constitucionalidad.

Respecto a la inclusión como causal de revisión de todas las sentencias en las que se hubiese incurrido en un error grave de interpretación, Flavia Pesci-Feltri considera que el término utilizado da lugar, a que la Sala Constitucional interprete ampliamente qué se entiende por error grave en la interpretación y aplicación de la Constitución, y someta a su consideración cualquier sentencia desviándose claramente de la finalidad que busca este instituto procesal, que no es otra que la uniformidad en la interpretación del texto constitucional³³.

En tal sentido, destaca la opinión de Román Duque Corredor para quien es posible incluir dentro de los motivos que dan lugar a la revisión de las sentencias definitivamente firmes los errores en la apreciación de las pruebas que cometen los jueces, pues considera que al controlar la Sala Constitucional tales errores no sustituye en forma alguna a las otras Salas ni a los tribunales ordinarios, en razón de que la disconformidad entre la cuestión de hecho y la de derecho contenida en las sentencias sometidas a revisión, obedece a que los órganos jurisdiccionales que las dictaron no analizaron debidamente los hechos y las pruebas, lo que conduce a una grave indefensión que lesiona la garantía jurisdiccional a la tutela judicial efectiva, la cual debe redimir el Tribunal Constitucional³⁴.

Como corolario de lo anterior puede afirmarse que tal como lo puntualiza Román Duque Corredor, la garantía constitucional al debido proceso se frustra cuando las sentencias definitivamente firmes arropadas por la fuerza de la cosa juzgada se sustentan en hechos falsos o no considerados al establecer el contradictorio; o cuando se fundan en una valoración ilógica del acervo probatorio, lo que en forma alguna supone que la Sala Constitucional deba efectuar una nueva valoración probatoria. Sin embargo, en tal supuesto resulta inaceptable que la protección de los derechos constitucionales se torne nugatoria al quedar fuera de la revisión constitucional. Por ello, la Sala Constitucional debe revisar la calificación de los hechos que consideraron demostrados los jueces al proferir la sentencia objeto de revisión, siempre y cuando en la solicitud se hubiese alegado que la calificación es errónea, producto de una equívoca subsunción de los hechos en la norma jurídica que aplicaron.

Respecto a los errores que pueden ser objeto de revisión destaca la posición de la Corte Constitucional de Colombia, la cual sostiene que el Juez Constitucional debe ser en extremo cuidadoso y acordar la tutela solo en los supuestos en los cuales se pueda producir un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental como efecto de una indiscutible falta de competencia del funcionario judicial, de una ausencia absoluta y definitiva de pruebas, de la incongruencia evidente e incuestionable entre los

³³ Flavia Pesci-Feltri, *La revisión constitucional de sentencias definitivamente firmes*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011. p. 49.

³⁴ Román J. Duque Corredor, *Sistema de fuentes de Derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Ediciones Homero, Caracas, 2014, pp. 258-259.

hechos probados y el supuesto jurídico, o de la violación grosera del procedimiento³⁵. En cualquiera de los cuatro supuestos señalados la mencionada Corte considera que la tutela constitucional debe acordarse y estaría ajustada a derecho.

Igualmente, la precitada Corte Constitucional de Colombia en sentencia del 11 de noviembre de 1998, agrupó en cuatro tipos los errores que pueden ser objeto de revisión constitucional, al expresar que constituye una vía de hecho la decisión judicial que incurra en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, de tal dimensión que pueda afirmarse que se aparta de forma manifiesta del ordenamiento jurídico. En cuanto al defecto sustantivo señaló que se configura siempre que la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto. El defecto fáctico surge cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma resulta totalmente impertinente e insuficiente. El llamado defecto orgánico está referido aquellos casos en los cuales el juez carece absolutamente de competencia para resolver el asunto. Y el defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento establecido por la ley para tramitar el proceso respectivo³⁶.

En este orden de ideas es preciso puntualizar que la revisión constitucional conforme a las competencias que tiene asignadas la Sala Constitucional, tiene por finalidad evitar los llamados errores grotescos que pueden cometer los jueces en las decisiones definitivamente firmes con el carácter de cosa juzgada que resulten violatorios de los derechos constitucionales; además de contribuir a la uniformidad de la interpretación de las normas constitucionales para lograr conjugar que el ordenamiento jurídico vigente se enmarque dentro del texto fundamental.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

La cosa juzgada es el efecto jurídico del proceso conforme al cual lo resuelto en el mismo mediante sentencia firme no puede volver a ser juzgado, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica, a fin de preservar el orden social, por lo que es un instituto procesal de carácter público. En el ordenamiento jurídico patrio la cosa juzgada tiene rango de garantía constitucional de conformidad con el ordinal 7º del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que recoge la antigua regla de *non bis in ídem*, traducida en el derecho que tiene toda persona a no ser juzgada nuevamente por circunstancias que hubiesen sido objeto de una decisión en un juicio debido.

Sobre la base de la nueva concepción constitucional del proceso como instrumento para la realización de la justicia se exige como premisa que se privilegie la verdad material sobre la verdad formal mediante la conjugación del derecho sustancial con el procesal con el fin de alcanzar la justicia. Desde esta visión humanista del proceso se concluye que la cosa juzgada ya no puede ser considerada como una presunción de verdad absoluta, sino que la misma tiene un valor relativo, en razón de que la sentencia definitivamente firme cuando es dictada en un juicio donde resulten violados los derechos a la defensa y al debido proceso de las partes no puede estar revestida de la cosa juzgada.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia N° T-008/98 del 22 de enero de 1998. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-008-98.htm>, consultada el 24 de noviembre de 2020.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia N° T-654/98 del 11 de noviembre de 1998. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-654-98.htm>, consultada el 24 de noviembre de 2020.

Igualmente, bajo este enfoque la cosa juzgada tendrá valor relativo cuando la sentencia es proferida con apariencia de legalidad, pero en el fondo sea producto de un proceso en el que se han producido conductas traducidas en maquinaciones fraudulentas, dolo, y en definitiva falta de probidad y decoro de una de las partes en perjuicio de la otra o de ambas en contra de un tercero, desnaturalizando de forma ostensible el fin del proceso.

El ordenamiento constitucional ha incorporado mecanismos como el amparo contra decisiones judiciales a través del cual incluso puede ser denunciado excepcionalmente el fraude procesal, además de la revisión constitucional, los cuales permiten ofrecer a los justiciables tutela judicial constitucional, con el fin de destruir los efectos de la sentencia definitivamente firme, vías que lejos de debilitar el carácter constitucional de la cosa juzgada la fortalecen al permitir que el proceso alcance su fin: la realización de justicia conforme a los postulados del Estado de Justicia establecido en el texto fundamental.

En atención a los supuestos de procedencia de la revisión constitucional previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, puede afirmarse que dicho mecanismo deja de ser de interpretación restrictiva como lo había venido señalando la jurisprudencia de la Sala Constitucional, y se transforma en uno de los mecanismos más amplios por el que es posible demoler la cosa juzgada, pues al contemplar el legislador la posibilidad de enervar los efectos de la cosa juzgada de una decisión firme proferida por los tribunales por error grave de interpretación de una norma o principio constitucional; así como al incluir dentro de las sentencias que pueden ser objeto de revisión las dictadas por las otras Salas que resulten violatorias de derechos constitucionales, el ámbito que proporciona esta tutela judicial supone el ejercicio mesurado de la misma por parte de la Sala, pues si bien su desarrollo adecuado contribuiría a materializar el Estado de Derecho y de Justicia establecido en la Constitución al armonizar y equilibrar los valores de seguridad jurídica y justicia; también con su manejo desmedido existe el riesgo de generar una crisis social, al desmontar la seguridad jurídica que garantiza la cosa juzgada, por lo que su perfeccionamiento como proceso de justicia constitucional dependerá de la idoneidad, autonomía e independencia del órgano al cual se le atribuyó dicha competencia en forma exclusiva.

X. DERECHO TRIBUTARIO

LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LOS TRIBUTOS*

Humberto Romero-Muci**

SUMARIO

Introducción. I. Relación entre los derechos humanos y la tributación. II. Los derechos humanos como condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica. III. La técnica normativa de las inmunidades tributarias. 1. Concepto. 2. Ventajas prácticas. 3. El derecho al mínimo vital. 4. El deber de tratos coherentes. IV. Sobre los riesgos de banalización del discurso sobre derechos humanos en la tributación. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Poco ha discurrido la doctrina nacional y la foránea acerca de los vínculos consustanciales entre los derechos humanos y la tributación. En la mayor parte de esos escasos debates¹, la revisión se centra en el necesario respeto de los derechos humanos que debe informar y ordenar la actividad fiscalizadora de la Administración Tributa-

* En homenaje al académico y amigo Pedro Nikken Bershaw, paladín de la promoción y protección de los derechos humanos, venezolano ejemplar. *In memoriam*.

** Abogado *summa cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello (1985), Magister en Leyes Harvard Law School (1986), Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela (2003), 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 del Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número y ex presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Sillón N° 14.

¹ *Vid. Anais das XX Jornadas do ILADT*, Año 2000, Tema 1, “Derechos Humanos y Tributación”, Salvador, Bahia 2000; Joachim English, “The impact of human rights on domestic substantive taxation—the German experience”, en: *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam, 2011, p. 285.

ria, refiriéndose, en consecuencia, a la traslación de las garantías del debido proceso (*due process of law*) a los procedimientos tributarios, donde por lógica constitucionalizante se pueden invocar derechos como el de tutela judicial efectiva, a la defensa, a la prueba libre o a la presunción de inocencia, entre otros. Sin embargo, poco se ha escrito acerca de la atención debida a la preservación de los derechos humanos en el diseño y aplicación de las normas constitutivas de la obligación tributaria, imbricadas en el derecho tributario material o sustantivo.

La tributación puede convertirse en un acicate para el disfrute de los derechos humanos, pero también en un obstáculo para su efectiva vigencia. De modo que no es justificable una obligación tributaria que menoscabe, directa o indirectamente, el goce efectivo de los derechos humanos.

La falta de un análisis riguroso por parte de los jueces y la escasa atención que le ha dado la dogmática jurídica a los efectos de esas externalidades atenta contra la posibilidad de tomarse estos “derechos en serio”, en los términos de Dworkin. Esto ha llevado en algunos casos a los jueces de última instancia a desestimar su control de constitucionalidad, alegando que el legislador es libre para diseñar el tributo en la forma que lo estime prudente o a soslayar estos derechos so pretexto de un supuesto interés general o colectivo, o como también ha ocurrido, apropiándose retóricamente del prestigio de estos derechos para justificar algún despropósito respecto de la tributación.

Sin embargo, el Estado Social de Derecho no solo garantiza la protección de los derechos de libertad, sino que promueve los derechos sociales y humanos. Ese *plus* en el goce de los derechos implica que el poder tributario del Estado está sometido a las restricciones clásicas formales (legalidad, seguridad jurídica) y materiales (capacidad económica, progresividad, proporcionalidad y no discriminación), pero también a restricciones para proteger y promover esas posiciones jurídicas especiales asociadas al goce efectivo del derecho a la dignidad humana².

Con estos comentarios nos interesa destacar la significación de la técnica normativa constitucional de la inmunidad tributaria. Se trata de una situación de no imposición o no sujeción prevista desde la constitución destinada a garantizar, entre otros, la efectividad en el goce de los derechos humanos frente al poder tributario, para no

² Del mismo modo se afirma que, la “dignidad humana” es el valor superior y fundante entre los derechos humanos (Cfr. George Kateb, *Human dignity*, Harvard University Press, Cambridge 2011, p. 1). Así lo consagran la Carta Europea de Derechos Humanos (Artículo 1. “La dignidad humana es inviolable. Debe ser respetada y protegida”). Starck, citando a Nipperdey, afirma que la “dignidad humana” constituye “...[la] raíz y la fuente de todos los derechos fundamentales formulados posteriormente y así mismo derecho fundamental principal”.

“Asegurar al hombre que su relación con el Estado o en su relación con los demás no va a ser reducido a un mero objeto, que no va a quedar a la absoluta disposición de los otros hombres, como un simple número de la colectividad, como una simple pieza de un engranaje y que se va a comprender realmente toda su existencia moral-espiritual propia e, incluso, su existencia física. En suma, el tratamiento del ‘...hombre como fin en sí mismo y no como medio’” (Cfr. Christian Starck, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán”, en: Francisco Fernández (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson Constitucional, Madrid 2008, p. 254).

La afirmación de la “dignidad” es la norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico, implica que todo el derecho debe estar bajo el signo de la “dignidad”, todas las normas jurídicas deben de estar conformadas hacia su realización y aplicación en consonancia con este principio básico. La garantía de la intangibilidad acentúa el efecto totalizador de la garantía de la dignidad humana y en particular de su validez frente a terceros.

interferir con la supremacía del goce del derecho humano. Se trata de situaciones no disponibles para el legislador y diferenciadas de aquellas otras técnicas normativas que por el contrario le son propias con fines extrafiscales como las exentivas o las de minoración de bases imponibles o de cuotas liquidables de la obligación tributaria.

Como siempre, la indeterminación de estos conceptos supone un esfuerzo importante de reflexión para la estructuración de una teoría que no recaiga en idealismos, pero que a la vez haga justicia a la naturaleza práctica e interpretativa del derecho. Una reflexión teórica que debe ser juzgada por su rendimiento, esto es, por su fuerza explicativa y su capacidad para resolver problemas. A ello dedicamos estas reflexiones.

Para ello nos iniciaremos explicando la natural vinculación entre tributación y derechos humanos, nuestra tesis de que el efectivo goce de los derechos humanos es condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad contributiva y condición de validez de la tributación. Haremos referencia a la técnica normativa de la inmunidad tributaria como una de las garantías más efectivas de protección de los derechos humanos frente a la tributación. Señalaremos algunos temas en la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos que representan ejemplos concretos de situaciones jurídicas consolidadas como valladares frente a la tributación. Finalmente, referiremos algunos riesgos en el discurso de los derechos humanos que pueden comprometer su efectividad frente a la tributación.

En suma, la tributación debe asumir el desarrollo humano integral como blasón de su razón de ser, legitimidad y validez.

Solo nos resta concluir señalando que “llegó la hora de tomarse en serio la efectividad de los derechos humanos como límite al poder de imposición y en particular la necesidad de exigir dignidad en la tributación”³.

I. RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRIBUTACIÓN

Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de la *dignidad humana*. Este principio se ha erigido como presupuesto axiológico del Estado contemporáneo, límite lógico del poder y parámetro de validez de todo ordenamiento jurídico. En el ámbito tributario, “...condición de posibilidad de la capacidad contributiva [...] y condición de validez y legitimidad de la imposición”⁴.

Son muchos los casos en que la tributación puede incidir en el disfrute del salario, el derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, a la libertad de culto y la libertad de prensa, entre otros.

La profesora Betty Andrade señala que, no hay derechos ilimitados⁵, como es lógico. La tributación puede incidir sobre esferas patrimoniales y de libertad de los ciudadanos, siempre que ello no ponga en entredicho el contenido mínimo de estos derechos, impida su goce real y efectivo, interfiriendo en su disfrute según el contenido constitucional y convencionalmente declarado, si *i.e.* se crea una situación

³ Cfr. Humberto Romero-Muci, Prólogo al libro de Betty Andrade R., *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal, Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

⁴ Cfr. Humberto Romero-Muci, *Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, Serie Estudios 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, pp. 14-15.

⁵ Betty Andrade R., *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal, Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

regresiva, desproporcionada e indigna de sobreimposición o se pretende gravar en los umbrales en que la tributación es una expresión inaceptable a la luz de la dignidad humana, norma de cierre del sistema jurídico. La tributación como acción esencial del Estado de Derecho, por tanto, no podrá ser lesiva a la satisfacción de los derechos humanos de los individuos.

Además, es innegable que la tributación exige la ponderación entre auténticos derechos porque, como lo señala la doctrina, en el plano normativo constitucional venezolano más que principios (reserva de ley y legalidad, tipicidad, capacidad contributiva, mínimo vital, prohibición de confiscación, entre otros) "...son normas fundamentales, en el sentido de que dotan de fundamento y justificación axiológica a otras normas y no requieren a su vez, de ningún fundamento axiológico, y se traducen en derechos (en situaciones subjetivas jurídicamente protegidas)" y

...más allá de la supremacía constitucional opera una especie de supremacía de los derechos que prescribe no coartar el ejercicio de los derechos y libertades, ni limitarlos al supremo intérprete de la Constitución o al contenido constitucionalmente declarado. Estos derechos (i) son extensibles a las personas jurídicas; (ii) sobre ellos son predicables los elementos de la dogmática jurídica; (iii) dotan de fundamento a otras normas por vía lógico-deductiva, (iv) establecen objetivos y fines respeto a esas normas; (v) en ningún caso admiten que sus disposiciones de desarrollo rebajen el contenido constitucionalmente declarado, de lo que se colige (vi) una evidente e inderogable preferencia por la norma más favorable a la persona. En efecto, el artículo 23 de la Constitución de 1999 adscribe esa prevalencia normativa o *vis expansiva* a la disposición que otorgue un *plus* de tutela o garantías en el goce y ejercicio de los derechos, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa⁶.

II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DEL DERECHO A CONTRIBUIR CONFORME A LA CAPACIDAD ECONÓMICA

Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley⁷. Obviamente, ese deber solo puede ser cumplido a cambio del respeto de los derechos constitucionales a contribuir según Ley formal previa y cierta, respecto de una capacidad económica efectiva, libre de discriminaciones, en forma razonable y proporcionada, bajo las garantías del debido proceso (*due process of law*).

Pero hay más. La tributación no es fin en sí misma. La tributación tiene como finalidad insoslayable el crecimiento económico y la elevación del nivel de vida de la población. Así lo ordena artículo 316⁸ del Texto Fundamental de 1999. Lo complementan la prohibición de discriminación 21(1)⁹ y la prohibición de confiscación

⁶ Cfr. Eduardo Meier G., "Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR", en: *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 172-173.

⁷ Artículo 133 de la CRBV: Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

⁸ Artículo 316 de la CRBV: El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos

⁹ Artículo 21 de la CRBV: Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en

del artículo 317¹⁰ Constitucionales. Se trata de un derecho con un contenido esencial que vincula al legislador y es susceptible de tutela judicial. Su virtualidad aparece conectada a nociones elocuentes como las de “sistema tributario”, “justa distribución de las cargas públicas”, “capacidad económica”, “progresividad del sistema”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “recaudación eficiente”, que denotan la extensión del derecho en cuestión y prefiguran su contenido esencial. Su objetivo es servir de criterio para el reparto de las cargas públicas y otorgar al contribuyente un derecho a contribuir a los gastos generales de acuerdo con su respectiva capacidad económica.

De un lado, las nociones de (i) “sistema tributario”, “capacidad económica”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “sistema de recaudación eficiente”, enfatizan las exigencias instrumentales de coherencia interna del tributo, del orden del conjunto tributario, así como su eficiencia. Por su parte las nociones de (ii) “justa distribución de las cargas públicas”, “progresividad del sistema” y “no confiscación”, enfatizan las exigencias de racionalidad axiológica, esto es, promueven el valor de la justicia del tributo, las cuales complementan la racionalidad técnica implicada en la exigencia de coherencia en el diseño de la exacción y en el conjunto que el sistema implica.

La referencia al sistema (en singular) implica que, hay un solo sistema tributario, en una sola economía, pero también una sola capacidad contributiva que es incida por los distintos tributos y por los distintos poderes tributarios. La noción de sistema se opone a toda contradicción o antinomias y hasta las lagunas axiológicas, así como la contradicción tributaria sistémica cuya expresión más patológica es la múltiple imposición interna. Por eso, la coherencia del sistema exige la de los tributos individualmente y la del conjunto con el propósito de promover la “protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”. Así mismo, la condición de “sistema” se enlaza con las exigencias de coordinación y cooperación entre los poderes y competencias tributarios, cuya connotación más saliente es el “principio de armonización tributario”¹¹ que ejerce el centro sobre la periferia. De lo contrario no se estaría frente a un sistema, sino en presencia de un régimen tributario o peor aún, en una “distopía” como grado superlativo y perverso de anarquía.

Como quiera que el sistema tributario tiene como finalidad la “protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”, los fines extrafiscales de la tributación encontrarían justificación en la medida que otros bienes constitucionales promuevan tal desviación, sean para acentuar la imposición o para producir el desgravamen, desestimulando o estimulando económica, social o culturalmente la actividad de que se trate o sencillamente atendiendo a algún propósito de solidaridad social que justifique el sacrificio contributivo de la propiedad particular. La atención de este tipo de necesidades representa campo fecundo para la protección y para la promoción de los derechos humanos.

general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

¹⁰ Artículo 317 de la CRBV: No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

¹¹ Artículo 156 de la CRBV: Es de la competencia del Poder Público Nacional: 13. 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 estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

A su vez la noción de “capacidad económica”, resalta la sustancia económica de la exacción.

Siendo el tributo ante todo una categoría jurídica, pero con sustancia económica, siempre se expresará como una magnitud económica que deberá ser representada y cuantificada de alguna forma idónea, lo que responderá a una racionalidad técnica específica según la naturaleza del hecho concreto revelador de dicha expresión de riqueza. El material económico es el punto de conexión entre las situaciones reales y la normatividad tributaria adecuada a una situación dada.

Como las normas tienen un contenido cognitivo que puede analizarse críticamente con ayuda de informaciones científicas y técnicas, las distintas ciencias sociales aportan materiales que son relevantes para el derecho, son los contenidos legales que permiten conocer el alcance de los intereses involucrados. El derecho debe ser coherente con esta realidad y elaborar una concepción racional práctica y crítica. Aquí la carga de argumentación corresponde al proponente de la protección del derecho. Se exigirán no solo razones valorativas, sino razones analíticas y empíricas en respaldo de una determinada posición. Aquella que maximice la racionalidad práctica mediante pretensiones de coherencia y universalización de la decisión de que se trate. De esta manera se previenen riesgos de subjetivismos valorativos utilizados muchas veces con intenciones espurias. Habrá que ser cauto al respecto, pero eso no significa que no pueda argumentarse racionalmente en relación con valores¹².

Pero hay más. La capacidad contributiva como índice económico de riqueza y causa del gravamen, tiene que ser una riqueza efectiva: el impuesto no debe gravar la capacidad “productiva”, sino la riqueza obtenida “efectivamente”; no debe establecer presunciones iuris et de iure que imputen una riqueza meramente probable al contribuyente, ni ficciones que fabulen una realidad artificial, así como tampoco cabe gravar rendimientos puramente nominales en situaciones de inflación. En todo caso, la concreción del principio en cada situación demandará el acercamiento o el alejamiento de este, debido a la ponderación de otros bienes constitucionales. Los fines extrafiscales o aquellos que primen la practicabilidad administrativa, deberán justificar una restricción del principio de capacidad económica, mediante el control de razonabilidad.

La promoción de la racionalidad del sistema se traduce en la eficiencia de este, esto es, en la realización de los fines que la predeterminan. La eficiencia del sistema tributario no debe ser confundida con la eficiencia de la administración tributaria. La primera implica y comprende la segunda. La eficiencia del sistema se refiere más ampliamente a la (i) la incidencia neutral del tributo sobre la economía, esto es, evitar distorsiones en la asignación de recursos, (ii) la suficiencia del producto en relación con el costo de la recaudación, (iii) la minimización del costo de cumplimiento para el sujeto pasivo y los terceros y (iv) la recaudación eficaz por la administración tributaria, recordando el principio instrumental de la gestión administrativa al servicio del ciudadano y su sometimiento pleno a la ley y al derecho ex artículo 141¹³ Constitucional, esto es, la recaudación tributaria no es un fin en sí misma, la recaudación ni la practicabilidad administrativa justifican una tributación inconstitucional ya que como ordena el mandato constitucional, esta solo está al servicio de la tributación con arre-

¹² Cfr. Manuel Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 158

¹³ Artículo 141 de la CRBV: 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.

glo a la capacidad económica. Así las cosas, se puede apreciar que, la promoción y protección de los derechos humanos es una dimensión de eficiencia en la tributación.

La capacidad económica como soporte axiológico del tributo se mueve en una doble dimensión de tipo horizontal y vertical.

Horizontalmente, implica que sujetos con la misma capacidad económica tributen por el mismo concepto en igualdad de circunstancias, esto es, se proscriben las discriminaciones impositivas. Esta prohibición se subsume en la prohibición constitucional más general regulada por el artículo 21(1) Constitucional.

Verticalmente, la igualdad no implica que todo contribuyente deba ser tratado en idéntica situación (bases imponibles) cuando tienen capacidades económicas distintas a los fines del tributo de que se trate. Tales diferencias de tratamiento pueden existir "...siempre que esas diferencias no violen los límites de la racionalidad". De igual forma implica que la presión del gravamen debe aplicarse progresivamente, esto es, la carga contributiva individual debe aumentar en una proporción mayor al incrementar la riqueza disponible, típicamente vinculada a aumentos de la alícuota o del tipo de gravamen. La progresividad es una técnica que se asocia con la redistribución de la renta.

Como quiera que el principio de capacidad económica se fundamenta en los principios de la función social de la propiedad y solidaridad, quien más tiene más puede contribuir al gasto común, razón por la cual, en este sentido parece coherente concebirlo como "capacidad económica progresiva". La progresividad tiene su ejemplificación y realización más saliente en el impuesto sobre la renta y los impuestos personales como el que grava en forma directa el patrimonio. Sin embargo, en el caso de los impuestos indirectos, la virtualidad de la progresividad se dificulta técnicamente, pero puede promoverse o, su contrario, la regresividad, puede morigerarse mediante otras técnicas tributarias tales como las dispensas tributarias (p.e. exención bienes de consumo esencial en el IVA) y los créditos impositivos (p.e. rebajas o bonificaciones a la cuota a pagar por nuevas inversiones, inversiones ambientales, sociales, cargas de familia).

De esta forma puede controlarse la razonabilidad de los impuestos extraordinarios (de guerra, temporales en emergencia económica) y los fines extrafiscales de la tributación, los cuales deben justificarse para proteger la economía nacional y que por su intensidad nunca pueden tener efecto confiscatorio según expresa prohibición constitucional en refuerzo del derecho de propiedad y de la libertad económica. En íntima relación con los fines extrafiscales se conectan los tributos parafiscales y otras formas de tributación atípicas en promoción de fines de solidaridad y defensa de bienes constitucionales como el medio ambiente, seguridad social, la prevención antidrogas, la promoción del conocimiento, la innovación de las nuevas tecnologías y otros.

Por la misma razón, el tributo solo debe y puede tener la finalidad de promover el bien común, esto es, la tributación solo se justifica ética y jurídicamente cuando es efectivamente destinada al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población. Jamás puede justificarse como un instrumento con fines meramente recaudatorios, sancionatorios o persecutorios.

Por eso la obligación de coherencia del diseño del tributo con el sistema tributario constituye una garantía para procurar la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, conforme al artículo 316 de la Constitución.

Con esta racionalidad la Academia de Ciencias Políticas y Sociales rechazó el pretendido impuesto a los grandes patrimonios creado por la inconstitucional asamblea

nacional constituyente en 2019¹⁴, denunciando que un impuesto a la propiedad es “...*injusto e inmoral* en las circunstancias actuales de devastación económica y regresión institucional en el país”, “...porque la tributación solo se justifica ética y jurídicamente cuando es efectivamente destinada al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población”.

En suma, el tributo no es un fin en sí misma, debe responder al principio de necesidad, que es la piedra de fundamentación de todos los derechos humanos. No se conciben los derechos sin necesidades que satisfacer, así como no se concibe una tributación abstracta, asistemática, meramente recaudatoria, recaudar por recaudar, sino procura desde su perspectiva de ingreso público el cumplimiento de objetivos valiosos para el ser humano y su comunidad y mucho menos una tributación que se convierta en una cortapisa a la promoción efectiva del derecho humano.

III. LA TÉCNICA NORMATIVA DE LAS INMUNIDADES TRIBUTARIAS

1. Concepto

Las inmunidades tributarias constituyen modalidad normativa de *no sujeción* impositiva sobre aspectos vitales para el goce de los derechos fundamentales. El reconocimiento y mantenimiento de tales límites pueden o no estar consagrados *expresamente* en el texto constitucional, pero lo crítico es que derivan directamente de la consagración del respeto y protección de los derechos humanos. Tales inmunidades implican o bien la negativa absoluta de que la tributación incida sobre una determinada esfera o, la necesidad de garantizar que el diseño del tributo no constituya una afectación negativa al ejercicio de los derechos humanos, más bien que los promueva o que se promuevan tratos o soluciones coherentes a la efectividad de estos.

Algunas legislaciones han reconocido expresamente en el texto Constitucional la existencia de las inmunidades tributarias¹⁵. No obstante, en la mayor parte de los

¹⁴ “**En este escenario de terrible contracción del PIB, hiperinflación, con un retroceso en las capacidades productivas, cierre de miles de empresas en marcha, cualquier intento de crear un tributo a la propiedad, se convierte en mera expropiación injustificada para radicalizar la destrucción de la poca actividad económica formal en operación.** Resulta paradójico que el régimen y partido de gobierno que por dos décadas se empeñó en acabar con los grandes y pequeños patrimonios y con el poder adquisitivo de todos los venezolanos, ahora pretenda poner en pie un tributo para gravar una fuente de riqueza prácticamente aнуquilada. El destino de este pretendido tributo es inconsistente con el bien común.

El pretendido impuesto creado en esta ‘Ley Constitucional’ no es otra cosa que un nuevo producto degenerado en instrumento de control social, apalancado en la coercitividad de su ilegítima forma jurídica y en la amenaza coactiva de la recaudación fiscal y sancionadora. En este caso, el régimen aplica la misma fuerza con la que mantiene el impuesto hiperinflacionario que desdice de la más elemental garantía de un sistema fiscal justo y eficiente”. Ver: Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en rechazo a la “Ley Constitucional que crea el impuesto a los grandes patrimonios” dictada por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, de fecha 12 de julio de 2019, en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-en-rechazo-a-la-ley-constitucional-que-crea-el-impuesto-a-los-grandes-patrimonios-dictada-por-inconstitucional-asamblea/>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹⁵ El principio de inmunidad tributaria es recogido en el artículo 150 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 (Texto Consolidado hasta la enmienda N° 99 del 14 de diciembre de 2017 que entró en vigor el 5 de octubre de 1988, según Texto consolidado até a Emenda Constitucional N° 66 de 13 de julio de 2010), que contempla que “Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: [...] VI establecer impuestos sobre: a) patrimonio, renta o servicios, unos de otros; b) templos de cualquier

casos, las legislaciones las han recogido como formas de exención o como exoneraciones, lo cual resulta técnicamente incorrecto. Ese desenfoque conceptual y el diferente tratamiento normativo generan ineficiencias en la efectiva protección de esos derechos frente a la tributación. Por una parte, el establecimiento de inmunidades tributarias como formas de no sujeción implica, de plano, la inexistencia del supuesto que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria sea porque no se trata del evento que el legislador desea gravar o sea porque se trata de uno de los supuestos sobre los cuales existe una prohibición absoluta de tributación. No obstante, las exenciones responden a elementos de política fiscal, estándole dado al legislador su diseño y creación. Mientras la no sujeción constituye una prohibición absoluta al legislador, las exenciones dependen de la voluntad del legislador, derivándose de la necesidad de estimular una determinada actividad.

2. Ventajas prácticas

La aceptación de la existencia de inmunidades tributarias respecto de los derechos humanos permitiría el control de la normativa tributaria frente a los principios constitucionales clásicos y también bajo la consideración del costo y beneficio efectivo que la tributación tiene sobre la esfera de derechos de los ciudadanos. La precisión de la vigencia de este concepto en nuestro ordenamiento constitucional podrá permitir el reconocimiento de que existen ciertos elementos sobre los cuales no podrá incidir la tributación o que dicha tributación estará limitada. De esta forma, si el legislador llegase a crear tributos sobre estas esferas protegidas constitucionalmente, sería posible solicitar la nulidad de la norma respectiva ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o su desaplicación a través del control difuso.

Por su parte, si pretendiéramos que, como se establece formalmente en la mayor parte de las legislaciones –incluyendo la venezolana– se confunden los supuestos de inmunidad tributaria con situaciones de exención y que, en consecuencia, responden a elementos de política legislativa, será más difícil la justificación del control constitucional de dichas disposiciones, bajo el entendido de que su reconocimiento

culto; c) patrimonio, renta o servicios de los partidos políticos, incluyendo sus fundaciones, de las entidades sindicales de los trabajadores, de las instituciones de educación y de asistencia social, sin fines lucrativos, atendiendo a los requisitos de la ley; d) libros, diarios, periódicos y el papel destinado a su impresión. e) fonogramas y videofonogramas musicales producidos en Brasil conteniendo obras musicales o literomusicales de autores brasileros y/u obras en general interpretadas por artistas brasileros, así como los soportes materiales o archivos digitales que los contengan, salvo en la etapa de replicación industrial de los medios ópticos de lectura a láser. 1. la prohibición del inciso III, b), no se aplica a los impuestos previstos en los arts. 153, I, II, IV y V, 154, II. 2. la prohibición del inciso VI, a) se extiende a los organismos autónomos y a las fundaciones establecidas y mantenidas por el Poder Público, en lo que se refiere al patrimonio, a la renta y a los servicios, vinculados a sus finalidades esenciales o derivadas de ellas. 3. Las prohibiciones del inciso VI, a), y del párrafo anterior no se aplican al patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con la explotación de actividades económicas regidas por normas aplicables a empresas privadas, o en las que haya contraprestación o pago de precios o tarifas por el usuario, ni exonera al promitente comprador de pagar el impuesto relativo al bien inmueble. 4. Las prohibiciones expresadas en el inciso IV, líneas b) y c), comprenden solamente el patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con las finalidades esenciales de las entidades en ellas mencionadas. 5. La ley establecerá medidas para que los consumidores sean informados acerca de los impuestos que incidan en mercancías y servicios. 6. Cualquier amnistía o remisión que afecte a la materia tributaria o de previsión social o solo podrá concederse a través de ley específica federal, estatal o municipal. En: [http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=579494 & www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=16434803&idBinario=16434817267224](http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=579494&www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=16434803&idBinario=16434817267224), consultados el 15 de enero de 2021.

depende libremente del legislador. Como puede apreciarse, la precisión del concepto se hace esencial a los fines de determinar los límites de la actuación del juez constitucional, así como la forma como se hará efectiva la tutela de los derechos humanos¹⁶.

Los planteamientos teóricos anteriores pueden ser concretados en la práctica mediante el examen de la forma como la tributación incide en el disfrute de los derechos humanos. En primer término, debemos recordar que el Estado debe asumir un rol activo en la protección de los derechos humanos, no solo absteniéndose de asumir conductas que cercenen tales derechos (derechos de abstención), sino llevando a cabo acciones que materialicen su disfrute (derechos prestaciones). Si bien todo tributo incide en alguna forma en los derechos humanos, fundamental y primeramente en el derecho de propiedad y de libertad económica, la injerencia de dicho tributo no puede resultar en la conculcación del disfrute de tales derechos y así debe garantizarlo el Estado en el diseño del sistema tributario.

Por ello, el Estado no puede ni debe ser un mero observador del impacto de los tributos en los individuos, justificando su actuación en la existencia de necesidades colectivas, sino que debe introducir los correctivos para preservar los equilibrios necesarios para permitir su goce efectivo de los derechos individuales. Lo contrario, predeterminar la tributación sobre un interés colectivo superpuesto a los derechos fundamentales del individuo, no solo contradice insalvablemente el Texto Fundamental vigente, sino que introduce una indeseable y peligrosa “teoría política colectivista”¹⁷, desde luego injustificada, cuando la tendencia –y la propia Constitución de 1999– apunta a justificar la precedencia *prima facie* de los derechos individuales frente a los bienes colectivos, como lo propone Robert Alexy¹⁸.

Existen diversas situaciones en las cuales puede constatare la forma como la tributación afecta negativamente el goce de los derechos humanos. Tal podría ser el caso del derecho a la salud, cuando se crean tributos indirectos sobre los servicios médico-asistenciales o sobre alimentos de la cesta básica. También puede conculcarse el deber de protección del salario cuando se crean tributos que no toman en cuenta sus condiciones personales del trabajador o las que son necesarias para el libre desenvolvimiento de su personalidad. Por su parte, la creación de tributos so-

¹⁶ El caso clínico de confusión entre los conceptos comentados y el tratamiento de sus consecuencias, lo representa la decisión de la Sala Constitucional que declaró la inaplicación del IVA sobre los servicios médicos privados, bajo el argumento de la precedencia de la salud pública respecto del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad contributiva. En forma técnicamente incorrecta la Sala Constitucional declaró “exento” el servicio de salud del impuesto en cuestión, justificando que: “...no puede el Estado, [...] promover la desigualdad en cuanto a la garantía de acceso a los servicios de salud, mediante la aplicación de un impuesto al valor agregado a los contribuyentes que requieran de atención médico asistencial, odontológica, de cirugía y hospitalización prestados por instituciones privadas”. Obsérvese que la Sala Constitucional en vez de reconocer una no sujeción sobre la prestación del servicio en resguardo de la prioridad del derecho a la salud, declaró por vía de amparo la existencia de una exención sobre dichas prestaciones, esto es, legisló creando una dispensa impositiva. Lo idóneo habría sido que el Juez constitucional reconociera la inmunidad, con el mismo efecto de la no tributación y no usurpar una función del legislativo para crear la dispensa impositiva. Ver Sentencia del 5 de junio de 2003, caso *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano, Fernando Bianco y otros en acción de nulidad y amparo contra Ley de impuesto al valor agregado*, consultada en Giuseppe Urso y Valmy Díaz, *El IVA “una década de jurisprudencia en Venezuela”*, Caracas, 2004, p. 137.

¹⁷ Se afirma que la concepción autoritaria de los derechos humanos tergiversa las potestades del Estado como cuerpo que personifica el interés social, para terminar, degradándose en una práctica que subordina en todos los casos el derecho individual al interés que el Estado representa o dice representar. Cfr. Francisco J. Delgado, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas 2017, p. 127.

¹⁸ Vid. Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho*, 2ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 208.

bre instituciones religiosas por las donaciones percibidas por ellas podría afectar el derecho a las libertades de culto y de pensamiento. El derecho a la información y a la educación, por su parte, se ven afectados cuando se generan tributos indirectos sobre la venta de periódicos, revistas informativas, libros, así como sobre servicios educativos. Igualmente, la negativa del reconocimiento de exenciones de impuesto sobre la renta respecto de los enriquecimientos percibidos por entidades sin fines de lucro como las instituciones religiosas, benéficas, educativas y otras similares, puede derivar igualmente en la afectación de algunos de los derechos mencionados.

3. El derecho al mínimo vital

Por ejemplo, en el derecho internacional de los derechos humanos hay un consenso en que existe una zona de no imposición que constituye una medida económica representativa de ausencia de capacidad contributiva a los gastos generales como expresión del derecho al respeto de la dignidad humana en el Estado Social y de Derecho. Ese derecho humano suele identificarse bajo el concepto de “mínimo vital”. Lo importante es que esa zona de no imposición sea efectiva y cumpla su propósito de permitir la retención económica de los recursos necesarios para la atención de las necesidades vitales y familiares del contribuyente frente a la tributación¹⁹. Así lo ha puesto de relieve la Corte Constitucional Alemana al desarrollar la doctrina del “derecho humano a una existencia digna”, destacando que este derecho ha tenido un efecto irradiante sobre el Impuesto Sobre la Renta (ISR) en ese país, concluyendo, en consecuencia, que la dignidad humana condiciona al Legislador para preservar de la tributación una parte de la renta necesaria para cubrir un mínimo de subsistencia del contribuyente²⁰.

Hoy existe un fructífero dialogo jurisprudencial sobre el derecho al mínimo vital que representa fuente de derecho en la materia de derechos humanos²¹, permitiendo que el análisis comparado en cuestiones concretas suministre nuevos argumentos, perspectivas y soluciones de gran utilidad²². Tal es el caso de las importantes decisiones de la Suprema Corte Mexicana²³ y de la

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Cfr.* Joachim English, ob. cit., p. 287. La Corte ha especificado que ese umbral de subsistencia mínimo no debe ser inferior a aquello necesario para cubrir la asistencia social. Incluso, ha dicho que, en ningún caso se puede evadir esta obligación parapetándose en la existencia de programas sociales para justificar una tributación excesiva, pues ello contravendría los principios de responsabilidad individual de la persona y subsidiaridad de la asistencia social que la Corte deriva del contexto de los derechos de libertad consagrados en la Constitución. Más aun, la Corte Constitucional ha aceptado reglas que definen montos fijos para predeterminar ese mínimo de subsistencia, solo si cubre razonablemente los gastos que son necesarios, idóneos y proporcionados para tal fin. Finalmente, ha dicho que, la protección del mínimo vital está por encima de la situación presupuestaria y no puede ser una mera declaración de buena voluntad.

²¹ *Vid.* Carlos Ayala C., *Del dialogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección de Estudios Jurídicos N° 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 18.

²² *Cfr.* Pedro Herrera M., *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales. Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 37.

²³ La Suprema Corte Mexicana ha caracterizado el “mínimo vital” como “...el mínimo existencial [...] que permite la subsistencia del causante como agente titular de derechos y obligaciones en un Estado social y democrático de Derecho”, lo que: “...entraña una garantía de las personas, por virtud del cual el legislador, al diseñar el objeto de las contribuciones e identificar la capacidad idónea para contribuir, debe respetar un umbral libre o aminorado de tributación, según sea el caso, correspondiente a los recursos necesarios para la subsistencia de las personas, en el cual le está vedado ejercer sus facultades por no estar legitimada constitucionalmente la imposición de gravámenes sobre ese mini-

Corte Constitucional Colombiana²⁴, solo por nombrar algunas en el caso de América Latina.

Este concepto de mínimo vital se extendería a otros tributos como el que grava el patrimonio, excluyendo aquellos bienes tales como la vivienda principal, enseres de uso personal que no representan ni deben representar índices de capacidad contributiva. También tendría significación a propósito de los tributos que gravan el consumo, tales como el IVA, concretándose en la no sujeción de medicamentos, alimentos de primera necesidad, servicios de salud, educacionales. La tutela de este espacio no impondría limitaciones en el diseño que el legislador efectúe sobre tales derechos y la posibilidad de controlar judicialmente las normas que se dicten al respecto.

4. El deber de tratos coherentes

Una dimensión especial de efectividad para el respeto y protección a los derechos humanos tiene lugar en la afirmación de tratos coherentes en el ordenamiento tributario. Esto implica que debe favorecerse todo aquel trato que sea consistente con la protección que se articula a favor de una situación determinada desde un tributo en particular, de modo que no sea neutralizada o contradicha en sus efectos prácticos por la acción de otros tributos, particularmente por los tributos sectoriales o de otros niveles políticos territoriales. Esta no es más que una exigencia de la racionalidad práctica que predica como principios del razonamiento la universalidad y la coherencia de las decisiones, esto es, que la decisión no se limite a la solución del caso concreto si no la posibilidad de que sea reiterada como de pauta para el futuro como mecanismo de

mo indispensable, es decir, un derecho por cuya virtud las personas no serán llamadas a contribuir en tanto no satisfagan sus necesidades más elementales, correlativo al deber del legislador de respetar este límite” Cfr. Décima Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I. Julio de 2013, Tesis 10a xxxix/2013, p. 53. En: [²⁴ Ver el trabajo de Natalia Quiñonez C., “‘*Minimum vitalis*’ and the fundamental right to property as a limit to taxation in Colombia”, en: *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation \(IBFD\), Amsterdam 2011, p. 356. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, ha reconocido el mínimo vital como un derecho que se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y dignidad humana. El denominado “derecho fundamental al mínimo vital”, se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y exige analizar si quien no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria. Cfr. entre otras las siguientes sentencias: T-005 de 1995 \(M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz\); T-015 de 1995 \(M.P. Hernando Herrera Vergara\); T-144 de 1995 \(M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz\); T-198 de 1995 \(M.P. Alejandro Martínez Caballero\); T-500 de 1996 \(M.P. Antonio Barrera Carbonell\); T-284 de 1998 \(M.P. Fabio Morón\); SU-062 de 1999 \(M.P. Vladimiro Naranjo Mesa\). Ha señalado la Corte Constitucional que, “El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. En referencia a estas medidas positivas garantes del derecho fundamental al mínimo vital, en Colombia la jurisprudencia ha ordenado al Estado colombiano, a reconocer prestaciones positivas a favor de personas inimputables, detenidas, indigentes, enfermos no cubiertos por el sistema de salud, mujeres embarazadas”.](http://200.38.163.178/sjfsist/(f(6hnlkvqghdbt_twsupsu04lpd-lkzoj5wkrzh0gljpxswaq0hlf6aljkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvngut5jwljh8t8nvoier7uno8l_5b5qmncnecyvmebraime59g4gvvfa8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1))/paginas/detallegeneralv2.asp?x?id=2004081&clase=detallesisbl&semanario=0, consultado el 15 de enero de 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aún no tenidas en cuenta²⁵.

Así, por ejemplo, si se exige de un tributo al consumo el goce de un servicio que atiende a la protección y fomento del derecho a la educación, no debe aplicarse otro tributo de la misma naturaleza que neutralice aquel efecto de fomento, o que encarezca el servicio que promueve el derecho a la educación.

En fecha reciente algunos juzgados tributarios se han pronunciado sobre la necesidad de preservar un "...sistema tributario coherente y por tanto justo, en el que la distribución de las cargas públicas atienda a la capacidad económica del contribuyente protegiendo el nivel de vida de la población". En el caso de la contribución de ciencia y tecnología, el Tribunal Noveno Contencioso Tributario del Distrito Metropolitano declaró la no imposición de ingresos brutos originados en venta de productos exentos de Impuesto al Valor Agregado (IVA). El Tribunal reconoció a partir de una justificación del texto constitucional, la existencia de una inmunidad tributaria (una implícita no imposición) para garantizar un efecto impositivo coherente con la política exentiva del IVA y de control de precios sobre la venta e importación de medicamentos establecidos con el fin de abaratar sus costos de adquisición a la población. Esta posición interpretativa se ponderó en respeto al derecho humano a la salud²⁶.

Del mismo modo el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró una inmunidad tributaria en la aplicación de la contribución de Ciencia y Tecnología, decidiendo que el tributo en comentarios no aplicaba a los ingresos brutos por la matrícula cobrada por una Universidad privada, no solo porque suponía una inconsistencia con el tratamiento exentivo en el IVA y en el ISR sobre el servicio y los enriquecimientos del servicio educativos, respectivamente, sino porque existe un manifiesto interés público en el acceso a la educación y en la promoción de la prestación del servicio educativo²⁷ del que el legislador tributario no puede desentenderse sin infringir el derecho humano a la educación.

²⁵ Cfr. Manuel Atienza, ob. cit., p. 158.

²⁶ Señaló el Tribunal "comenzando por [proteger] el derecho a la salud de la población, entendiendo que una parte fundamental de este derecho inherente a la dignidad humana y a la vida, debe traducirse en la disponibilidad suficiente, oportuna y estable de medicamentos en el ámbito nacional y el acceso permanente a estos por parte del público consumidor", porque "...se pone en riesgo la salud y la vida de la población en general, en contradicción insalvable con la obligación del Estado de preservar estos derechos y valores fundamentales y de que el sistema tributario sea coherente con los fines socioeconómicos de protección y elevación del nivel de vida de la población, cuando se incluye en la base imponible de un aporte como el de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación los ingresos exentos o exonerados del Impuesto al Valor Agregado, frustrando la intención del legislador de evitar encarecer el costo de esos productos por vía de repercusión económica, y con ello garantizar su adquisición a los sectores sociales más desposeídos". Sentencias N° 002/2017 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 16 de febrero de 2017, Caso *Farma, S.A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología* en <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2017/FEBRERO/210316AP41U20140003890022017.HTML> (Consultado el 15 de enero de 2021) y N° 2237/2017 del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de abril de 2017, Caso *Industria Venezolana de Productos Farmacéuticos de Consumo-Konsuma de Venezuela, S.A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*; N° 014/2016 Caso *Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*.

²⁷ El tribunal señaló que "... para proteger el carácter fundamental de la educación como '... un Derecho Humano y un deber social fundamental', al que tiene derecho toda persona, en igualdad de condiciones y oportunidades, el artículo 103 constitucional contempla una regla trasladable a todos los tribu-

IV. SOBRE LOS RIESGOS DE BANALIZACIÓN DEL DISCURSO SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA TRIBUTACIÓN

Todos los derechos cuestan. Los gobiernos necesitan recursos económicos para proporcionar actividades de seguridad, educación, salud y otros bienes públicos a la sociedad. Estos recursos provienen en su mayoría de los tributos que cumplen los particulares. Esos bienes generan externalidades positivas, esto es, sus efectos trascienden las relaciones particulares alcanzando a terceros.

Es necesario evitar una promoción ingenua sin idoneidad técnica respecto de estas decisiones normativas de fomento, para asegurar la efectividad de los derechos humanos en el contexto tributario: (i) evitar su banalización²⁸ por el abuso de discursos valorativos con intenciones espurias o (ii) posibles excesos que devienen en abusos de protección, creando externalidades positivas que se traducen en oportunismo, anarquizan el sistema tributario y producen incentivos para la deserción en el cumplimiento tributario.

En efecto, debemos alertar de los peligros de la banalización y relativización del discurso sobre los derechos humanos, esto es, de cualquier intento retórico de apropiarse del prestigio de estos derechos para encubrir el decisionismo y la arbitrariedad, que conduzca a una disminución progresiva de su sentido y de su relevancia.

Así sucedió en nuestro medio en dos trágicos episodios de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (i) caso *Banco Nacional de Ahorro, Vivienda y Hábitat (BANAVIH)* y (ii) caso *Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio*²⁹.

En el primer caso, la Sala Constitucional negó el carácter no tributario a los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), y por consiguiente la no aplicación del Código Orgánico Tributario a dichas obligaciones, en particular las reglas sobre prescripción de los tributos. A pesar de lo criticable de la posición anterior, lo insólito fue la calificación desproporcionada de “imprescriptible” que la Sala Constitucional atribuyó a la precitada obligación de aporte, con base en una inexplicable relación con los derechos humanos a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social de los trabajadores que los desmerece por inatinerente y desproporcionada³⁰.

tos, que obedece a la protección de la educación como valor y fin superior igualmente esencial al sistema tributario, que no pueden verse perturbadas o interferidas por objetivos meramente recaudatorios, al ser tan legítimos como aquellos. En efecto, señala la norma constitucional, que: ‘Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva’”. Sentencia N° 014/2016 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 12 de diciembre de 2016, Caso *Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y tecnología* en: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2016/diciembre/210312ap41u20140003770142016.html>, consultado el 15 de enero de 2021.

²⁸ Sobre “...el uso promocional o propagandístico del concepto derechos humanos...”. Cfr. Francisco J. Delgado, ob. cit., p. 111; Cfr. Aniceto Masferrer, “Derechos de nueva generación”, en: José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer, Rafael Enrique Aguilera Portales; Guillermo Escobar Roca (dirs.), *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis*, 2017, pp. 331-358.

²⁹ Sentencia de la Sala Constitucional N° 301/2007, de fecha 27 de febrero de 2007 y sus aclaratorias N° 390/20072 de 9 de marzo, publicada en Gaceta Oficial N° 38.646, del 16 de marzo de 2007, así como la N° 980/2008 de 17 de junio del mismo año.

³⁰ Cfr. “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que niega el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al fondo de ahorro obligatorio de vivienda y los considera imprescriptibles, del

En el segundo caso, la Sala Constitucional declaró inconstitucional y reinterpreto subrepticamente el artículo 31 de la LISR, relativo la base imponible del ISR a las personas naturales bajo relación de dependencia, excluyendo de la tributación las percepciones que exceden el salario normal, tales como utilidades y bonificaciones. Esa posición se fundamentó en argumentos que solo apelan a las emociones, con el propósito de excluir el sentido de legitimidad de la norma reeditada. Para este fin el Juez Constitucional se fundamentó en suposiciones sobre lesiones a la capacidad contributiva no demostradas, en contradicción con la técnica del ISR que manda a la imposición sobre todos los incrementos efectivos de patrimonio (sean regulares, accidentales, en dinero o en especie)³¹. Los resultados de esta decisión frustran la efectiva vigencia del principio de progresividad de un tributo de tipo directo y personal como el ISR, siendo aún más lesiva del orden constitucional que la presunta situación que pretendió remediar. En definitiva, debe evitarse el riesgo de frivolarizar estos derechos que pueda desnaturalizarlos, restándoles vigor y eficacia real.

En suma, una correcta tutela de los derechos humanos supone una regulación que se alinee con la racionalidad técnica tributaria, que justifique la necesidad e idoneidad de las medidas normativas de protección del derecho humano frente a la tributación. La sola invocación del derecho no es suficiente. Debe ser demostrada y justificada tanto por el legislador como ante el juez, mediante procedimientos que den cuenta de la ausencia de arbitrariedad e improvisación.

CONCLUSIONES

1. Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de la dignidad humana.
2. El goce efectivo de los derechos humanos es condición de posibilidad de la capacidad contributiva y condición de validez y legitimidad de la imposición.
3. La tributación tiene una función instrumental, no es un fin en sí misma. No se concibe una tributación abstracta, asistemática, meramente recaudatoria, que no procure desde su perspectiva de ingreso público, el cumplimiento de objetivos valiosos para el ser humano y su comunidad y mucho menos una tributación que se convierta en una cortapisa a la promoción efectiva del derecho humano.
4. La técnica normativa de la inmunidad tributaria permite desde la Constitución definir límites o excluir la imposición para asegurar la protección de los derechos humanos.
5. Esto permite un control de la efectividad de la normativa tributaria frente a los principios constitucionales clásicos y también bajo la consideración del costo y beneficio efectivo que la tributación tiene sobre la esfera de derechos de los ciudadanos. Evita que la protección del derecho humano se relativice en el umbral de las técnicas exentivas y de ajuste mediante créditos a la cuota a pagar, sometidas control político del Legislador o la conveniencia y oportunidad recaudatoria del Gobierno.
6. Una correcta tutela tributaria de los derechos humanos supone una regulación que se alinee con la racionalidad técnica tributaria, que justifique la necesidad e ido-

6 de diciembre de 2011”, en: *Doctrina Académica Institucional (pronunciamientos 1980-2012)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2013, p. 187.

³¹ Ver nuestros comentarios en el prólogo al libro Serviliano Abache C., *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario “Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de la pesadilla y el noble sueño”*, Librería Álvaro-Nora, Caracas, 2015, p. 24.

neidad de las medidas normativas de protección del derecho humano frente a la tributación.

7. La sola invocación del derecho no es suficiente. Debe ser demostrada y justificada, tanto por el legislador como ante el juez, mediante procedimientos que den cuenta de la ausencia de arbitrariedad e improvisación.

INFRavalORACIÓN DE LA UNIDAD TRIBUTARIA Y VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS CONTRIBUYENTES

Luis Fraga-Pittaluga*

SUMARIO

I. Introducción. II. Generalidades sobre la unidad tributaria. III. Desajuste de la UT y mínimo imponible. IV. Desajuste de la UT y progresividad del impuesto sobre la renta. V. Desajuste de la UT y desgravámenes especiales. VI. Desajuste de la UT y desgravamen único. VII. Desajuste de la UT y rebajas. VIII. Desajuste de la UT y violación de principios, derechos y garantías previstos en la constitución. 1. El Estado de Derecho y de justicia y la justa distribución de las cargas públicas. 2. Derechos humanos, mínimo vital y tributación. 3. Capacidad contributiva, progresividad e interdicción de efectos confiscatorios. A. Capacidad contributiva. B. Progresividad. C. Interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos. IX. Desajuste de la UT e inconstitucionalidad de la aplicación del ISLR a las personas naturales residentes. X. Desajuste de la UT y responsabilidad patrimonial del estado por violación de derechos humanos y cobro indebido de tributos. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo la Unidad Tributaria (UT) exhibe un gravísimo rezago con respecto a la inflación, con lo cual ha dejado de ser un índice de corrección fidedigno y útil. Además de otras distorsiones indeseables, la infravaloración de la UT ha provocado desafortunados efectos en la aplicación del Impuesto sobre la Renta (ISLR) de las personas naturales. Como consecuencia de la perversa combinación de hiperinflación, pérdida del poder adquisitivo de la moneda de curso legal y subvaluación de la Unidad Tributaria (UT), cuyo ajuste ha sido indebidamente postergado y siempre insuficiente, el ISLR ha dejado de ser un tributo progresivo y se ha perdido por completo la materialidad de las rebajas y desgravámenes que permiten minorar el impacto de este impuesto, a los fines de no afectar el llamado *mínimo exento* o *mínimo vital*, que es la porción de riqueza de los sujetos pasivos que no debe ser incidida por ninguna exacción.

* Abogado (UCAB), con especialización en Derecho Administrativo (UCAB) y en Derecho Procesal (UCV), fue profesor en los cursos de postgrado en Derecho Tributario y Financiero en la UCAB, UCAT, UMA y UNIMET. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero y de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, profesor invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España), miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público.

Para el ejercicio fiscal 2019 y hasta la resolución SNAT/2020/00006 del 21 de enero de 2020¹, el valor de la UT estuvo fijado en Bs. 50,00, pasando ahora en el ejercicio fiscal 2020, a la irrisoria suma de Bs. 1.500,00. La corrección ha sido entonces tardía y completamente inútil.

II. GENERALIDADES SOBRE LA UNIDAD TRIBUTARIA

La UT ha sido definida como: “...una magnitud de valor ideal expresada en dinero de curso legal, creada por una Ley y modificable por la Administración Tributaria a futuro, en base a los índices de inflación acaecidos en el área metropolitana de Caracas”².

Se introdujo por primera vez en el artículo 229 del Código Orgánico Tributario de 1994, en los siguientes términos:

A los efectos tributarios se crea la Unidad Tributaria que se fija en el monto de un mil bolívaes (Bs.1.000,00). Esta cantidad se reajustará a comienzos de cada año por resolución de la Administración Tributaria, previa opinión favorable de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados del Congreso de la República, sobre la base de la variación producida por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el área metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, que publicará el Banco Central de Venezuela antes del día 15 de enero de cada año. En consecuencia, se convierten en unidades tributarias o fracciones de las mismas, los montos establecidos en las diferentes leyes y reglamentos tributarios, con inclusión de este Código.

Al explicar la función que cumple la UT como mecanismo de indización destinado a solventar, desde la posición acreedora del Fisco, la pérdida del valor de la moneda que afecta los tributos desde el momento en que ocurre el hecho imponible hasta que son efectivamente recaudados, y desde la perspectiva del contribuyente, la adecuada medición de las manifestaciones de capacidad contributiva, Andrés Tagliaferro señala con acierto que: “...el principio rector de nuestro sistema tributario, a saber, el de contribuir conforme a la capacidad contributiva, resulta conculcado por los efectos distorsivos de la inflación y de ello se deriva la necesidad de neutralizarla o de al menos mitigarla a los fines tributarios”³.

El Código Orgánico Tributario de 2001, en el párrafo tercero del artículo 3, estableció que:

Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la administración tributaria nacional reajustará el valor de la unidad tributaria de acuerdo con lo dispuesto en este Código. En los casos de tributos que se liquiden en los períodos anuales, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente durante por lo menos ciento ochenta y tres (183) días continuos del período respectivo. Para los tributos que se liquiden por períodos distintos al anual, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente para el inicio del período.

Se estableció asimismo que la Administración Tributaria era competente para reajustar la UT dentro de los quince (15) primeros días del mes de febrero cada año, previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional sobre la base de la variación producida en el Índice de Precios al Consumidor

¹ Gaceta Oficial N° 41.839 del 13 de marzo de 2020.

² Eduardo Guevara, “Timbre fiscal, impuesto sobre transmisiones y actos documentados y la actualización monetaria”, en: *Revista de Derecho Tributario*, AVDT, No. 77, 1997, p. 90.

³ Andrés Tagliaferro Del Peral, “Autonomía o anarquía tributaria municipal”, en: *Patologías del sistema tributario venezolano. XVIII Jornadas de Derecho Tributario 2019*, AVDT, Caracas, 2019, p. 631.

(IPC) en el Área Metropolitana de Caracas, del año inmediatamente anterior, publicado por el Banco Central de Venezuela (BCV), debiendo dicha Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional emitir su opinión dentro de los quince (15) días continuos siguientes de solicitada (artículo 121.15 del Código Orgánico Tributario). La regulación se mantuvo sin variaciones sustanciales en el Código Orgánico Tributario de 2014.

Hoy en día, la regulación de la UT ha sido completamente pervertida y ya poco queda de los objetivos que se establecieron con su creación. Los controles y limitaciones para la determinación de la UT fueron completamente eliminados en la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020⁴ (COT). Lo que antes era una facultad de la Administración Tributaria que requería la opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, y que debía tener en cuenta la variación del IPC fijado por el BCV, es ahora producto de una autorización unilateral del Presidente de la República (artículo 131.15 COT), sin ninguna opinión técnica previa y vinculante que garantice el control recíproco propio de los regímenes democráticos, en los que está vigente y se aplica el principio de separación de poderes.

Además, y por si ya no fuera bastante, el ajuste es total y absolutamente arbitrario, pues no tiene que tomar en cuenta ningún parámetro objetivo, público y transparente que lo fundamente y justifique, como ocurría anteriormente con la referencia obligatoria al IPC fijado por el BCV. Esta ausencia de controles previos y elementos objetivos para la determinación de la UT, dificultan superlativamente el control judicial de cualquier decisión arbitraria que cree serias distorsiones en el ámbito de la determinación de los tributos, pues se trata de una decisión completamente discrecional.

III. DESAJUSTE DE LA UT Y MÍNIMO IMPONIBLE

Desde varios años, un libro del profesor Humberto Romero-Muci denunció los efectos perniciosos de la subvaluación de la UT al señalar:

La Administración Tributaria no solo ha desviado intencionalmente la finalidad correctora de la UT al postergar la aplicación de su ajuste, sino que ha subestimado la corrección correspondiente, al no recoger la inflación real representada por el ajuste del INPC elaborado por el BCV (...) la UT deja de cumplir con su misión institucional como unidad de cuenta homogénea, y finalmente, frustra su idoneidad para preservar un valor actualizado de la estructura de tramos, mínimos imposables y demás variables fijas utilizadas en la definición de las bases imposables y cuotas liquidables, ocasionando injustamente una mayor presión fiscal⁵.

Más adelante expresa:

...si la Administración Tributaria no reconoce el ajuste de la UT, según la variación del INPC (...) sencillamente desnaturaliza –entre otras cosas– la intensidad con la que el legislador pretendió gravar las diferentes manifestaciones de capacidad contributiva, frustrando el uso de la UT como un mecanismo homogéneo de corrección monetaria por efectos de la inflación.

La Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, ha denunciado⁶ que para el ejercicio 2019, cualquier persona natural residente en el país que obtenga

⁴ Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

⁵ Humberto Romero-Muci, *Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, EJV, Caracas, 2019.

⁶ *Vid.* Comunicado del 17 de marzo de 2020: <https://fccpv.org/> (Consultado el 15 de enero de 2021).

un enriquecimiento neto superior a Bs. 50.000,00, estará obligado a declarar y pagar, puesto que de acuerdo con la norma de la LISR que regula el llamado mínimo imponible, las personas naturales residentes en el país y las herencias yacentes que obtengan un enriquecimiento global neto anual superior a mil unidades tributarias (1.000 U.T.) o ingresos brutos mayores de mil quinientas unidades tributarias (1.500 U.T.) deberán declararlos bajo juramento ante un funcionario, oficina o por ante la institución que la Administración Tributaria señale en los plazos y formas que prescriba el Reglamento.

Si tenemos en cuenta que el salario mínimo mensual para el mes de diciembre de 2019, fue de Bs. 250.000,00 mensuales (Decreto No. 4.093⁷) más Bs.200.000,00 mensuales del llamado “Cestaticket Socialista” (Decreto No. 4.094⁸), entonces la totalidad de las personas que perciben salario mínimo estuvieron obligadas al menos declarar el impuesto sobre la renta para dicho ejercicio fiscal.

Desafortunadamente esta situación no se corrige con el aumento de casi un 3000% de la UT efectuado por la Providencia No. SNAT/2020/00006 del 21 de enero de 2020, que eleva esta a Bs. 1.500,00, porque dicha UT tampoco fue calculada atendiendo a la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) ni a alguna otra medición confiable del índice de inflación experimentado entre el último ajuste de 2019 y el efectuado en el 2020; una violación expresa y categórica de los requisitos establecidos en el Código Orgánico Tributario de 2014 (vigente para el momento en que se dictó la referida providencia) y que ahora es un procedimiento de fijación (des)institucionalizado por el COT, como ya explicamos precedentemente.

El único aliciente que podría existir a este respecto es la exclusión de lo que no es salario normal de la base imponible del Impuesto sobre la Renta, conforme al criterio sostenido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No.301/2007 de fecha 27 de febrero de 2007, caso: *Adriana Vigilanza García y otro*, su aclaratoria por la misma Sala mediante sentencia No. N° 390/2007 de fecha 9 de marzo de 2007, y su extensión (vía revisión de acto reeditado) a la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2015, mediante sentencia de fecha 2 de agosto de 2016, caso: *Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño*⁹.

Con respecto al mínimo imponible, es importante advertir que Romero-Muci expresa dudas en cuanto a que el artículo 79 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISR) consagre realmente el mínimo imponible, porque al concatenarlo con el artículo 50, *ejusdem*, pareciera que cualquier ingreso entre 0 y 1000 UT es gravable con una tarifa del 6%. Afirma además que, en su criterio, el mínimo imponible se identifica con el desgravamen único de 774 UT conforme a lo previsto en el artículo 60 de la LISR.

No compartimos esa autorizada opinión, pues el artículo 79 de la LISR efectivamente consagra el mínimo imponible, de modo que ninguna persona natural residente en Venezuela, con ingresos netos iguales o inferiores a 1000 UT o ingresos brutos iguales o inferiores a 1500 UT, está obligado ni a declarar ni mucho menos a pagar impuesto sobre la renta, es decir, no es contribuyente de este tributo.

El sistema de tramos establecido en el artículo 50 de la LISR no regula la base imponible, ni algún aspecto relativo a esta, sino la tarifa progresiva del impuesto. Cuando el artículo 50 de la LISR, al referirse a la tarifa número 1, señala en el primer tramo que se aplica la tarifa del 6% por la fracción comprendida hasta 1000 UT,

⁷ Gaceta Oficial N° 6.502 Extraordinario del 9 de enero de 2020.

⁸ *Idem*.

⁹ Todas consultadas en <http://www.tsj.gob.ve> (Consultado el 15 de enero de 2021).

presupone que la persona natural tiene un ingreso neto anual superior a 1000 UT o ingresos brutos anuales superiores a 1500 UT, de conformidad con la interpretación conjunta y congruente de los artículos 50 y 79 de la LISR. El uso del vocablo fracción por parte del legislador no es casual, porque este término, según su significado gramatical, alude justamente a la “división de algo en partes” o a las “partes separadas de un todo”¹⁰; es decir, la fracción comprendida entre 0 y 1000 UT es una parte del ingreso neto o bruto total de la persona natural residente, lo que quiere decir que este, considerado integralmente, es siempre y en todo caso superior a 1000 UT.

El desgravamen único no es un mínimo imponible sino una cantidad establecida a forfait por el legislador que se resta de la renta bruta para obtener el enriquecimiento neto. Se trata por tanto de una deducción genérica, que no requiere comprobación alguna, y que se aplica única y exclusivamente a las personas naturales, siempre y cuando tales personas sean contribuyentes del impuesto sobre la renta. Una interpretación distinta convierte al artículo 79 de la LISR en una norma completamente inútil y que además estaría en abierta contradicción con el artículo 50 *ejusdem*, lo cual, desde luego, no es admisible.

En cualquier caso, más allá de las diferentes posiciones que existan al respecto, lo importante es destacar que el mínimo imponible ha dejado de ser una garantía que protege a las personas de menores recursos, a la clase trabajadora económicamente más vulnerable, frente al poder de imposición del Estado y en concreto ante el impuesto sobre la renta, lo cual supone la violación de los Derechos Humanos de los contribuyentes, así como la vulneración de principios propios del Estado de Derecho y de Justicia que proclama la Constitución y de varias normas constitucionales, según se verá más adelante.

IV. DESAJUSTE DE LA UT Y PROGRESIVIDAD DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El desajuste de la UT supone que el sistema de tramos previsto en el artículo 50 de la LISR y que en definitiva es la técnica que garantiza la *progresividad* del impuesto sobre la renta, ha perdido toda vigencia por lo que respecta al ejercicio fiscal 2019 y lo propio puede predicarse con respecto al ejercicio 2020 y hasta tanto se ajuste este índice según la variación real del IPC. La progresividad significa, en términos muy sencillos, que debe existir una relación de proporcionalidad directa entre el importe del tributo y la capacidad económica del sujeto pasivo, de modo que, a mayor capacidad económica, mayor debe ser la tarifa del tributo.

Explican Fernández y Hanson que:

Los sistemas progresivos estipulan tramos de ingresos que pagan una mayor tasa mientras mayor sea el tramo de ingreso. Pero siempre existe una tasa máxima, digamos, 70%, para el tramo más alto. Los individuos en este tramo verán acrecentar sus ingresos nominales a medida que la inflación aumenta, sin embargo, seguirán pagando el 70% de su ingreso imponible. La situación es distinta para el caso de los individuos en los tramos más bajos; ellos, al aumentar sus ingresos nominales, automáticamente pasan a tramos imponibles más altos con mayores tasas de impuesto. Como la inflación, en general, no aumenta sus ingresos reales, estos individuos deben soportar una mayor carga tributaria con el transcurso del tiempo...¹¹.

¹⁰ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, voz: Fracción: <https://dle.rae.es/?w=fracci%C3%B3n> (Consultado el 15 de enero de 2021).

¹¹ Roque Fernández y James Hanson, “El papel de la indización en los procesos inflacionarios de América Latina”, en: *La Corrección Monetaria. Cuatro Estudios*, Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social, Santiago de Chile, 1976, p. 8.

El desajuste de la UT supone que todos los miembros de la clase trabajadora que perciban salario mínimo, además de estar obligados a declarar el impuesto sobre la renta, potencialmente podrían estar obligados también a pagar este tributo, pero sin disfrutar de una tarifa acorde con su menor capacidad económica, sino con la tarifa máxima posible, es decir, la del 34%. Esto afectaría también a personas que, sin percibir el salario mínimo, tienen ingresos bajos que ni siquiera alcanzan para llevar una vida digna. En un país subdesarrollado y en la extremadamente precaria situación económica en la que se encuentra Venezuela, estamos hablando de la gran mayoría de los trabajadores.

Así entonces, según el artículo 50 de la LISR, el sistema de tramos de la tarifa No. 1, es como sigue:

TARIFA N° 1

1	Por la fracción comprendida hasta 1.000,00	6,00%
2	Por la fracción que exceda de 1.000,00 hasta 1.500,00	9,00%
3	Por la fracción que exceda de 1.500,00 hasta 2.000,00	12,00%
4	Por la fracción que exceda de 2.000,00 hasta 2.500,00	16,00%
5	Por la fracción que exceda de 2.500,00 hasta 3.000,00	20,00%
6	Por la fracción que exceda de 3.000,00 hasta 4.000,00	24,00%
7	Por la fracción que exceda de 4.000,00 hasta 6.000,00	29,00%
8	Por la fracción que exceda de 6.000,00	34,00%

Dado que en el tramo No. 8, debe ubicarse la fracción de ingresos que exceda de 6.000 UT, y siendo que para el ejercicio 2020 la UT es de Bs. 1.500 resulta entonces que toda persona que perciba ingresos netos anuales superiores a Bs. 9.000.000,00, será gravada, por esa porción excedente, con la tarifa máxima del 34%, lo cual, como hemos dicho, incluiría a una porción muy importante de los trabajadores del país, que tienen bajos o medianos ingresos que no alcanzan para llevar una vida relativamente decorosa¹².

V. DESAJUSTE DE LA UT Y DESGRAVÁMENES ESPECIALES

El artículo 59 de la LISR concede el derecho a las personas naturales residentes en el país, de deducir los gastos efectuados en el ejercicio gravable por los siguientes conceptos, y siempre que los mismos estén debidamente soportados:

- Lo pagado a los institutos docentes del país, por la educación del contribuyente y de sus descendientes no mayores de veinticinco (25) años. Este límite de edad no se aplicará a los casos de educación especial.
- Lo pagado por el contribuyente a empresas domiciliadas en el país por concepto de primas de seguro de hospitalización, cirugía y maternidad.
- Lo pagado por servicios médicos, odontológicos y de hospitalización, prestados en el país al contribuyente y a las personas a su cargo, a que se contrae el artículo 61 de esta Ley.
- Lo pagado por concepto de cuotas de intereses en los casos de préstamos obtenidos por el contribuyente para la adquisición de su vivienda principal o de lo pagado por concepto de alquiler de la vivienda que le sirve de asiento per-

¹² Para el momento en que se escribe este trabajo, el salario mínimo es de Bs. 400.000,00.

manente del hogar. El desgravamen autorizado no podrá ser superior a mil unidades tributarias (1.000 U.T) por ejercicio en el caso de cuotas de intereses de préstamos obtenidos por el contribuyente para la adquisición de su vivienda principal o de ochocientas unidades tributarias (800 U.T.) por ejercicio en el caso de lo pagado por concepto de alquiler de la vivienda que le sirve de asiento permanente del hogar.

La subestimación de la UT, supone que el desgravamen por concepto de cuotas de intereses para la adquisición de vivienda principal o por concepto de alquiler de la vivienda que sirve de asiento al hogar, no cumple función moderadora alguna del impuesto sobre la renta a pagar por los trabajadores bajo relación de dependencia, para el ejercicio fiscal 2020, pues, según el caso, equivale a las exiguas sumas de Bs.1.500.000,00 (USD 4.50 según el tipo de cambio de referencia publicado por el BCV para el 1 de septiembre de 2020) y Bs.1.200.000,00 (USD 3.60 según el tipo de cambio de referencia publicado por el BCV para el 1 de septiembre de 2020), respectivamente.

VI. DESAJUSTE DE LA UT Y DESGRAVAMEN ÚNICO

Como hemos dicho, el desgravamen único es una deducción genérica que no requiere comprobación alguna, y que se aplica única y exclusivamente a las personas naturales. Se trata normalmente de la única deducción que aprovechan los trabajadores bajo relación de dependencia, pues debe recordarse que de acuerdo con el artículo 31 de la LISR, se consideran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia.

La subestimación de la UT afecta también la cuantificación del desgravamen único previsto en el artículo 60 de la LISR y fijado en 774 UT, que para el ejercicio 2020 equivale a la irrisoria suma de Bs. 1.161.000,00 bolívares (USD 3.50, según el tipo de cambio de referencia publicado por el BCV para el 1 de septiembre de 2020).

De esta forma, el desgravamen único ha sido virtualmente eliminado, en tanto ya no cumple función moderadora alguna del impacto del tributo sobre la clase trabajadora de menores ingresos, con lo cual, en definitiva, se permite que el impuesto incida sobre el mínimo vital, importantísimo concepto sobre el cual volveremos más adelante.

VII. DESAJUSTE DE LA UT Y REBAJAS

En adición a los desgravámenes especiales previstos en el artículo 59 de la LISR, o el desgravamen único establecido en el artículo 60, los contribuyentes que sean personas naturales residentes en el país tienen derecho a una rebaja personal de impuesto de 10 UT anuales. Adicionalmente, si tales contribuyentes tienen personas a su cargo, tienen derecho a una rebaja de 10 UT por el cónyuge no separado de bienes y de 10 UT por cada ascendiente o descendiente directo residente en el país.

El desajuste de la UT también ha neutralizado completamente la potencialidad de estos beneficios fiscales, para morigerar el impacto del impuesto sobre la renta de las personas que exhiben una capacidad económica menor, puesto que cada rebaja aprovechable equivale, para el ejercicio fiscal 2020, a la risible suma de Bs. 15.000 (USD 0,045 según el tipo de cambio de referencia publicado por el BCV para el 1 de septiembre de 2020).

VIII. DESAJUSTE DE LA UT Y VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN

Como ha quedado dicho antes, el desajuste de la UT supone: (i) la virtual eliminación del umbral mínimo (mínimo imponible), que proscribiera toda posibilidad de gravamen con el impuesto sobre la renta que recaiga sobre el mínimo vital; (ii) la inoperatividad del sistema de tramos de la tarifa No. 1 del Impuesto sobre la Renta, aplicable a las personas naturales residentes, lo que supone a su vez la conculcación de la garantía constitucional de progresividad del tributo; (iii) y la neutralización total de la capacidad moderadora de los desgravámenes especiales o del gravamen general, así como de las rebajas, que son elementos indispensables para minorar la base imponible y dimensionar el impuesto sobre la renta de acuerdo con la capacidad económica real –y no meramente nominal– de los contribuyentes.

La conjunción de estos efectos perniciosos constituye una violación ostensible y flagrante de la Constitución, desde los cimientos del Estado de Derecho y de Justicia, pasando por los derechos humanos y otros derechos y garantías reconocidos por la Carta Fundamental en favor de los contribuyentes, hasta los principios que gobiernan el sistema tributario.

1. El Estado de Derecho y de justicia y la justa distribución de las cargas públicas

Venezuela se constituye, según el Preámbulo y los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución, en un Estado de Derecho y de Justicia, que propugna como parte de sus valores fundamentales la defensa y el desarrollo de la persona el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

Por su parte, el principio de justicia tributaria supone, como producto específico del principio de justicia en general, que cada quien debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones, según sus posibilidades, las cuales vienen medidas por el dato de la capacidad económica. Según el artículo 316 de la Constitución, el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas. Este principio, también denominado de equidad, fija un preciso límite al poder tributario, más allá del cual el mismo resulta inequitativo o injusto. Esa iniquidad e injusticia surge cuando la imposición excede el marco de la racionalidad o razonabilidad y el gravamen despoja a los contribuyentes de una parte sustancial de su patrimonio o del mínimo vital que requieren no solo para subsistir, sino para progresar y elevar su nivel de vida.

El principio de justicia tributaria exige que cada quien soporte la carga tributaria que tiene la posibilidad de asumir de acuerdo con su capacidad contributiva. El mismo persigue que haya una justa proporcionalidad entre el antecedente y el consecuente de las endonormas tributarias. La conexión entre el principio de justicia tributaria y el de capacidad contributiva es indiscutible, porque determinar cuál es la medida justa en la cual cada quien debe contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, requiere precisar cuál es la capacidad económica del sujeto pasivo de la imposición.

El profesor Brewer-Carías señala con acierto que: “...para no ser injusta, la tributación debe adaptarse a la capacidad económica de cada contribuyente”¹³. Dado que

¹³ Allan R. Brewer Carías, “Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias”, en: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, N° 57/58 Enero-Junio 1994, p. 18.

la Constitución ordena que el sistema procure la distribución justa de esas cargas, es claro que se trata de un principio que informa, fundamentalmente, la creación de las normas tributarias. La Constitución impone al legislador que atienda a los principios de progresividad y capacidad contributiva, como mecanismos fundamentales para modular la carga tributaria.

En consecuencia, el sistema tributario justo es aquél que logra distribuir equitativamente la carga tributaria entre los ciudadanos, tomando en cuenta las diferentes situaciones económicas de estos, y no solo frente al poder tributario de un Estado en particular sino también frente al poder de imposición de otros países, como con gran acierto lo ha aclarado la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

En esa disposición constitucional [artículo 316] se evidencia el contenido múltiple de la justicia tributaria, ya que ella comprende la generalidad del deber de contribuir a los gastos públicos; de acuerdo con la justa distribución de las cargas públicas, según la capacidad económica del contribuyente, complementada con la progresividad y limitada con la prohibición del efecto confiscatorio de los tributos; la protección de la economía nacional como base de la tributación; el bienestar de la población como fin último de las cargas tributarias; así como también, la existencia de un sistema eficiente de recaudación que permita al Estado financiar los gastos públicos e impedir la injusta distribución de hecho de las cargas públicas (...) (Corchete nuestro)¹⁴.

Se afirma que: “La igualdad ante el tributo, así como la generalidad del mismo, son las dos columnas en que reposa la justicia tributaria”¹⁵. Por lo tanto, el sistema tributario justo es aquel que respeta el principio de generalidad, establecido en el artículo 133 de la Constitución, y el de la igualdad material, previsto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, a partir del cual se impone un tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales¹⁶, pues como afirma Casás invocando a Jarach: “...la igualdad no es una mera enunciación de propósitos sino una norma imperativa que obliga en lo tributario ‘a los legisladores a un comportamiento determinado’, actuan-

¹⁴ Cf. S. TSJ/SC, No. 1393, del 7 de agosto de 2001, caso: *Fermín Toro Jiménez y otros*, consultada en: <http://www.tsj.gob.ve> (Consultado el 15 de enero de 2021).

¹⁵ Allan R. Brewer Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, UCAT, EJV, Caracas, San Cristóbal, 1985, p. 374.

¹⁶ “Pueden reconocerse tres modalidades del derecho a la igualdad: a) igualdad como generalización, que rechaza los privilegios, al vincular a todos los ciudadanos a unas normas generales que no admiten distingos; se relaciona con el conocido principio de que la norma jurídica regula las categorías de sujetos y de situaciones, para las cuales existe una misma respuesta por parte del Derecho; b) igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la sanción de reglas de solución de conflictos, iguales para todos, previas e imparciales; y c) igualdad (sic) de trato, que implica atender igualmente a los iguales. **Sucede, no obstante, que respecto a un mismo supuesto de hecho puedan darse diferencias en los elementos que lo conforman, lo que daría lugar a la aplicación de consecuencias jurídicas diferentes según que las distinciones sean relevantes para justificar un trato desigual (la igualdad como diferenciación) o irrelevantes, en cuyo caso se dará un trato igual (la igualdad como equiparación).** La igualdad como equiparación rechaza, como quedó dicho, la discriminación fundada en criterios de diferenciación considerados irrelevantes. El anotado rechazo se funda mayormente en criterios razonables, formados a través del tiempo y asumidos como tales por la ética pública en un momento determinado. En cambio, **la igualdad como diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares, para –en función igualadora–, dar un trato diferenciado.** Aquí no se aplican criterios abstractos, como en el caso anterior, sino que se imponen criterios valorativos o de razonabilidad, con el fin de ponderar si las diferencias advertidas justifican el trato desigual” (Destacados nuestros). Cf. S. TSJ/SC, N° 898, del 13 de mayo de 2002, caso: *Universidad Central de Venezuela* consultada en <http://www.tsj.gob.ve> (Consultado el 15 de enero de 2021).

do como ‘límite al poder fiscal y a su ejercicio...con la consecuencia de que si este lo viola, el Poder Judicial, como supremo intérprete de la Constitución, puede invalidar la Ley que infrinja este principio’¹⁷.

Es radicalmente injusto –e inmoral– el sistema tributario: (i) que no cuenta con un umbral mínimo de tributación, para excluir del impuesto sobre la renta aquella parte de los ingresos del trabajador que debe ser destinada para atender sus necesidades básicas de sustento; (ii) que grava sus ingresos con la tarifa máxima aplicable, que debería estar reservada solo para aquellos que perciben mayores ingresos que el resto de la población; y, (iii) que no le ofrece la posibilidad al trabajador asalariado de deducir sus gastos reales, para que el tributo recaiga únicamente sobre su verdadera capacidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones.

2. Derechos humanos, mínimo vital y tributación

Los tributos encuentran un límite infranqueable en el derecho al mínimo vital¹⁸, más allá del cual toda tributación está absolutamente proscrita por resultar confiscatoria. Se trata de un derecho complejo que se nutre de varios derechos humanos, recogidos implícita o explícitamente por la Constitución, y de otros derechos y garantías expresamente regulados por la Carta Fundamental. Se le ha reconocido desde tiempos inmemoriales con el aforismo: *primun vivere deinde tributum solvere*.

Señala Betty Andrade que:

El mínimo existencial o mínimo vital presupone la posibilidad del hombre de hacerse de los medios para su subsistencia, sin depender para ello del Estado. Está representado por la esfera excluida de tributación que no evidencia una verdadera capacidad contributiva, dado que no implica la existencia de elementos excedentarios de la renta de los cuales pueda extraerse una porción para la satisfacción de necesidades colectivas. Este mínimo debe ser definido no en función de los gastos mínimos para la subsistencia, sino para una existencia digna, acorde con el esfuerzo de cada persona y permitiendo su desarrollo social, económico y educativo¹⁹.

Recordemos, junto con el profesor Nikken que:

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos (...) Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado, ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona, ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra²⁰.

¹⁷ Osvaldo Casás, “Los principios jurídicos de la tributación”, en: Horacio García Belsunce (dir.), *Tratado de Tributación. Derecho Tributario*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 292.

¹⁸ Consúltese por todos, el magnífico libro sobre el tema de: Betty Andrade, *Inmunidad tributaria de los derechos humanos, capacidad contributiva y mínimo vital*, Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

¹⁹ Betty Andrade “El principio de progresividad en el régimen de la tributación del impuesto sobre la Renta de las personas naturales”, en: *X Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, AVDT, Caracas, 2011, p. 330.

²⁰ Pedro Nikken, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en: *Seminario sobre Derecho Humanos*, Instituto Interamericano de Derecho Humanos. La Habana, 1996, p. 17.

Así, y de acuerdo con el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos^{21 22}, toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Asimismo, y conforme al artículo 23.3, toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Finalmente, conforme al artículo 25, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³, establece en su artículo 14 que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia y el artículo 23 establece, por su parte, que toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar. A este respecto, el profesor Nikken ha señalado que:

La evolución cumplida en el seno del sistema interamericano ha conducido a la aplicación cotidiana de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue un cuerpo de principios sin ninguna trascendencia práctica durante la década que siguió a su proclamación y llegó a convertirse en un instrumento clave para la protección de los derechos humanos, actividad que es, acaso, la que se traduce en el mayor número de actuaciones dirigidas hacia objetivos concretos y definidos, de cuantas se cumplen en el quehacer diario de la OEA. Esta Organización, al velar por la observancia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no solo presta la única de sus funciones que redundan en utilidad directa para los pobladores del hemisferio, sino que cumple una acción cuyos sólidos fundamentos políticos y morales bastan para justificar su existencia...²⁴.

Pero a su vez, el principio del mínimo vital o mínimo exento, que no puede ser en modo alguno afectado por la tributación, también tiene sustento en varias normas constitucionales:

- i. En la que proclama como uno de los fines fundamentales del Estado venezolano: “la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo” (artículo 3 de la Constitución);

²¹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

²² Todos los Derechos Humanos son reconocidos e incorporados al ordenamiento jurídico venezolano, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”

²³ https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf (Consultado el 15 de enero de 2021).

²⁴ Pedro Nikken, “La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, en: *Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas, No. 34, 1988, p. 40.

- ii. En la que establece la obligación al Estado de “garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” (artículo 19 de la Constitución);
- iii. En la que impone a los progenitores el deber compartido e irrenunciable de mantener y asistir a sus hijos e hijas y a estos el deber de asistirlos cuando aquellos no puedan hacerlo por sí mismos (artículo 76 de la Constitución);
- iv. En la que consagra el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias (artículo 81 de la Constitución);
- v. En la que se establece el derecho de toda persona a obtener una ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho (artículo 87 de la Constitución);
- vi. En la que se prevé el derecho de todo trabajador o trabajadora a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales (artículo 91 de la Constitución);
- vii. En la que se consagra el derecho de toda persona de dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y el deber del Estado de promover la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población (artículo 112 de la Constitución);
- viii. En la que establece que el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el *desarrollo humano integral* y una *existencia digna y provechosa* para la *colectividad*. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, *eleva el nivel de vida de la población* y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una *justa distribución de la riqueza* mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta (artículo 299 de la Constitución).
- ix. Y finalmente en la que establece que el sistema tributario propenderá a la “protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población” (artículo 316 de la Constitución).

El desajuste de la UT y la virtual supresión del mínimo de imponible en el impuesto sobre la renta de las personas naturales residentes en el país, permite que este tributo pueda llegar a gravar ingresos que forman parte de aquellos que son requeridos para atender las necesidades más básicas de las personas, es decir, que se viole la *inmunidad tributaria del mínimo vital*, provocando que el impuesto en cuestión tenga, sin la menor duda, efectos confiscatorios.

3. Capacidad contributiva, progresividad e interdicción de efectos confiscatorios

El desajuste de la UT y la tríada de efectos perniciosos que esta provoca en la imposición a la renta de las personas naturales residentes en el país, no solo violenta los valores fundamentales del Estado venezolano, derechos humanos y derechos y garantías reconocidos en la Constitución, sino que también transgrede tres principios cardinales que gobiernan el sistema tributario venezolano.

Como es sabido, los límites fundamentales al ejercicio del poder tributario son los principios constitucionales de la tributación, que no son meras orientaciones o simples aspiraciones del constituyente, sino verdaderos imperativos categóricos que, según el caso, se erigen como derechos o garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del poder tributario.

Los principios constitucionales de la tributación son, como los principios jurídicos en general y según lo refiere Rodríguez Bereijo²⁵: (i) reglas o preceptos normativos que presuponen la existencia de otras normas específicas, cuyo objeto consiste no tanto en regular relaciones o definir posiciones jurídicas concretas, sino en versar sobre la aplicación de estas normas; (ii) se caracterizan por una relativa indiferencia de contenido y de ahí su carácter de reglas generales; y (iii) indican cómo deben aplicarse las normas específicas.

Por ello afirma con razón Dino Jarach que los principios contenidos en la Constitución no deben considerarse enunciados de las políticas programáticas del Estado, sino que se trata de normas superiores de carácter positivo “cuyos destinatarios son los poderes del Estado y que ninguno de ellos –legislativo, ejecutivo y judicial– pueden infringirlos, so pena de invalidez de sus actos”²⁶. Por su naturaleza, los principios constitucionales de la tributación no solo poseen la fuerza vinculante y obligatoria propia de toda norma constitucional, sino que incluso anteceden al pacto constitucional, porque se trata de valores superiores, inmutables e intemporales de las sociedades civilizadas que trascienden las convulsiones políticas, económicas y sociales propias de cada época y que no pueden resultar afectados por los cambios que de tiempo en tiempo se producen en el Derecho positivo o por obra las interpretaciones casuísticas de los operadores jurídicos²⁷. Los principios constitucionales de la tributación son un conjunto de valores superiores y fundamentales, interdependientes e íntimamente ligados entre sí, que justifican y al propio tiempo limitan el poder de crear, fiscalizar, determinar y recaudar tributos

A. Capacidad contributiva

La subestimación de la UT supone que el impuesto sobre la renta no recaiga sobre la verdadera capacidad económica de las personas naturales residentes en el país: (i) porque incide sobre ingresos que son requeridos para la subsistencia básica de las personas y que por lo tanto tienen que ser inmunes a toda forma de imposición; (ii) porque, proporcionalmente, obliga a pagar más impuesto a los que menos tienen, al

²⁵ Álvaro Rodríguez Bereijo, “Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española”, en: *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, Madrid, 1998, p. 595.

²⁶ Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 315.

²⁷ Por eso se ha dicho que: “...los actos del Poder Público quedan inevitablemente sujetos al derecho, y vale también decir a los principios generales que lo inspiran y a los valores que persigue”. Cf. S. TSJ/SPA, N° 01070, del 10 de julio de 2003, caso: *J.F. Mecánica Industrial, C.A.*, <http://www.tsj.gob.ve> (Consultado el 15 de enero de 2021).

aplicarle a los trabajadores de menores ingresos la tarifa impositiva más alta prevista en la Ley; (iii) y porque impide la deducción de egresos, incluso el genérico y *forfetario* desgravamen único, dimensionando el tributo sobre un resultado económico completamente falseado.

La capacidad de contribuir no es un concepto abstracto sino una realidad palpable que se proyecta en la posibilidad de que cada quien deba sacrificar parte de su *riqueza* para pagar tributos. Esa posibilidad solo existe en el caso de las personas naturales, cuando después de haber satisfecho sus necesidades fundamentales y sus expectativas razonables de progreso económico, el sujeto pasivo de la imposición cuenta con una porción de riqueza que está en capacidad de entregar al Fisco en calidad de tributo.

El principio de la capacidad contributiva exige que los tributos afecten solo aquella parte de la riqueza del sujeto pasivo que puede ser entregada a título de tributo sin que se afecte el mínimo vital necesario para subsistir decorosamente. Pero, además, el principio de la capacidad contributiva enlazado por el principio que postula como uno de los fines del Estado la elevación del nivel de vida de la población (artículo 316 de la Constitución), reclama que la tributación no frustre las lógicas y razonables expectativas que se derivan de la propiedad privada, de la libertad de empresa y del legítimo deseo de prosperar económicamente en una sociedad que persigue el progreso de todos.

B. Progresividad

El desajuste de la UT, como ya hemos visto, anula la progresividad del impuesto sobre la renta en el caso de las personas naturales residentes, porque como los ocho (8) tramos de la Tarifa No. 1, están medidos en UT y esta permanece subestimada y desfasada de la inflación real, la mayor porción de la base imponible cae dentro del tramo 8 de la escala, el cual supone la aplicación del tipo impositivo máximo del 34%. No existe pues, respeto alguno del principio de progresividad en el impuesto sobre la renta de las personas naturales residentes.

El artículo 316 de la Constitución señala que el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad. El constituyente venezolano enlaza sabiamente el principio de progresividad con el de capacidad económica (*i.e.* contributiva), en el sentido de que el sistema tributario debe aplicar los tributos y modular el impacto que estos producen en el patrimonio de los contribuyentes, según la capacidad económica de estos, para lo cual debe atender al principio de progresividad, es decir, al aumento o disminución del tributo en proporción directa al aumento o disminución de la aludida capacidad.

De modo pues que en un sistema tributario ideal como el concebido por el constituyente venezolano, las alícuotas o tarifas tributarias, deben ser progresivas y, en consecuencia, aumentar o disminuir según aumente o disminuya la base imponible, lo que, como hemos visto, ya no ocurre en el impuesto sobre la renta que deben pagar las personas naturales residente en el país.

C. Interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos

En general, la tributación con efectos confiscatorios se produce cuando las sucesivas mermas de la riqueza del sujeto pasivo que normalmente ocasiona la imposición, tienen una entidad tal que acaban por agotarla, es decir, por aniquilar el patrimonio del sujeto pasivo. Si la propiedad ha de ser protegida, entre otras cosas, para no agotar la fuente de riqueza que alimenta la tributación, esta no puede convertirse jamás en

el elemento destructor de esa fuente pues se destruiría a sí misma, lo que desde luego es un contrasentido inaceptable. Como se ha dicho con acierto “demasiado impuesto mata el impuesto”²⁸.

Pero más concretamente, la prohibición de los efectos confiscatorios ha sido vinculada con la interdicción de las tributaciones que exceden los límites razonables y esa irracionalidad se constata cuando en la interpretación del hombre común, un tributo extrae del sujeto pasivo más de lo que este puede soportar de acuerdo con sus posibilidades económicas. También se ha dicho que el sistema tributario no puede destruir la propiedad privada pues de lo contrario se destruye a sí mismo al asfixiar las fuentes de riqueza sobre las que deben recaer los tributos²⁹.

Pero el problema nunca ha sido comprender que un tributo que lesione gravemente el derecho de propiedad hasta el punto de extinguirlo, es inconstitucional. El quid del asunto está en determinar cuándo un tributo es en tal grado lesivo del derecho de propiedad que puede ser confiscatorio. En muchas ocasiones se habla con poca propiedad del carácter confiscatorio de ciertos tributos, pero en la generalidad de los casos, cuando aludimos a la confiscatoriedad que comporta cierta categoría tributaria, lo que queremos decir en verdad es que el tributo es desproporcionado. La interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos y del sistema tributario integralmente considerado, no exige solamente, y ello es obvio, que un tributo no tenga un tipo del ciento por ciento, sino que tenga unos tipos reales que afecten solo aquella parte de la riqueza del sujeto pasivo que puede ser entregada sin que se afecte el mínimo vital necesario para subsistir decorosamente; pero además, sin que se frustren las lógicas y razonables expectativas que se derivan de la propiedad privada, de la libertad de empresa y del legítimo deseo de prosperar económicamente en una sociedad que persigue el progreso de todos.

Es difícil encontrar un caso más patente de efectos confiscatorios de un tributo, que el que se deriva de la subvaluación de la UT y los efectos que la misma produce sobre la determinación del Impuesto sobre la Renta de las personas naturales residente en el país, de bajos o medianos recursos económicos. Sin un límite mínimo de imposición, el Impuesto sobre la Renta termina por gravar el mínimo vital que debería permanecer inmune frente a cualquier tributo, privándose ilegítimamente al sujeto pasivo de una parte de su patrimonio que necesita para garantizar su subsistencia digna y la de sus dependientes. Esa parte del patrimonio del sujeto pasivo es entregada al Estado no a título de tributo, es decir, con fundamento en el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, sino por la vía de una simple y escandalosa confiscación, prohibida por el artículo 317 de la Constitución.

Por otro lado, a través de la aplicación de la máxima tarifa impositiva a la fracción más importante del ingreso neto, y la inoperatividad práctica de los desgravámenes y las rebajas, dada su absoluta inmaterialidad cuantitativa, no hay forma de dimensionar adecuadamente el impuesto, con lo cual termina gravándose una manifestación completamente ficticia de capacidad económica. Nuevamente, y por esta vía, se con-

²⁸ *Trop d'impôt tue l'impôt* Vid. Maurice Cozian y Florence Deboissy *Précis de fiscalité des entreprises*, 35^{ed.}, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 3.

²⁹ De acuerdo con Juan Bautista Alberdi: “La contribución como gasto público de cada particular debe salir de donde salen sus demás gastos privados: de la renta, de la utilidad, de sus fondos, no de los fondos que la producen porque así disminuís los fondos originarios de la renta, empobrecéis a los particulares, cuya riqueza colectiva forma parte de la riqueza de la Nación, de la cual es parásita la del fisco”. Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*. Parte Tercera, Capítulo IV, p. VI.

fiscan ingresos que no pueden ser legítimamente pechados con el Impuesto sobre la Renta.

IX. DESAJUSTE DE LA UT E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ISLR A LAS PERSONAS NATURALES RESIDENTES

Como ha quedado expuesto precedentemente, el desajuste de la UT y la aplicación del impuesto sobre la renta a las personas naturales, especialmente a los trabajadores bajo relación de dependencia y en general a todos los trabajadores de medianos y bajos ingresos, es inconstitucional porque viola los artículos 1, 2, 3, 19, 25, 76, 81, 87, 91, 112, 133, 299, 316 y 317 de la Constitución.

Esta inconstitucionalidad puede ser declarada a instancia de parte³⁰, mediante la interposición de la acción prevista en los artículos 334 y 336.1 de la Constitución y 25.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; o mediante acción de amparo constitucional para la protección de intereses colectivos con fundamento en los artículos 26 y 27 de la Constitución y los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. También puede ser solicitada y declarada para un caso concreto, vía control difuso de la constitucionalidad de las leyes, *ex* artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil.

X. DESAJUSTE DE LA UT Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y COBRO INDEBIDO DE TRIBUTOS

Los efectos nocivos que causa sobre las personas naturales de bajos y medianos ingresos, el desajuste de la UT es, como ha quedado expuesto anteriormente, violatoria de derechos humanos. En este sentido, el artículo 30 de la Constitución dispone que el Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

Pero además, como lo venimos señalando desde hace muchos años³¹ y reciente doctrina lo ha ratificado³², la Administración Tributaria Nacional es responsable patrimonialmente cuando pretenda el cobro del impuesto sobre la renta a las personas naturales residentes, de medianos o bajos ingresos, que como consecuencia del pago del tributo, se vean obligados a sacrificar parte de los ingresos que necesitan para atender sus necesidades básicas, y las de sus dependientes, de alimentación, vestido, vivienda, salud, transporte, educación y esparcimiento (*mínimo vital*).

³⁰ La legitimación en este caso es amplísima, como lo ha precisado S TSJ/SC, No. 796, del 22 de julio de 2010, caso: *Asociación civil Súmate, Francisco Javier Suárez y otros*, <http://www.tsj.gob.ve> (Consultado el 15 de enero de 2021): “por regla general, se ha establecido que la acción de nulidad por inconstitucionalidad es una acción popular que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, vale decir, que toda persona tiene, en principio, la cualidad o interés procesal para la impugnación de las leyes o actos con rango de ley, por medio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Dicho en otros términos, la legislación venezolana no exige un interés procesal calificado, ni por la posible existencia de una especial situación de hecho que vincule alguna posición jurídico-subjetiva con cierta norma legal (individualizada), ni por el ejercicio de un cargo público, sea de representación popular o sea dentro del Poder Ciudadano”.

³¹ Luis Fraga-Pittaluga, “Breves notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria”, en: *Revista de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, N° 83, 1999.

³² Humberto Romero-Muci, *ob. cit.*, pp. 77 ss.

El profesor Nikken señala con acierto que:

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, solo él puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de las personas, pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran técnicamente, violaciones a los derechos humanos. Este es un punto conceptualmente capital para comprender a cabalidad el tema de los derechos humanos³³.

En el ámbito de la tributación, el desarrollo del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido decididamente más tardío y sin duda alguna mucho menos importante, pues solo después de promulgada la Constitución de 1999, comenzó a entenderse que la Administración Tributaria, en el ejercicio de sus potestades y competencias o actuando al margen de las mismas, puede causar daños a los particulares –contribuyentes o no– que deben ser indemnizados, en atención al dispositivo previsto en el artículo 140 de la Constitución.

Lo cierto es que antes de la Constitución de 1999, el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria tenía un desarrollo nulo³⁴ en la jurisprudencia, pero esa situación comenzó a cambiar con la decisión No. 589 dictada por el Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario con *Jueces Asociados*, de fecha 13 de agosto de 2001, dictada en el caso *Supercable ALK, C.A. vs. Fisco Nacional*³⁵, que fue, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, la primera sentencia que en Venezuela estableció la posibilidad de que la Administración Tributaria fuese responsable patrimonialmente por los daños anormales y especiales que su actuación, con o sin falta de servicio, causare a los sujetos pasivos de la imposición o a terceros. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

...alineándose con las más modernas tendencias del Derecho Constitucional, la Carta Fundamental de 1999 consagra las bases sustantivas y adjetivas para que opere el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por cuya virtud esta puede ser constreñida a resarcir los perjuicios que su funcionamiento, normal o anormal, cause en el patrimonio de los ciudadanos.

Ahora bien, de la norma constitucional precitada pueden extraerse los requisitos impretermitibles para que opere la referida responsabilidad, cuales son: i) La imputabilidad, es decir, que el daño cuyo resarcimiento se aspira, haya sido causado y pueda atribuirse, por ende, a la actuación de un ente de la Administración, central o descentralizada, nacional, estatal o municipal, en cabeza de las personas jurídico públicas correspondientes. ii) El daño, es decir, un perjuicio real, efectivo, actual, evaluable económicamente e individualizable, o sea, que haya sido sufrido por la persona que reclama la reparación y que sea antijurídico, es decir, que la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo. iii) La relación de causalidad, esto es, que exista una vinculación inmediata, directa y exclusiva, entre la conducta del ente de quien se reclama el resarcimiento, y el daño causado en el patrimonio de la víctima; no debiendo existir, por ende, elementos extraños que interrumpan o alteren el nexo causal.

Sin atisbo de duda, este principio constitucional de la responsabilidad del Estado, alcanza también a las Administraciones Tributarias, quienes están obligadas a responder por todos los daños que sus diversas actuaciones causen en el patrimonio de los particulares, sin importar si los mismos derivan de su funcionamiento anormal (responsabilidad con falta o clásica) o normal (responsabilidad por sacrificio particular, sin falta u objetiva), siempre que no exista en cabeza de quien sufre la lesión, como se ha dicho, el deber jurídico de soportarla y siempre que se satisfagan los presupuestos de procedencia mencionados *ut supra*.

³³ Pedro Nikken, “Sobre el concepto”, ob. cit., p. 27.

³⁴ Luis Fraga-Pittaluga, ob. cit., pp. 21-64.

³⁵ Consultada en original.

Esta decisión es muy importante porque reconoce, por primera vez, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, que la Administración Tributaria debe indemnizar a los particulares por los daños que cause su actuación, provenga esta de una falta de servicio o no; y además, porque delimita los requisitos que deben ser satisfechos para que esta responsabilidad se haga efectiva.

No cabe duda que la sentencia más importante que hasta ahora se ha producido en esta materia es la dictada por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario con Jueces Asociados, bajo el No. 760, de fecha 4 de diciembre de 2003, en el caso *Sociedad de Venta y Fabricación de Automóviles, S.A. (SOFAVEN) vs. Fisco Nacional*³⁶, la cual es de trascendental importancia en el tema que nos ocupa y por ello será analizada en detalle en este trabajo.

Estas decisiones acaban por reconocer que, en nuestro país, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria, conviven los sistemas de responsabilidad: (i) subjetiva o por funcionamiento anormal y (ii) objetiva o por sacrificio particular, todo dependiendo del supuesto concreto de que se trate, por lo que se dice que el sistema de responsabilidad patrimonial venezolano es mixto.

En el primer caso y como lo ha sostenido la jurisprudencia patria, la responsabilidad patrimonial de la Administración deriva de la causación por parte de esta de un daño anormal y especial, originado en actividades lícitas o producto de un funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general, y se fundamenta en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo. Expresa la doctrina que la idea de base de la teoría del sacrificio particular es realmente simple y lógica, en el sentido de que los sacrificios particulares que otorgan derecho a la indemnización son aquellos que, siendo imputables a las actividades administrativas, sobrepasan los niveles de gravedad o tolerabilidad.

Tales niveles de soportabilidad o tolerabilidad no son invariables, sino que varían según los tipos de servicios administrativos y en función de las circunstancias de tiempo y lugar y otros aspectos del caso de que se trate. Por su parte, la especialidad del daño se vincula con el número de víctimas afectadas patrimonialmente por la actividad administrativa; así, el daño será especial cuando el mismo es sufrido por una persona o por un grupo de personas determinable³⁷.

En el segundo caso, se trata del régimen ordinario de responsabilidad patrimonial oriundo del Derecho Común, (responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta de servicio) en el cual el criterio específico o decisivo para a los fines de la responsabilidad es una falta o funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general.

En cuanto concierne al ámbito de la tributación, el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado adquiere especial relieve, pues estamos frente a una actividad que, por definición, supone la afectación del patrimonio de los sujetos pasivos del tributo. No obstante, ha de tenerse en cuenta que esta afectación es consentida por los sujetos pasivos de la misma en una forma indirecta, en tanto se basa en el deber constitucional de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, previsto en el artículo 133 de la Carta Fundamental como base y principio fundamental del sistema tributario.

³⁶ Consultada en original.

³⁷ Luis Ortiz Álvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, pp. 147 ss.

De allí que el poder de creación y las potestades de fiscalización, determinación, liquidación y recaudación de los tributos, por sí mismas consideradas, no pueden ser fuente de responsabilidad patrimonial del Estado, por cuanto si bien el patrimonio de los ciudadanos resulta afectado por el ejercicio del poder, las potestades y las competencias tributarias, tal afectación es constitucional y perfectamente legítima y no puede, en principio, originar daño alguno que sea susceptible de ser reparado, siempre y cuando se desenvuelva dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley.

Admitir lo contrario supondría dismantelar el sistema tributario, dado que los ingresos recaudados a través del mismo, volverían a manos de los ciudadanos por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, el deber de contribuir sería una norma sin sentido y el sostenimiento de los gastos públicos, una tarea imposible.

Sobre este particular la más autorizada doctrina ha sostenido que el tributo, cuando está establecido en una ley y no es ilegal o inconstitucional, es una carga soportable, no pudiendo haber responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular. Cuando un acto tributario es lícito, este ciertamente se convierte en un acto cuyo contenido y efectos son jurídicos y deben ser soportados por existir causas de justificación del detrimento patrimonial, no pudiendo hablarse entonces de daños especiales, singularizados o individualizados que produzcan una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas³⁸.

Ahora bien, en materia tributaria, la afectación patrimonial que debe ser consentida por los sujetos pasivos es solo aquella que respeta a cabalidad, en toda su dimensión, los principios constitucionales que informan y presiden el sistema tributario, cuales son, en nuestro ordenamiento jurídico, el de la legalidad (artículo 317 de la Constitución), el de la progresividad (artículo 316 Constitución), el de la capacidad contributiva (artículo 316 de la Constitución), el de justicia (artículo de la 316 Constitución), el de la generalidad y no discriminación (artículos 21 y 133 de la Constitución), y el de la no confiscación (artículo 317 de la Constitución), y, además, huelga decirlo, los límites y las formalidades impuestos por las leyes.

Por tanto, si la afectación del patrimonio del sujeto pasivo causa a este un daño que va más allá de los límites que impone el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, es decir, si el ejercicio de las potestades y competencias tributarias supone en un caso dado un daño anormal y especial, surge la obligación de resarcir.

En ocasiones no importará si el daño es producto de una actividad legítima o no, o si deriva del funcionamiento anormal de la Administración Tributaria en la gestión de los tributos, lo que interesa es reparar el daño que sufre el sujeto pasivo cuando, como hemos dicho, el mismo trasciende el claro límite fijado por el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, porque también, como se sabe, uno de los fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en general y también de la Tributaria en particular, es el principio del equilibrio frente a las cargas públicas.

Así entonces, el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas y el equilibrio o justa distribución de las mismas entre todos los ciudadanos, son dos caras de la misma moneda, que al justificar el poder tributario del Estado, justifica al propio tiempo el deber que este tiene de resarcir los daños que causa su actuación. Como se ha dicho con acierto: “la responsabilidad patrimonial supone el reconocimiento de

³⁸ Luis Ortiz Álvarez, *La responsabilidad*, ob. cit., p. 556.

que las secuelas negativas de la actividad administrativa no deben gravitar sobre el patrimonio o intereses privados aislados sino de forma global³⁹.

En consecuencia, siguiendo la misma tendencia que orienta la responsabilidad patrimonial de la Administración en general, en el caso de la tributaria en particular podemos afirmar que el sustrato de la misma es la subsanación o reparación del daño causado en el patrimonio del administrado por la gestión tributaria.

Como se advierte, también en el ámbito tributario subyace como principio rector de la responsabilidad el equilibrio frente a las cargas públicas. Recuérdese que la gestión tributaria tiene como único propósito —excepto, claro está, en el caso de los tributos con fines extrafiscales— obtener los recursos necesarios para sufragar los gastos públicos.

Tales gastos, como se sabe, resultan fundamentalmente de la actividad que cumple el Estado para atender la satisfacción de las necesidades colectivas; de modo pues que, en definitiva, la actividad tributaria es, se supone, una gestión ejecutada en beneficio de todos. Si se asume tal postulado, resulta que todos somos beneficiarios mediatos de la actividad tributaria —aunque ello resulte en cierta forma paradójico— y, por ello, entre todos también debe distribuirse el riesgo del daño —carga pública— insisto en tal actividad. Esta distribución equitativa se alcanza cuando el Estado responde frente a los daños causados por su actividad.

Adicionalmente debe recalcar que la actividad tributaria presupone por sí misma, como ya hemos dicho, un sacrificio patrimonial consentido tácitamente a través del pacto constitucional, de tal suerte que, en una materia como esta, la existencia de mecanismos de garantía para que la contribución de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos, se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución, resulta, sin lugar a dudas, indispensable.

En esta línea de pensamiento es claro que el instituto de la responsabilidad del Estado luce como una de las garantías más efectivas y útiles y de particular importancia en el ámbito tributario, puesto que por más que se predique la relación de igualdad entre el ente exactor y el sujeto pasivo de la relación tributaria, es preciso aceptar que el ejercicio de la potestad tributaria, como potestad administrativa que es, entraña como correlativo el deber de sujeción y, por ende, un riesgo mayor a situaciones de desequilibrio generadoras de daños requeridos de reparación. Como ha dicho con acierto la jurisprudencia: “los ciudadanos tienen un auténtico derecho fundamental a obtener la responsabilidad patrimonial del Estado y una “reparación integral” de todos los daños que sufran en sus bienes y derechos”⁴⁰.

Por lo tanto, no es aventurado afirmar, y así lo ha hecho la doctrina⁴¹, que si es a la Administración Tributaria a quien se confía el encargo de administrar adecuadamente una parte extraordinariamente importante de los ingresos públicos, sería un contrasentido entonces que tal encargo, de tan relevante importancia, fuera emprendido por quien no responde de sus acciones dañosas.

³⁹ María Teresa Mata Sierra, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 62.

⁴⁰ Cf. S. Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas, con Jueces Asociados, N° 760, del 04.12.2003, caso: *Sociedad de Venta y Fabricación de Automóviles, S.A. (SOFAVEN)*, consultada en original.

⁴¹ Nicolás Sánchez García, “Hacienda pública y responsabilidad de la Administración”, en: *Presupuesto y gasto público*, Madrid, 1986, N° 27, pp. 66-67.

Es importante destacar, en adición a todo lo expuesto, que el universo de situaciones que pueden dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria es variado. No se trata únicamente de las situaciones dañosas que surgen como consecuencia del ejercicio de la potestad tributaria; antes por el contrario, además de los perjuicios que efectivamente pueden resultar del ejercicio de dicha potestad, existen otras manifestaciones del actuar de la Administración Tributaria que pueden ser fuente de responsabilidad patrimonial para esta.

Según la actividad frente a la cual nos encontremos y las particulares regulaciones legales que existan de la misma, la responsabilidad analizada tendrá su fundamento en el funcionamiento anormal del servicio o bien en la teoría de la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular.

La tributación descansa sobre un principio fundamental conforme al cual, la Administración Tributaria solo tiene derecho a cobrar aquellos tributos que le son debidos de conformidad con la ley, ni más ni menos. El cobro de un tributo no debido es una conducta ilegal, que no encuentra asidero en el ordenamiento jurídico y que, por tanto, no debe ser soportada por los administrados. La Administración Tributaria, en consecuencia, tiene la obligación de devolver íntegramente el importe del tributo ingresado cuando no existe norma alguna que lo autorice o cuando –existiendo tal norma– ha cobrado más de lo que legalmente correspondía.

Cuando como consecuencia del desajuste o infravaloración de la UT: (i) el impuesto sobre la renta grava a personas naturales residentes, de bajos o medianos recursos, que se ven forzados, para poder cumplir, a sacrificar parte de los recursos que integran el ámbito del *mínimo vital* o, en otras palabras, que son requeridos para atender sus necesidades básicas de alimentación, salud, vestido, vivienda, educación, transporte y esparcimiento, con lo cual se vulnera el núcleo de supervivencia que debe ser inmune a la tributación; (ii) cuando existe un fraude al principio de la progresividad del impuesto, porque aun existiendo un sistema de tramos con ocho alícuotas progresivas, la mayor fracción de la renta neta es gravada con la tarifa máxima legalmente prevista; y, (iii) cuando el contribuyente no puede deducir de su renta bruta sus gastos reales, los desgravámenes autorizados son exigüos (por no decir inexistentes), y así mismo resultan completamente inmaterialmente las rebajas personales y por cargas familiares autorizadas por la LISR, no cabe la menor duda que existe un cobro indebido del impuesto sobre la renta que causa un daño anormal y especial que debe (tiene que) ser resarcido.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado, en la que sin la menor duda es la sentencia líder en esta materia, que:

Dentro de la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria, uno de los supuestos más reconocidos en los cuales se configura tal responsabilidad, es precisamente el pago indebido de cantidades de dinero así como por el retardo o negativa al reconocimiento del reintegro de los montos pagados indebidamente (...) De lo anterior, debe concluir este Tribunal que efectivamente los casos de pagos o tributos indebidamente ingresados al Fisco (tal como es el caso de autos) configuran un supuesto de falta del servicio o funcionamiento anormal que compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria, la cual queda obligada a reintegrar y a reparar los daños de forma integral⁴².

⁴² Cf. S. Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas, con Jueces Asociados, No.760, del 04.12.2003, caso: *Sociedad de Venta y Fabricación de Automóviles, S.A. (SOFAVEN)*, consultada en original.

El enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria a expensas del patrimonio de un particular, contribuyente o responsable, al cual se le ha cobrado una suma por concepto de tributos, recargos, intereses o sanciones, no debidos o en una cantidad superior a la debida, es una conducta antijurídica susceptible de causar lesiones de contenido económico en perjuicio de dicho sujeto.

No cabe duda entonces que el pago del tributo, la sanción, el recargo o el interés no debido, es una situación que habrá de tener reflejo en el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria. La teoría general de la responsabilidad administrativa demanda una reparación integral; el patrimonio del administrado debe quedar inalterado, a través de una indemnización que equivalga al daño sufrido. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que en materia de responsabilidad extracontractual, se deben indemnizar todo tipo de daños, tanto los materiales o patrimoniales, que pueden consistir en un daño emergente o un lucro cesante, así como los daños morales⁴³.

La idea que subyace en esta materia es la restitución de la pérdida sufrida en su justa dimensión, es decir, el administrado no debe resultar empobrecido ni tampoco enriquecido en virtud de la lesión sufrida⁴⁴. La indemnización a que tiene derecho el particular afectado por la acción dañosa de la Administración Tributaria, debe guardar una relación directamente proporcional con la disminución patrimonial que este ha sufrido.

Cualquier inclinación de la balanza, concediendo más de aquello a lo que se tiene derecho o menos, es contraria a la idea de justicia que inspira el régimen de la responsabilidad patrimonial. Ni la Administración puede beneficiarse a expensas del patrimonio de los administrados ni estos pueden buscar el lucro cuando han sido objeto de perjuicios ocasionados por la actividad administrativa.

CONCLUSIONES

La Administración Tributaria no ha cumplido su potestad-deber de mantener ajustada la UT de acuerdo con la variación del índice de inflación, en el periodo de mayor inflación de toda la historia del país. Esta situación conduce a una subestimación de elementos que son indispensables para cuantificar la obligación tributaria en el Impuesto sobre la Renta de acuerdo con la justa distribución de las cargas públicas, la capacidad contributiva de los sujetos pasivos, atendiendo al principio de progresividad y evitando que el tributo tenga un efecto confiscatorio.

La actuación de la Administración Tributaria —o más bien la falta de ella— conduce a que el Impuesto sobre la Renta grave con más intensidad a quienes exhiben menor —o ninguna— capacidad de contribuir, privándolos de una parte de sus ingresos que necesitan simplemente para subsistir, pues el adjetivo “decorosamente” ya resulta un lujo que no se pueden permitir. De esta forma, el impuesto sobre la renta, especialmente en el caso de las personas naturales, termina gravando el *mínimo vital* que, en virtud de la interpretación armónica de varios derechos humanos y derechos y garantías constitucionales, debería permanecer inmune a cualquier forma de tributación.

Esta situación comporta dos efectos jurídico-formales muy importantes: (i) la Ley de Impuesto sobre la Renta, en el caso de las personas naturales de medianos y bajos

⁴³ Cf. S. CSJ/SPA, del 26 de mayo de 1994, consultada en: Luis Ortiz Álvarez, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)*, EJV, FUNEDA, Caracas, 1997, p. 889.

⁴⁴ René Chapus, *Droit Administratif Général*, 11^e éd., Montchrestien E.J.A., Paris, 1997, T. I, p. 1132.

ingresos, viola derechos humanos, y derechos y garantías previstos en la Constitución, por lo que su nulidad por inconstitucionalidad puede ser demanda por cualquiera que tenga interés; (ii) la Administración Tributaria es responsable patrimonialmente por violar los derechos humanos de las personas de bajos y medianos recursos que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta, y por cobrar un impuesto indebido, en tanto ha sido aplicado, determinado y recaudado en violación directa de los principios constitucionales de la tributación de justa distribución de las cargas públicas, de capacidad contributiva, de progresividad y de no confiscatoriedad.

EL DERECHO HUMANO DEL CONTRIBUYENTE A LA INEXIGIBILIDAD DEL ACTO DETERMINATIVO HASTA QUE ALCANCE DEFINITIVA FIRMEZA*

Serviliano Abache Carvajal**

SUMARIO

I. A modo de introducción: la relación entre el ideal político del Estado de Derecho y los derechos humanos. II. El Derecho internacional de los derechos humanos. 1. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. 2. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico venezolano. 3. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en materia tributaria. 4. El derecho a la defensa del contribuyente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. III. Sobre la determinación de la obligación tributaria: las categorías de certeza, liquidez y exigibilidad. IV. Los derechos humanos del contribuyente y el procedimiento de determinación tributaria. V. A modo de conclusión propositiva: el derecho humano del contribuyente a la inexigibilidad del acto determinativo hasta que alcance definitiva firmeza.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN ENTRE EL IDEAL POLÍTICO DEL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS

No resulta azaroso afirmar que la finalidad misma que el ideal político del Estado de Derecho persigue es –precisamente– lograr el efectivo respeto, vigencia y garantía de los derechos fundamentales¹. Después de todo sería muy difícil, por no decir

* En homenaje al jurista Pedro Nikken, quien fuera Individuo de Número de la honorable Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y verdadero defensor, protector y promotor de los derechos humanos, a cuya vida y obra dedico.

** Profesor de Postgrado en Derecho Tributario, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Directivo, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Representante Titular por Venezuela al Directorio, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.

¹ “La expresión ‘derechos fundamentales’ parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que *dan fundamento* al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que *no requieren el fundamento* del sistema jurídico. El primer matiz encierra una doctrina positivista del derecho; la segunda, una doctrina iusnaturalista.// 1. En primer lugar, se dicen fundamentales aquellos derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales. En el pensamiento jurídico moderno se consideran ‘normas fundamentales’ de cada sistema jurídico las normas ‘materialmente’ constitucionales (...)// 2. En segundo lugar, se denominan ‘fundamentales’ aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación,

lisamente inviable, considerar que se está ante un “Estado de Derecho” en el que no se respetan los derechos de las personas o, peor aún, donde sistemáticamente estos son violados.

En esta línea Díaz² ha considerado, con razón, que la pretensión de alcanzar una garantía y seguridad suficientes de los derechos fundamentales de las personas se presenta como el objetivo de todo auténtico Estado de Derecho, en la medida que el establecimiento jurídico-constitucional de los llamados derechos humanos³, derechos fundamentales o derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como base de todo Estado de Derecho. Lo que este concepto busca frente al Estado absoluto del *ancien régime* y, realmente, frente a todo Estado totalitario, es la firme protección, garantía y realización de los derechos humanos de los individuos y de las libertades fundamentales vinculadas a estos.

La relación entre los derechos humanos y el Estado de Derecho puede concebirse, dice Atienza⁴, como una materialización de la relación entre el Derecho mismo y el Estado, teniendo en cuenta que son los derechos humanos o fundamentales los que se reconocen en el marco de un verdadero Estado de Derecho. Además, agrega —y esto goza de la mayor importancia— que los derechos humanos también se presentan como un canon de validez del Derecho y permiten identificar, así como justificar, lo que *es* un Estado de Derecho.

Así las cosas, para estar ante un verdadero Estado de Derecho, no hay duda de que este debe, como condición necesaria, velar por el respeto, garantía, vigencia y cabal ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, que van desde los regulados expresamente en las Constituciones (derechos constitucionales⁵) a los establecidos en los tratados internacionales (derechos humanos), los cuales encuentran su fundamento y génesis de sus distintas manifestaciones en la dignidad personal⁶ y su necesaria interpretación de acuerdo con el estándar *pro homine*⁷.

o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva. En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o ‘naturales’”. Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Distribuciones Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 221-222.

² Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 7ª ed., Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1979, p. 38-39.

³ “La expresión ‘derechos humanos’ puede ser utilizada en dos contextos doctrinales diferentes.// a) En un contexto iuspositivista —es decir, en el caso en que esté referido a un sistema jurídico determinado, cuando se utilice el término ‘ciudadano’ en sentido técnico— los derechos del hombre son derechos universales en el marco del sistema jurídico del que se trate: derechos que la Constitución atribuye no solo a los ciudadanos sino también a todo aquel a quien el sistema jurídico pueda ser aplicado.// b) En un contexto iusnaturalista los derechos humanos son derechos que pertenecen a todo hombre antes de la existencia del Estado e independientemente de ella. Son pues derechos morales o ‘naturales’: en cuanto tales son —como ya se ha visto— derechos ‘sobre el papel’”. Riccardo Guastini, *Estudios*, ob. cit., p. 225.

⁴ Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, 6ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 219 y 213.

⁵ “Se dicen ‘formalmente’ constitucionales todas (y solo) las normas incluidas en un documento constitucional”. Riccardo Guastini, *Estudios*, ob. cit., p. 222.

⁶ “La dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal”. Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 24. En palabras de Barraca Mairal: “La raíz de estos derechos se ha situado en la ‘dignidad personal’ del ser humano. Esta dignidad arranca de la noción misma de persona, y, en definitiva, de esa realidad única e incomparable que supone toda y cada persona. A este respecto, la vocación trascendente de la persona, su vínculo originario con lo más alto, lo superior a ella misma, ofrece una permanente inspiración a los intentos de profundización en su dignidad”. Javier Barraca Mairal, *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005, p. 199.

⁷ Sobre este principio fundamental (y canon interpretativo) del Derecho de los derechos humanos, *vid.* Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los

Con lo anterior se quiere introducir la idea de que no podrá hablarse de –ni tenerse– un auténtico Estado de Derecho, si la relación jurídica entre la Administración Tributaria y el contribuyente no se ve signada por los derechos humanos de estos últimos, en tanto límites infranqueables al ejercicio de las potestades de aquélla. Después de todo, y en los términos que lo plantea Romero-Muci, resulta indiscutible que “Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de la dignidad humana”⁸.

Sobre los derechos fundamentales de los contribuyentes y su positivización, a propósito de la constitucionalización misma del tributo y como esta impregna la relación jurídica tributaria en el Estado de Derecho, enseña García Novoa que:

La base teórica de la protección de los derechos del contribuyente radica en la formulación estatal de esa protección. El estado de derecho toma como referencia la positivización de los derechos fundamentales. La propia constitucionalización del tributo exige vincular la relación entre el contribuyente y la administración con las limitaciones que los derechos fundamentales de la parte dogmática de la Constitución reconocen a todos los ciudadanos⁹.

Todo lo anterior deja ver, entonces, que en la sustanciación del procedimiento de determinación de la obligación tributaria no se puede dejar de lado el expediente de los derechos humanos del contribuyente¹⁰, teniendo en cuenta que estos, como ya fue precisado, se erigen como condición necesaria –aunque no suficiente¹¹– del ideal político en cuestión, en cuya materialización goza de particular importancia, en los términos que pretendemos demostrarlo en este estudio, la “pretensión justificada”¹² a

derechos humanos”, en: Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2004, p. 163-171.

- ⁸ Humberto Romero-Muci, “Los derechos humanos como condición de validez de los tributos”, en Cecilia Sosa Gómez y Jesús María Casal (coords.), *¿Qué hacer con la justicia? El caso venezolano*, Centro para la Integración y el Derecho Público - Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, p. 294.
- ⁹ César García Novoa, “Estatuto del contribuyente en el siglo XXI”, en María Inés Lasala (coord.), *Estatuto del contribuyente en el siglo XXI. II Congreso Internacional de Derecho tributario*, Erreius, Buenos Aires, 2019, p. 18-19.
- ¹⁰ A propósito de los derechos y garantías –en general– del contribuyente, goza de la mayor relevancia tener en cuenta la *Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)*, publicada en noviembre de 2018 durante las XXX Jornadas ILADT celebradas en Montevideo, Uruguay. Disponible en: http://iladt.org/FrontEnd/docs/Carta_Derechos_Contribuyente_ILADT_aprobada_y_Presentacion.pdf, consultado el 30 de enero de 2021. Sobre la propuesta preparada por el siempre recordado profesor Casás, a título de anteproyecto de la misma, *vid.* José Osvaldo Casás, *Carta de derechos del contribuyente latinoamericano: para el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
- ¹¹ En la medida que es posible identificar, como elementos que integran –de manera generalmente aceptada– el concepto de Estado de Derecho, los siguientes: (i) imperio de la legalidad, o lo que es lo mismo, gobierno limitado o sujeto a Derecho; (ii) separación funcional entre las ramas de los poderes públicos, así como la vigencia de pesos y contrapesos institucionales; (iii) **garantía de los derechos fundamentales**; (iv) respeto del principio de seguridad jurídica; (v) recursos establecidos para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes o justicia constitucional; y como consecuencia de los anteriores (vi) responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.
- ¹² Es así como Guastini designa los derechos subjetivos, en la medida que la categoría está integrada por dos elementos: (i) una pretensión o *claim*, y (ii) una justificación de dicha pretensión, que no es otra cosa que una norma. Explica que una pretensión sin fundamento normativo o, simplemente, “infundada”, no pudiera denominarse derecho por su falta de justificación. En definitiva, un derecho subjetivo es una pretensión conferida a un sujeto –por una norma– frente a otro, a quien se le impone una obligación correlativa. Cf. Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del*

la que nos referimos como: el derecho humano del contribuyente a la inexigibilidad del acto determinativo hasta que alcance definitiva firmeza.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos

Una de las cuestiones principales –si acaso no la principal–, en materia de aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos, esto es, de la aplicación en el orden interno estatal de los tratados de derechos humanos (TDH), es la referida a la jerarquía que la propia Carta Magna otorga a los instrumentos internacionales de la materia. En palabras de Ayala Corao “es, por tanto, la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del derecho estatal”¹³. Esta jerarquía, en palabras del mismo autor –siguiendo a Piza–¹⁴, puede ser de cuatro niveles: (i) supraconstitucional, (ii) constitucional, (iii) supralegal y (iv) legal¹⁵; y, obviamente, dependiendo del nivel otorgado por la Norma Fundamental del Estado de que se trate, unas u otras serán las eventuales consecuencias que se deriven de la aplicación de los TDH.

Establecido el rango de los convenios internacionales dentro del orden interno, es necesario precisar que –en efecto– se trate de un TDH, a decir de Ayala Corao “resta entonces por determinar, cuándo estamos en presencia de un tratado ‘relativo’ a derechos humanos”¹⁶. Este importante –aunque de entrada “aparentemente” evidente– test que debe efectuarse, se debe, en primer lugar, a las disímiles consecuencias o fuerzas normativas, vinculantes o no, que se desprenden de los distintos tipos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; y en segundo nivel, por razón del análisis que se deberá hacer de la Constitución de que se trate, para advertir si el rango que la misma reconoce al instrumento en cuestión, es indistinto al tipo de instrumento de que se trate o, si por el contrario, se refiere a alguna modalidad específica de estos.

En lo que a las distintas categorías de instrumentos internacionales se refiere, como es sabido, existen: (i) tratados, convenios o pactos; (ii) protocolos; y (iii) declaraciones o instrumentos no convencionales. Por tratados debe entenderse, a tenor del artículo 2.1.a de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”.

Derecho, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, pp. 180-181. En similar sentido, *vid.* Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª ed., Fontamara, México, 1995, p. 47-50.

¹³ Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Ricardo Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universal Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 41.

¹⁴ Ídem, parafraseando a: Rodolfo Piza, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989, pp. 86 ss.

¹⁵ Sobre los distintos niveles o rangos señalados de los TDH y su aplicación por los tribunales constitucionales, *vid.* Allan R. Brewer-Carías, “La aplicación por los tribunales constitucionales de América Latina de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, en Carlos Luis Carrillo Artilles (coord.), *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.*, Instituto de Derecho Público de la Universal Central de Venezuela - Ediciones Paredes, Caracas, 2008, p. 109-145.

¹⁶ Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía”, *ob. cit.*, p. 50.

Por su parte, los protocolos son documentos complementarios, accesorios, de los indicados tratados o pactos, razón por la cual, al igual que estos, son igualmente vinculantes u obligatorios y, a su vez, pueden clasificarse en adicionales y facultativos, según incorporen elementos nuevos al tratado o desarrollen cuestiones del convenio principal, respectivamente¹⁷.

Mientras que las declaraciones, como explica Nikken, son “actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados”¹⁸, o a decir de Galvis Ortiz, consisten en “recomendaciones de política sobre un tema determinado para que los Estados puedan orientar su gestión pública, pero no son de obligatorio cumplimiento”¹⁹. Si bien, de entrada, las declaraciones carecen de fuerza vinculante, no es menos cierto que en la medida que estas adquieran carácter consuetudinario, recojan principios generales del Derecho, o se conviertan en *ius cogens*, paralelamente serán fuente de obligaciones internacionales²⁰.

Una vez precisado ante qué tipo de instrumento internacional se está (tratado con o sin protocolo, o declaración), el mismo debe tener por objeto y propósito los denominados derechos humanos²¹ (para poder entenderse como un instrumento internacional de derechos humanos), que a los efectos de este estudio –y ante la conocida discusión sobre su noción²², en la cual no entraremos– estipularemos con Casal, que

a los fines de facilitar la comprensión de su concepto, es conveniente distinguir entre los derechos humanos en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio, los derechos humanos son derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica. En cambio, en su sentido más estricto, los derechos humanos son esos mismos derechos pero en la medida en que son reconocidos y protegidos en el ámbito internacional²³.

2. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico venezolano

Ya se indicó que el tema de la jerarquía de los TDH viene dado directamente por las Normas Fundamentales de los Estados. Pasemos revista, entonces, a la *fórmula jerárquica* por la que se decantó el constituyente venezolano. De acuerdo con el artículo 23 de la Carta Magna:

¹⁷ Ligia Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2005, p. 94.

¹⁸ Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 262.

¹⁹ Ligia Galvis Ortiz, *ob. cit.*, p. 94.

²⁰ Pedro Nikken, *La protección*, *ob. cit.*, p. 262-264. Sobre el eventual carácter obligatorio de las declaraciones de derechos humanos y, específicamente, sobre la fuerza jurídica que se reconoce a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), *vid.* Mónica Pinto, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 33 ss.

²¹ Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía”, *ob. cit.*, p. 50.

²² Sobre la “noción de derechos humanos”, *vid.* Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª edición, San José, 2004, pp. 3 ss.

²³ Jesús María Casal, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, 2ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, p. 16.

Artículo 23 de la Constitución: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Como se desprende del contenido normativo del artículo 23²⁴ en cuestión, que además de reconocer el carácter auto-ejecutivo (*self-executing*)²⁵ de los TDH, se presenta como el resultado de una progresiva²⁶ recepción y cristalización en el orden interno venezolano del referido principio *pro homine*, los TDH –no las declaraciones o instrumentos internacionales no convencionales, sin que deba olvidarse la precisión

²⁴ A su vez respaldado por otros enunciados jurídicos constitucionales, como el artículo 2: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”; artículo 19: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”; artículo 22: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”; y el artículo 30: “El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.// El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.// El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados”.

²⁵ Como bien lo enseña Nikken, esta norma “Deja fuera de toda discusión el carácter auto ejecutivo o *self-executing* de los tratados sobre derechos humanos, pues explícitamente ordena que dichos tratados ‘son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público’”. Pedro Nikken, “La Constitución venezolana y el Derecho internacional de los derechos humanos”, en *XXX Jornadas “J. M. Domínguez Escovar” en homenaje a la memoria de Luis Óscar Giménez y Manuel Torres Godoy. Estado de Derecho, administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, p. 600-601. Por su parte, en similares términos Ollarves precisa lo que sigue: “Del contenido material del referido dispositivo constitucional se desprende el reconocimiento y vigencia de la auto-ejecutividad de las normas internacionales de Derechos humanos. En este sentido es oportuno señalar, que la doctrina ha expresado que las normas y obligaciones internacionales, una vez incorporadas al ordenamiento interno del Estado, son de aplicación inmediata por los órganos judiciales y de la Administración en la medida en que sean *self-executing*, esto es, que no requieran al efecto de medidas normativas de desarrollo. En tanto reconozcan Derechos a favor de los particulares de forma precisa e incondicional, gozarán de eficacia directa, es decir, serán invocables por aquéllos ante los órganos estatales, sin perjuicio de la obligación que incumbe a estos de aplicarlas de oficio. La eficacia directa de una norma u obligación internacional opera normalmente en las relaciones entre el particular y el Estado (eficacia directa vertical), aunque puede llegar a darse también en las relaciones entre particulares (eficacia directa horizontal). Cuando una norma u obligación internacional no es *self-executing* su aplicación requiere de lo que Triepel llamó el Derecho interno internacionalmente indispensable, esto es, la adopción de leyes y otras disposiciones de rango inferior que las complementan y desarrollan”. Jesús Ollarves Irazábal, “La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela”, en *El Estado constitucional y el Derecho administrativo en Venezuela. Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara*, Estudios del Instituto de Derecho Público - Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 377-378.

²⁶ Por todos, *vid.* Pedro Nikken, “El principio de progresividad en el sistema interamericano de derechos humanos y su efecto sobre Venezuela”, en Juan José Caldera (ed.), *Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos. Libro homenaje al Doctor Alirio Abreu Burelli*, Universidad Monteávila - Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2011, p. 209-272.

apuntada, claro está– tienen en el ordenamiento venezolano, por lo menos, rango constitucional²⁷. Y decimos “por lo menos” porque, como también se observa del discurso normativo del enunciado en cuestión, dichos TDH prevalecerán en el orden interno en los supuestos que “contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República”, permitiendo su clasificación en estos casos en un nivel supraconstitucional²⁸.

Sobre la inserción explícita de los TDH y su jerarquía en el ordenamiento jurídico venezolano, gozan de la mayor importancia las enseñanzas de Nikken, para quien el artículo 23 de la *norma normarum*:

Reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos que comprometen a Venezuela, con todas las consecuencias que ello implica, respecto de la defensa constitucional, tanto en el plano individual, como en lo que corresponde al control de constitucionalidad de los actos del poder público (aunque esta atribución, en relación con este tipo de convenciones, no figure expresamente entre las que competen a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).// Más aun, reconoce el rango supraconstitucional de las normas favorables a la protección de los derechos humanos contenidas en los tratados sobre la materia, que debe prevalecer sobre el orden interno, incluida la misma Constitución (...)// De la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional va a resultar que si un mismo derecho es regulado de modo diferente por la Constitución y por un tratado, debe aplicarse la disposición más favorable al ser humano. Un tratado no puede restringir los derechos constitucionales, de modo que siempre habría que aplicar la norma constitucional más amplia que la internacional. Pero en cambio, nada obsta a que, por la vía de un compromiso libremente asumido, el Estado acuerde para ciertos derechos

²⁷ Así también lo ha entendido Ayala Corao: “La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagró –a propuesta nuestra– una norma singular, que consagra la jerarquía, al menos constitucional, de los tratados relativos a los derechos humanos”. Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía”, ob. cit., p. 45.

²⁸ Al respecto, Brewer-Carías ha indicado lo siguiente: “Hasta cierto punto, la Constitución de Venezuela de 1999 también puede ubicarse en este primer sistema que permite la aplicación directa de los tratados internacionales en el orden interno, al otorgarle jerarquía supra constitucional a los derechos humanos declarados en dichos tratados internacionales cuando contengan previsiones más favorables. El artículo 23 de dicho texto constitucional, en efecto, dispone lo siguiente: (...)// Al establecer esta norma que los derechos humanos declarados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico interno si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de dichos derechos, se está refiriendo no solo a lo que está establecido en las leyes, sino a lo dispuesto en la propia Constitución, otorgándole en consecuencia rango supra constitucional a dichos derechos declarados en instrumentos internacionales”. Allan R. Brewer-Carías, “La aplicación”, ob. cit., p. 122. En igual sentido, *vid.* Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía”, ob. cit., pp. 54 ss.; y Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Principio de la protección de los derechos de las personas”, en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez (coords.), *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 781. Por su parte, Claudia Nikken ha precisado que: “La *supraconstitucionalidad* es un concepto que apela a la idea de algo que se encuentra por encima de la constitución de un Estado determinado.// En el caso de los derechos humanos se dice que, como consecuencia de su progresividad y su inherencia a la persona humana, la obligación estatal de garantizarlos es *supraconstitucional*. Si esto no fuera suficiente, para el caso de los Estados que así lo han convenido –entre los cuales el venezolano– la obligación de garantizar los derechos humanos es una obligación jurídica –no meramente natural o moral–, que se encuentra por encima de su constitución e, incluso, de su soberanía” (cursivas de la autora). Claudia Nikken, “Principio de la garantía de los derechos humanos”, en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez (coords.), *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 109-145.

una protección más amplia que la prevista en el Derecho interno, caso en el cual no puede aplicarse la norma nacional más restrictiva, pues ello implicaría la violación del tratado y justificaría el recurso a la protección internacional²⁹.

Como podrá apreciarse, las consecuencias de la constitucionalización venezolana de los TDH no son pocas ni –mucho menos– carecen de relevancia, especialmente al tomar en cuenta el artículo 7 de la Norma Fundamental, de acuerdo con 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” y, con ello, los TDH pasan a: (i) integrar el fundamento mismo del ordenamiento, que obliga –entre otras cosas– a que su interpretación sea conforme con los mismos³⁰; y a (ii) sujetar las actuaciones del poder público a sus contenidos, que limita de manera directa e inmediata su gestión³¹.

Aunado a lo anterior, pueden resumirse los efectos de la indicada constitucionalización de los TDH, con los planteamientos de Ayala Corao³², de la manera siguiente: (i) incorporación de los tratados al bloque de la Constitución; (ii) prevalencia de los TDH sobre las normas de la propia Constitución; (iii) incorporación *in totum* de los TDH; (iv) rigidez constitucional de los TDH incorporados; (v) operatividad inmediata de los TDH; y (vi) contorno abierto y dinámica constitucional.

3. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en materia tributaria

En la actualidad, resulta incuestionable la relación diádica Derecho tributario-derechos humanos³³. Y en el marco del ordenamiento jurídico tributario venezolano la situación no es distinta, por lo menos normativamente hablando, al punto que Palacios Márquez ha acuciosamente considerado que los derechos humanos son un “condicionamiento de la racionalidad del sistema tributario”³⁴ y, más recientemente, Romero-Muci los ha concebido –con total tino– como condición de validez de los tributos³⁵.

En este sentido, comenta Palacios Márquez³⁶ que a fines de garantizar el carácter normativo de la Carta Magna, así como la eficacia inmediata de los derechos huma-

²⁹ Pedro Nikken, “La Constitución”, ob. cit., pp. 599-600.

³⁰ Al respecto, *vid.* Susana Castañeda Otsu, “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución”, en Ricardo Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 211-234.

³¹ Sobre estos aspectos y otros en relación a la aplicación de los TDH en Venezuela, *vid.* Alirio Abreu Burelli, “Aplicabilidad en Venezuela de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Juan José Caldera (ed.), *Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos. Libro homenaje al Doctor Alirio Abreu Burelli*, Universidad Monteávila - Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2011, p. 9-20.

³² Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía”, ob. cit., pp. 53 ss.

³³ Para un enfoque del Derecho tributario como instrumento de realización de los derechos humanos, *vid.* Aristides Horacio M. Corti, “Acerca del Derecho financiero y tributario y de los derechos humanos”, en German J. Bidart Campos, y Guido I. Risso (coords.), *Los derechos humanos del siglo XXI: la revolución inconclusa*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 111-155.

³⁴ Leonardo Palacios Márquez, “Derechos humanos y tributación”, en *Anais Das XX Jornadas Do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-ILADT-Ano 2000-Salvador-Bahia. Tema I: Direitos Humanos e Tributação*, Associação Brasileira de Direito Financeiro, Salvador-Bahia, 2000, pp. 491 ss.

³⁵ Humberto Romero-Muci, ob. cit., p. 291-312.

³⁶ Leonardo Palacios Márquez, “Derechos humanos”, ob. cit., p. 475.

nos, es necesario entender que las normas internacionales contenidas en los TDH tienen preeminencia frente a los enunciados del Derecho interno, lo cual es así –agregamos–, siempre y cuando tales tratados contengan disposiciones más favorables, como con todo rigor lo enseña Nikken, precisando que “ninguna disposición de un tratado puede menoscabar la protección más amplia que ofrezca otra norma, sea de Derecho interno, sea de Derecho internacional; en consecuencia, entre las distintas disposiciones aplicables a un mismo caso debe preferirse aquella que brinde el mayor nivel de protección”³⁷.

Lo anterior es de tal importancia, que los derechos humanos constituyen límites directos al ejercicio de la potestad tributaria del Estado, tanto en un plano objetivo, para lograr la consecución de los fines y valores constitucionalmente acreditados, como en un plano subjetivo, en la medida que representan una garantía de la dignidad y desarrollo pleno del contribuyente³⁸. Y es precisamente por lo apuntado, que:

Los sujetos pasivos respecto de los cuales se verifican las hipótesis de incidencia integradoras de los hechos imposables que originan el nacimiento de las obligaciones tributarias podrán ejercer las acciones o recursos que le permitan la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales, que limitan el alcance y contenido del poder de imposición y de la potestad administrativa tributaria para la exigencia de la correspondiente exacción, previstos en el ordenamiento internacional o en la normativa constitucional que los absorba, cuando un acto administrativo de determinación y de ejecución legislativa, o una ley que proceda a la modificación o a la creación *ex novo* de un tributo desconozcan, conculquen o violen, en alguna medida, tales derechos³⁹.

Por lo señalado, es que cualquier situación tributariamente relevante debe, ante todo, analizarse a la luz de los designios normativos de los TDH, en tanto los mismos integran el ordenamiento jurídico de manera verticalmente superior, esto es, se encuentran –junto con la Constitución– en la cúspide jerárquica del orden tributario interno (plano constitucional), inclusive por encima de aquella (plano supraconstitucional) cuando contengan regulaciones más favorables sobre derechos humanos a las establecidas en la *norma normarum*⁴⁰.

4. El derecho a la defensa del contribuyente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Al igual que la Constitución venezolana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)⁴¹ establece en su artículo 8.1 el derecho a la defensa, en los términos siguientes:

³⁷ Pedro Nikken, *La protección*, ob. cit., p. 88.

³⁸ Leonardo Palacios Márquez, “Los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos y su preeminencia en el derecho interno. Los derechos humanos como límites en las políticas de racionalización del sistema tributario”, en Alfredo Arismendi y Jesús Caballero Ortiz (coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer-Carías*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela - Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003, tomo III, p. 3197.

³⁹ *Ibid.*, p. 3194.

⁴⁰ En igual sentido, *vid.* Alberto Blanco-Urbe Quintero, “La necesidad de un estatuto del contribuyente o declaración de los derechos del contribuyente frente al ejercicio de la potestad tributaria”, en Manuel Iturbe Alarcón (coord.), *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014, tomo I, p. 621.

⁴¹ Venezuela. *Ley aprobatoria*, publicada en Gaceta Oficial N° 31.256 del 14 de junio de 1977. Sin entrar en mayores detalles, como es sabido la inconstitucional denuncia de la Convención por par-

Artículo 8. Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, **fiscal** o de cualquier otro carácter (resaltado agregado).

Como se evidencia del tenor literal de la norma, la misma no solo establece el derecho a la defensa, sino que –además– lo hace expresamente en materia fiscal, es decir, a favor de los contribuyentes con ocasión de la determinación de sus derechos y obligaciones, totalmente aplicable, entonces, al procedimiento tributario, cuyas principales modalidades determinativas –por antonomasia– son en nuestro sistema los conocidos procedimientos de fiscalización y verificación.

A este respecto se hace necesario indicar, que la aplicación de la Convención en materia tributaria –y, realmente, en cualquier materia– no debe limitarse al ámbito de las personas naturales, debiendo entenderse extensiva a –y comprensiva de– la protección de las personas jurídicas en sentido estricto (personas morales), indistintamente de que no hayan sido expresamente incluidas a tales efectos. Entender lo contrario, no sería otra cosa que una interpretación excluyente y restrictiva, por oposición a incluyente y progresiva, de las normas de la Convención, en franca proscripción de sus propios artículos 24, de acuerdo al cual “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y 29.b, que establece que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁴², siendo una palpable distinción sin fundamento racional, contraria, de por sí, a la propia idea de la Convención, en lo particular, y a la teoría de los derechos humanos, en lo general. Después de todo, la ficción de la personalidad jurídica de los entes morales lo que busca es, precisamente, resguardar situaciones jurídicas de las personas naturales⁴³.

te del entonces Ministro para las Relaciones Exteriores de Venezuela, pretendidamente “efectiva” a partir del 10 de septiembre de 2013, fue dejada *sin efecto* mediante la adopción –en el seno de la legítima Asamblea Nacional– del “Acuerdo para restablecer la vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, el pasado 15 de mayo de 2019, posteriormente *ratificado* por el Presidente Encargado de la República de Venezuela el 1º de julio de 2019. Sobre la inconstitucionalidad de la denuncia, *vid.* Carlos M. Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, pp. 43-79. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32197.pdf>, consultado el 30 de enero de 2021.

⁴² En este mismo sentido, *vid.* Humberto J. Bertazza, “Derechos humanos y tributación”, en *Anais Das XX Jornadas Do ILADT. Ano 2000 – Salvador – Bahia*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, Associação Brasileira de Direito Financeiro, Salvador-Bahia, 2000, pp. 74 ss. También se han ocupado de comentar esta cuestión, entre otros: Sebastián Arcia, “Derechos humanos y tributación”, en *Anais Das XX Jornadas Do ILADT. Ano 2000 – Salvador – Bahia*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, Associação Brasileira de Direito Financeiro, Salvador-Bahia, 2000, pp. 414-415; y José Pedro Montero Traibel, “Observación a los derechos humanos a través de la tributación”, en *Anais Das XX Jornadas Do ILADT. Ano 2000 – Salvador – Bahia*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, Associação Brasileira de Direito Financeiro, Salvador-Bahia, 2000, pp. 1114-1115.

⁴³ Así lo ha entendido Villegas, quien luego de comentar los conceptos de “hombre” y “persona humana” a que hace referencia la Convención, explica que “tales conceptos en manera alguna excluyen que los derechos otorgados se concedan tanto a los seres humanos aisladamente considerados como a estos cuando actúan asociadamente. (...)// Hay derechos en el Pacto que no pueden estar otorgados

También luce poco menos que razonable, bajo el patrocinio del artículo 16.1 de la Convención, de acuerdo con el cual: “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales culturales, deportivos o de cualquier otra índole”, que una vez que las personas naturales ejerzan su derecho humano a asociarse con fines económicos, bajo cualquier forma societaria, pierdan *el derecho* de defender judicialmente los derechos que tengan en su condición de asociados, precisamente por haber ejercido su derecho a la asociación.

En este sentido, resulta importante traer a colación un trascendental pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se abordó expresamente la cuestión de la aplicación de la Convención a las personas jurídicas o morales, en sentencia del caso *Cantos v. Argentina* del 7 de septiembre de 2001, señalando lo siguiente:

27. En el caso sub judice, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las **personas morales** se resuelven en derechos y obligaciones de las **personas físicas** que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.

28. Además de ello, se podría recordar aquí la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como esta Corte lo ha hecho en varias ocasiones, y afirmar que la interpretación pretendida por el Estado conduce a resultados irrazonables pues implica quitar la protección de la Convención a un conjunto importante de derechos humanos.

29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, **aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho**⁴⁴ (resaltado agregado)⁴⁵.

Como se observa, atendiendo al fin mismo de los derechos humanos, en sintonía con la doctrina y sentencia citadas, resulta necesario comprender dentro del fuero de

sino a personas de existencia visible, como, por ejemplo, el derecho a la vida (art. 4°), a la integridad personal (art. 5°) o a la libertad personal (arts. 6° y 7°); pero no es menos cierto que cuando habla de garantizar judicialmente derechos de orden civil, laboral y fiscal (art. 8°, párr. 1°), no se puede sino referir a todos cuantos deben ser protegidos en el ejercicio de tales derechos, o sea, tanto las personas físicas como ideales (...)// Sostener que el Pacto solo protege a personas físicas, sería introducir una distinción irrazonable, ya que carecería de toda racionalidad acordar a los seres humanos la garantía de defensa judicial incondicionada cuando están aislados, pero negárselas cuando están asociados.// El hecho de que los ciudadanos hayan decidido asociarse para desarrollar actos jurídicos al amparo de las leyes, no puede llevar a que la persona jurídica creada carezca del elemental derecho a ser oída y juzgada por un órgano judicial, sin obstáculo ni condición alguna”. Héctor B. Villegas, *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Astrea, 8ª edición, Buenos Aires, 2002, pp. 513-514.

⁴⁴ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>, consultado el 21 de enero de 2021.

⁴⁵ Debiéndose tener en cuenta, claro está, la discoloración e inobservancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del (denominado) “Tribunal Supremo de Justicia” de Venezuela. Al respecto, *vid.* Carlos M. Ayala Corao, *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2009; y 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 N° 105, Caracas, 2014.

protección de la Convención a las personas jurídicas en sentido estricto o personas morales, que a la postre son meras representaciones o medios de las propias personas naturales que las constituyen e integran, en la medida que muchos de los derechos humanos de las personas físicas se concretan y realizan a través de esos instrumentos jurídicos⁴⁶, máxime si se repara en la denominada interpretación “evolutiva”, “dinámica” y, con ello, “extensiva” de los derechos humanos, en tanto preclara manifestación de su necesaria progresividad⁴⁷.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸ consagra en su artículo 14.1 el derecho a la defensa, en los términos siguientes:

Artículo 14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

Es así como el Pacto regula el derecho humano a la defensa, que si bien —a diferencia de la Convención— no hace referencia expresa a la materia fiscal, debe tenerse en cuenta, como es sabido, que las obligaciones tributarias tradicionalmente han sido incluidas en el ámbito civil⁴⁹.

III. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA: LAS CATEGORÍAS DE CERTEZA, LIQUIDEZ Y EXIGIBILIDAD

Partiendo de que el procedimiento de determinación de la obligación tributaria es declarativo, criterio que rige en nuestro orden tributario y según el cual, tal y como su denominación apunta, la determinación declara la existencia de la obligación tributaria nacida en el momento de la realización del hecho imponible —y con mayor razón en los ordenamientos que siguen el criterio constitutivo de este procedimiento—, el hecho es que la obligación tributaria, aunque goza de naturaleza *ex lege* y surge en el momento del acaecimiento del hecho imponible, no será exigible hasta tanto no se haya determinado de manera definitivamente firme el contingente crédito. La razón estriba en su certeza y cuantificación.

En efecto y como es sabido, aun cuando la obligación tributaria nace en el momento en que se realiza el hecho imponible por imperio de la ley, no es posible exigir el cumplimiento de una obligación —contenida en un acto administrativo— que: (i)

⁴⁶ Para un comentario sobre la sentencia del caso *Cantos v. Argentina*, vid. Alirio Abreu Burelli, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *XXX Jornadas “J. M. Domínguez Escovar” en homenaje a la memoria de Luis Óscar Giménez y Manuel Torres Godoy. Estado de Derecho, administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, p. 644-645. En general sobre este tema, vid. Víctor Bazán, “La articulación Derecho interno-Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos y algunos desafíos y novedades del sistema interamericano”, en Jesús María Casal, Alfredo Arismendi y Carlos Luis Carrillo (coords.), *Tendencias actuales del Derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I, Universidad Central de Venezuela - Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 324-326.

⁴⁷ Al respecto, vid. Pedro Nikken, *La protección*, ob. cit., p. 93-100.

⁴⁸ Venezuela. *Ley aprobatoria*, publicada en Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinario del 28 de enero de 1978.

⁴⁹ Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Eliminación de los efectos suspensivos de los recursos tributarios. Una inconstitucionalidad”, en Jesús Sol Gil (coord.), *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, p. 684, nota al pie N° 55.

carece de certeza, esto es, se desconoce si nació en la realidad, situación que, en principio, no se sabrá hasta tanto no se haya declarado su existencia de manera definitivamente firme, una vez culminado el procedimiento de determinación, y se haya verificado, con la consabida dificultad implícita a dicha labor, si la situación fáctica, individual y concreta encuadra en la hipótesis normativa, general y abstracta; y que en caso de haber nacido (ii) se desconozca su monto, esto es, el quantum o contenido patrimonial de la obligación que no está definitivamente determinada. Estas razones nos conducen a concluir que siendo el crédito tributario bajo determinación incierto e ilíquido, es solo lógico afirmar que el mismo también es inexigible⁵⁰, si se tiene en cuenta que en la determinación tributaria se encuentran los dos momentos fundamentales del tributo, esto es, su creación y aplicación⁵¹, cuyo enfoque también lo ha sostenido –en similar sentido y en un trabajo de reciente data– Ruan Santos, en relación con la tensión dialéctica entre lo material y formal del Derecho tributario⁵².

En el marco de lo expuesto, resulta oportuno dejar claro que sostener que la obligación tributaria no será exigible hasta tanto esta no se haya determinado (declarado su existencia y liquidado su monto), no equivale a afirmar que el procedimiento de determinación sea de naturaleza constitutiva. Esto sería un error conceptual. No debe involucrarse ni confundirse el momento del nacimiento de la obligación tributaria por medio de la realización del hecho imponible, como criterio concluyente de la naturaleza *ex lege* de la obligación y declarativa del procedimiento de determinación, con el momento en que aquélla se hace exigible⁵³. Son dos cosas e instantes diferentes.

En los procedimientos de determinación constitutivos, estos momentos lógicamente coinciden, en razón de que la obligación tributaria nace con la propia determinación; mientras que en los procedimientos de determinación declarativos de la existencia de la obligación tributaria, como el que rige en nuestro sistema, esos momentos no son concomitantes, puesto que primero nace la obligación con el acaecimiento del hecho imponible⁵⁴ y, posteriormente, se hace exigible con su determinación⁵⁵, esto

⁵⁰ Piénsese por un momento, y sobre la base de lo apuntado en el particular anterior en relación a los intereses moratorios, en los efectos reales (prácticos) de la determinación oficiosa de una obligación tributaria con fundamento exclusivo en la ley, esto es, de un reparo con intereses moratorios que sean inmediatamente exigibles, correspondientes a una obligación tributaria nacida en el año 2011, oficiosamente determinada a través de una fiscalización en el año 2014, impugnada dicha determinación a través de un recurso contencioso tributario, finalmente decidido sin lugar en última instancia en el año 2021. En conclusión, y bajo el criterio de la exigibilidad inmediata antes de que el acto administrativo sea definitivamente firme, el contribuyente adeudará, entre otros, un monto equivalente a 10 años de intereses moratorios causados –inclusive– durante la sustanciación del proceso, por algo hasta ese momento indeterminado, esto es, incierto e ilíquido. Sin duda, no luce como la solución más racional ni, mucho menos, la más apegada a la dogmática constitucional.

⁵¹ Serviliano Abache Carvajal, “La técnica determinativa tributaria. ‘Una cuestión jurídica y contablemente opinable’”, en *Revista de Derecho Público*, N° 132, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 122.

⁵² Gabriel Ruan Santos, “Nuevo replanteo de viejas cuestiones” (Discurso de Orden para las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario), en *Revista de Derecho Tributario*, N° 137, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 217.

⁵³ Serviliano Abache Carvajal, “La determinación de la obligación tributaria”, en Jesús Sol Gil *et al.* (coords.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, tomo I, p. 143. Así también lo ha puesto de relieve Héctor B. Villegas, *ob. cit.*, p. 400.

⁵⁴ Sobre las teorías acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento determinativo, nuestros comentarios en: Serviliano Abache Carvajal, “La determinación”, *ob. cit.*, pp. 463-466.

⁵⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del régimen jurídico español sobre el nacimiento y determinación (o *gestión*, según su denominación) declarativa de la obligación tributaria, consagrado en la Ley 58/2003, 17

es, una vez nacida la obligación tributaria por mandato de la ley, el ente acreedor no podrá hacer valer o exigir coactivamente “derecho de cobro” alguno sobre la misma –por cuanto no ha nacido– hasta tanto aquélla no haya sido autoliquidada o esté determinada y liquidada oficiosamente de manera definitivamente firme, al igual que el sujeto deudor no podrá ser llamado a cumplir una “obligación de pago” también inexigible –por inexistente– mientras que no haya autoliquidación de la obligación tributaria o hasta que esté concluido el procedimiento de determinación oficiosa de la existencia y cuantía de dicha obligación⁵⁶.

En esa línea de pensamiento, Valdés Costa⁵⁷ también consideraba que el proceso de ejecución de la voluntad administrativa debe en todo caso realizarse con posterioridad a que haya sido dictada la decisión judicial del control de legalidad del acto, expresando al respecto que “el proceso de ejecución, que al menos en nuestro derecho se realiza siempre en la vía judicial, debe, a nuestro juicio, ser siempre posterior a la decisión de controversia sobre la legalidad del acto. No hay ninguna razón para reconocer a la administración el derecho de ejecutar un crédito cuya validez está precisamente en discusión ante los órganos jurisdiccionales del Estado”⁵⁸.

Como se observa, Valdés Costa respaldaba plenamente el carácter de firmeza del acto administrativo de contenido tributario, como presupuesto o condición necesaria de su *eficacia*, lo que significa, que el mismo no podría ser ejecutado –al igual que la obligación tributaria en él oficiosamente determinada– hasta tanto haya transcurrido *íntegramente el lapso de impugnación que detenta el contribuyente para hacer valer sus defensas frente a la posición administrativa, atendiendo a la búsqueda de la verdad por razón de la dimensión epistémica del procedimiento administrativo (y del proceso judicial)*⁵⁹, esto es: (i) que el contribuyente haya aceptado la voluntad

de diciembre de 2003, General Tributaria, recién reformada el pasado 30 de diciembre de 2020 (texto consolidado disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf>, consultado el 30 de enero de 2020), en la cual está prevista la posibilidad de que los momentos del nacimiento (devengo) de la obligación y de su exigibilidad, sean distintos, a tenor del artículo 21, conforme con el cual: “**Artículo 21.** Devengo y exigibilidad.// 1. El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal.// La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa.// 2. La ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo”. Al respecto, *vid.* Luis María Cazorla Prieto, *Derecho financiero y tributario (parte general)*, 5ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 337-338.

⁵⁶ Serviliano Abache Carvajal, “La determinación”, *ob. cit.*, p. 146. Así también lo ha entendido Ilse van der Velde Hedderich, *In Memoriam Ilse van der Velde Hedderich (compilado y adaptado por Alejandro Ramírez Van der Velde)*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2001, p. 9-11. Por otro lado, la *eficacia* de la obligación tributaria también ha sido comentada en: Oswaldo Anzola, “La actualización monetaria en materia tributaria”, en *Revista de Derecho Tributario*, N° 67, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1995, p. 23. En similar sentido, *vid.* José Pedro Barnola (h), “Comentario sobre la nulidad del Parágrafo Único del Artículo 59 del Código Orgánico Tributario (doctrina del caso Justo Oswaldo Páez-Pumar *et al*)”, en *Revista de Derecho Tributario*, N° 87, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000, p. 64.

⁵⁷ Ramón Valdés Costa, *Instituciones de Derecho Tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 19. A esto también agregó que la ejecutoriedad de los actos administrativos “indudablemente no tiene justificativo en las relaciones meramente pecuniarias en las cuales no están comprometidos cuestiones de orden público o de soberanía estatal”. *Ídem.*

⁵⁸ Al respecto, *vid.* José Juan Ferreiro Lapatza, “El estatuto del contribuyente”, en *Revista Tributaria*, tomo XXIII, N° 131, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1996, p. 137.

⁵⁹ Sobre la *dimensión epistémica* del proceso, *vid.* Michele Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 155 ss.

del ente fiscal, o (ii) en caso de que el contribuyente recurra la postura determinativa de la Administración, no podrá tener lugar ejecución alguna hasta tanto no haya sido decidida de manera definitivamente firme la controversia⁶⁰.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONTRIBUYENTE Y EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA

Todo lo anterior hace relucir que, la exigencia del pago de una obligación determinada administrativamente (no de forma definitiva) en un acto tributario que carece de firmeza, se traduciría en la inconstitucional pretensión –como manifestación material del *solve et repete*⁶¹– de una deuda incierta, ilíquida y, posiblemente, inexistente, que tendría que indebidamente soportar el contribuyente recurrente, esto es, se podría ver obligado, contra toda lógica jurídica y al margen de la dogmática constitucional, a tener que erogar una suma dineraria (con todas las implicaciones económico-financieras que ello conlleva⁶²) para pagar una supuesta deuda cuyo nacimiento no se ha precisado, se desconoce, y además puede ser –o ha sido– recurrido el acto que la demanda, todo lo cual podría concluir en que, como no es extraño, sea declarada inexistente dicha obligación o nulo el acto que la contiene por decisión del órgano judicial, constituyéndose además esta situación en un claro pago de lo indebido, por demás sujeto a una tortuosa repetición.

La proscripción del *solve et repete*, como consecuencia de la protección y garantía irrestricta del pleno ejercicio del derecho fundamental a la defensa del contribuyente, ha sido confirmada por la más docta jurisprudencia de la otrora Corte Suprema de Justicia, en cuya conocida sentencia del 14 de agosto de 1990, sentó lo siguiente:

Se revela, en efecto, el principio (*solve et repete*) como una **indebida restricción legal** al derecho constitucional de la defensa, consagrado en el Artículo 68 de la Carta Magna que, si bien remite al legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, porque eso sería **desnaturalizar** la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos (...)

No obstante, considera la Corte que el Artículo 178 del COT, invocado por el recurrente, tuvo como propósito, precisamente, poner fin al principio *solve et repete* en el ordenamiento jurídico tributario de nuestro país, –y así nos lo recuerda su exposición de motivos– incluida la materia aduanera.

Esa norma sustitutoria parece, en efecto, responder a un criterio más amplio: cuando el particular afectado interpone el recurso correspondiente, la ejecución forzosa de las obligaciones cuyo objeto activo sea la administración, queda suspendida hasta que el acto administrativo que las declara o impone adquiera **firmeza**; siempre, claro está, que no se lesione con ellos gravemente el interés general⁶³ (paréntesis y resaltado agregados).

⁶⁰ La cuestión de la firmeza del acto determinativo como condición necesaria de su eficacia, la hemos tratado anteriormente en: Serviliano Abache Carvajal, *La atipicidad de la “presunción” de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana - Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Colección Estudios Jurídicos N° 93, Caracas, 2012, pp. 188-234.

⁶¹ Sobre el contra-principio del *solve et repete*, por todos *vid.* Cristián J. Billardi y Rafael Vergara Sandoval, *Solve et repete. Crítica a su vigencia jurídica*, Vergara & Asociados - Plural Ediciones, La Paz (Bolivia), 2016.

⁶² Al respecto, *vid.* Betty Andrade, “Evolución de la medida cautelar de suspensión de efectos en el contencioso tributario bajo la vigencia de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, p. 152.

⁶³ Sala Político-Administrativa la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de agosto de 1990, caso *School Venezolana, C. A.*

Por su parte, en relación al orden jurídico internacional de los derechos humanos, lúcidamente ha sido expuesto por Rodolfo Spisso⁶⁴ que, de acuerdo con el citado artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige “la intervención de un tribunal independiente para la determinación de la obligación fiscal”⁶⁵ como ya lo comentamos, “no solo es inadmisibles la exigencia del ‘solve et repete’ entendido como presupuesto procesal de la acción o recurso judicial, sino también la exigencia de pago con anterioridad a que exista una resolución judicial firme en la acción promovida por el contribuyente impugnando la pretensión fiscal”⁶⁶. En tal sentido, explica Spisso que el contribuyente que se vea obligado a pagar *antes* de que haya tenido la oportunidad de demostrar la inexistencia de la deuda tributaria que se le exige, estará siendo sometido sustancialmente a una limitación igual a la que implica el *solve et repete*, razón por la cual, sin la previa intervención judicial no habrá acto de determinación tributaria exigible⁶⁷. Además agrega, para dilucidar cualquier duda al respecto, y apoyándose en la definición de determinación tributaria de Giuliani Fonrouge, que sin determinación, comprendida la realizada en fase judicial, no hay ejecución, esto es, la exigibilidad del acto de determinación presupone la participación e intervención del órgano judicial independiente⁶⁸.

Esta advertencia ha sido expuesta en la doctrina venezolana por Blanco-Uribe, quien, agregando que la misma regulación normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos está prevista en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y suscribiéndose en las ideas de Bertazza sobre aquélla, considera que

este trascendente criterio doctrinario, sobre la idea de la suspensión “inmediata”, por la mera interposición del recurso, sin necesidad de consagración expresa, por imperativo de este tratado de derechos humanos e, incluso, a pesar de la eventual explícita previsión legal del contra principio “solve et repete” (que por cierto es el caso de varias leyes tributarias en Argentina y también en Paraguay), pues acorde con la Convención, no puede haber ejecución del acto administrativo, “antes de que pase en autoridad de cosa juzgada”⁶⁹.

Las disposiciones de los comentados tratados internacionales sobre derechos humanos positivizan el principio jurídico según el cual los jueces solo pueden ejecutar lo previamente juzgado, lo decidido judicialmente, expresamente consagrado en nuestra Constitución⁷⁰, hasta cierto punto esquinado por la doctrina seguidora de la

⁶⁴ Rodolfo Spisso, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 57 ss.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem, apoyándose en las ideas de Francesco Moschetti, ob. cit., p. 388, nota al pie N° 319.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 61-62. Sobre la protección internacional de los derechos del contribuyente en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, también puede consultarse: Héctor B. Villegas, ob. cit., pp. 508-515; Ramón Valdés Costa, *Instituciones*, ob. cit., p. 20; y Ramón Valdés Costa, “La protección de los derechos del contribuyente a nivel internacional. El Pacto de San José de Costa Rica”, en *R. T.*, t. XIV, N° 84, y en *Rev. D. F.*, N° 480, t. XLIV, Buenos Aires, 1988.

⁶⁹ Alberto Blanco-Uribe Quintero, “Eliminación” ob. cit., pp. 685-686. Este trabajo, junto con los demás del autor que analizan desde una perspectiva práctica los avatares del Derecho procesal tributario venezolano, han sido sistematizados en: Alberto Blanco-Uribe Quintero, *Estudios de Derecho Procesal Tributario vivo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 115, Caracas, 2017.

⁷⁰ Artículo 253 de la Constitución: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.// Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y **ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias**” (resaltado agregado).

anacrónica teoría de la exigibilidad inmediata del acto de la Administración a partir de su emisión⁷¹, y por la indicada y criticada normativa del actual Código Orgánico Tributario⁷², que en nuestra opinión, además ponen al aparato judicial a la orden y servicio de la Administración, lo supedita a ella, bajo la fiel creencia de que el acto tributario está apegado a Derecho, ha sido dictado conforme al orden jurídico, indistintamente de que, como es harto conocido⁷³ y estadísticamente demostrable, la mayoría de las impugnaciones que se siguen ante los tribunales versan sobre los vicios formales de nulidad absoluta que afectan la validez de dichos actos y, en segundo lugar, sobre las infundadas pretensiones sustanciales en que incurre el ente fiscal al materializar su voluntad.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN PROPOSITIVA: EL DERECHO HUMANO DEL CONTRIBUYENTE A LA INEXIGIBILIDAD DEL ACTO DE TERMINATIVO HASTA QUE ALCANCE DEFINITIVA FIRMEZA

Teniendo en cuenta la indiscutible preeminencia de los derechos humanos del contribuyente, por demás consagrados expresamente en los invocados TDH suscritos y ratificados por Venezuela, y visto que los mismos son norma interna en nuestro ordenamiento jurídico (de rango constitucional y supraconstitucional, según el caso), son Derecho positivo venezolano de aplicación inmediata y directa por todos los órganos

⁷¹ Importantísimo tema que hemos tratado, con especial detenimiento, en: Serviliano Abache Carvajal, “¿Es necesaria la tutela cautelar para suspender los efectos del acto administrativo? Una propuesta”, en *Revista de Derecho Público*, N° 141, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 88-95.

⁷² Venezuela. *Código Orgánico Tributario*, publicado en Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020, reforma que fue dictada por la denominada “Asamblea Nacional Constituyente”, que por razón de la inexistencia jurídica de las pretendidas “tipologías normativas” que emana (“leyes constitucionales”, “decretos constituyentes”, etc.) y dada su patente inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal tributaria (*vid.* Luis Fraga Pittaluga, “Algunos comentarios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario de 2020”. Disponible en: <http://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/component/k2/item/9-algunos-comentarios-sobre-la-reforma-del-codigo-organico-tributario-de-2020>, consultado el 30 de enero de 2021), la misma adolece de la más severa e insalvable invalidez, en tanto no fue: (i) dictada por el órgano competente, (ii) siguiendo el procedimiento establecido, (iii) respetando las normas de rango superior. Debe siempre tenerse presente que la materia tributaria es de estricta reserva legal (ley formal: producto del parlamento), por lo que su pretendida regulación por parte de otro “poder” –como ocurrió con esta “reforma”–, atenta directamente contra la libertad individual y, en consecuencia, contra la Constitución misma. En efecto, la autoimposición es libertad, por lo que la “no-autoimposición” es una manifestación despótica, abusiva y, en fin, autoritaria del poder, mediante la cual se subvierte la libertad individual y se pulveriza la propiedad privada. Sobre el principio de reserva legal tributaria, *vid.* Luis Fraga Pittaluga, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 95, Caracas, 2012, pp. 41-68. Nuestras consideraciones sobre este estándar de la tributación pueden consultarse en: Serviliano Abache Carvajal, “Liberalismo y tributación. Especial atención al principio de reserva legal de los tributos”, en *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, N° 69, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2013, pp. 27-51; y su caracterización más reciente como *derecho subjetivo*, en: Serviliano Abache Carvajal, “El derecho a la legalidad tributaria del contribuyente: una cuestión de libertad y propiedad privada”, en Carlos Espinosa Berecochea (Coord.), *Derechos de los contribuyentes*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Ciudad de México, 2019, p. 31-70. Sobre esta y tantas otras consideraciones que demuestran la abierta inconstitucionalidad de la “Asamblea Nacional Constituyente” y de sus “actos”, *vid.* Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Comps.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Temis, Caracas, 2017.

⁷³ Al respeto *vid.* Luis Ortiz-Álvarez, “El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, p. 86.

del Poder Público (*self-executing*), los actos tributarios definitivos no pueden surtir efectos, siendo únicamente los actos tributarios firmes plenamente exigibles⁷⁴, como expresamente lo delimita la referida Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), bajo el N° 34⁷⁵, en armonía con la garantía del “control judicial ulterior y suficiente de la actividad administrativa”, en tanto manifestación inmediata de los derechos humanos a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva del contribuyente.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que si el acto tributario no es firme, porque todavía no ha transcurrido íntegramente el lapso de impugnación, o porque recurrido el acto y sometida al conocimiento judicial la solución determinativa de la Administración Tributaria no ha recaído sentencia definitivamente firme sobre la causa, tampoco se podrá hablar –lógicamente– de un acto exigible por ser el tributo incierto e ilíquido, entendiéndose bajo esta propuesta inexigible todo acto administrativo tributario (incluyendo los sancionatorios⁷⁶) que no haya alcanzado plena firmeza jurídica⁷⁷, esto es, que solo los actos tributarios definitivamente firmes, contentivos de obligaciones tributarias determinadas, ciertas y líquidas, deben entenderse exigibles,

⁷⁴ En igual sentido, *vid.* Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Hacia un estatuto del contribuyente durante la fiscalización”, en Fernando Parra Aranguren (Edit.), *Ensayos de Derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 152-153; Alberto Blanco-Urbe Quintero, “La necesidad”, *ob. cit.*, p. 632; y Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la no exigibilidad de tributos que se encuentran en proceso de impugnación administrativa o judicial”, en Leonardo Palacios Márquez y Serviliano Abache Carvajal (Coords.), *Derecho tributario contemporáneo. Libro homenaje a los 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario*, Editorial Jurídica Venezolana - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2019, pp. 809-813.

⁷⁵ Derecho N° 34 de la *Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)*: “Derecho a que la ejecución de las resoluciones firmes de los actos de determinación se sustancien en vía judicial y a que, mientras estén en trámite los procesos de revisión jurisdiccional sobre la existencia o no de las deudas determinadas, se suspenda la ejecución hasta que exista cosa juzgada en los procesos de revisión”. Disponible en: http://iladt.org/FrontEnd/docs/Carta_Derechos_Contribuyente_ILADT_aprobada_y_Presentacion.pdf, consultado el 30 de enero de 2021.

⁷⁶ Huelga decir que si los actos determinativos de obligaciones tributarias deben ser definitivamente firmes para considerarse exigibles, a fortiori (en su especie a minore ad maiorem) los actos sancionatorios también deben alcanzar su definitiva firmeza para ser jurídicamente exigibles, entre otras razones, por ser necesario que la culpabilidad esté plenamente demostrada más allá de toda duda razonable, en tanto imperativo constitucional del derecho humano a la presunción de inocencia del contribuyente. En este sentido, resaltan las palabras de Blanco-Urbe, quien, explicando la imposibilidad jurídica de condenar al presumido inocente, enseña lo que sigue: “Es evidente que, siendo la penalización una consecuencia de la previa determinación de la culpabilidad, lo cual debe constar en una decisión de carácter público, trátase de un acto administrativo o de una sentencia, que se encuentre definitivamente firme, sin lugar por lo demás a duda razonable alguna, mal podría ejecutarse sanción de ninguna índole contra de quien no haya sido en tales términos encontrado culpable”. Más adelante también explica que: “Evidentemente, mientras el acto administrativo sancionatorio puede ser objeto de un recurso, o habiendo sido impugnado aún no haya decisión final del órgano administrativo o judicial, existe la duda razonable de si la culpabilidad quedará o no probada, pues estamos constitucionalmente obligados a presumir la inocencia”. Y, finalmente, concluye de la manera siguiente: “Conviene poner de relieve que esto es de esta forma, por imperativo constitucional, aunque en el fondo la Administración Tributaria esté en lo cierto y haya emitido en acto administrativo sancionatorio totalmente demostrativo de la culpabilidad (pues meras afirmaciones lo harían estar viciado de nulidad absoluta), pues tal culpabilidad derivará, a la final, no del contenido del acto, sino de su incuestionable firmeza”. Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Eliminación”, *ob. cit.*, pp. 701-702.

⁷⁷ En esta línea, *vid.* Sala Política-Administrativa del Tribunal Suprema de Justicia, sentencia del 11 de marzo de 2008, caso *Fisco Nacional v. PDVSA*.

al amparo de (i) las categorías de liquidez y certeza de la obligación tributaria a propósito del procedimiento determinativo; y (ii) la plena vigencia y aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos en la tributación de las personas naturales y morales; de ahí que se pueda afirmar que, en un auténtico Estado de Derecho, el contribuyente tiene el derecho humano a la inexigibilidad del acto determinativo hasta que alcance definitiva firmeza.

Caracas, 30 de enero de 2021

XI. MEDIO AMBIENTE

EL DERECHO HUMANO AL PAISAJE Y LA CALIDAD DE VIDA

Alberto Blanco-Uribe Quintero*

SUMARIO

I. Introducción. II. El derecho humano al paisaje. 1. Un aglutinador de derechos sin una explícita mención. 2. Documentos internacionales y comparados y técnicas para el descubrimiento del reconocimiento del derecho humano al paisaje. III. En definitiva, ¿qué es el paisaje? ¿cómo protegerlo sin saber lo que es? IV. Los ejes transversales. 1. Convenio Marco Europeo sobre Cooperación Transfronteriza entre Comunidades o Autoridades Territoriales de 1980. 2. Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente de 1998 y Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de América Latina y el Caribe de 2018. V. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

La historia permanentemente evolutiva, o quizás mejor deberíamos decir progresiva, de los derechos humanos, de la mano de los principios precisamente de progresividad y de interdependencia que los caracterizan, no deja de sorprendernos con el advenimiento o descubrimiento de nuevos derechos humanos, emergidos de la aparición de necesidades humanas cuya satisfacción en sociedad le da contenido a la idea colectiva de calidad de vida.

A lo largo del tiempo, el de la historia de la libertad, hemos podido de múltiples maneras observar este fenómeno. De este modo, recordamos la aparición de los derechos individuales o civiles y políticos, como resultado de reivindicaciones que aparejaron procesos revolucionarios muy sangrientos, debido a la reticencia de los detentadores del poder a permitir el cambio en las circunstancias de las sociedades. La guerra de independencia de los Estados Unidos de América y la eliminación del “*ancien régime*” francés fueron menester para que se dieran a luz la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos

* Abogado “Magna cum Laude” y especialista en derecho administrativo, Universidad Central de Venezuela; especialista en derecho ambiental y de la ordenación del territorio y en derecho público, Universidad de Estrasburgo (Francia); y especialista en justicia constitucional y en derechos humanos y garantías, Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor de derechos humanos, Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. albertoblancouribe@gmail.com / [@AlbertoBUQ](https://www.instagram.com/AlbertoBUQ)

del Hombre y del Ciudadano de 1789, bajo la imperiosa necesidad de reivindicar el respeto mínimo a la persona humana (vida, libertad, igualdad...). Y de igual forma procesos revolucionarios de principios del Siglo XX, en México y Rusia, coadyuvaron al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, atendiendo a las necesidades de los colectivos, grupos y pueblos.

Sin embargo, los vaivenes de la historia, en la lucha del ser humano por su libertad, evidenciaron el atropello de esas reivindicaciones, habiendo sido inevitable pasar por las dos grandes conflagraciones mundiales del Siglo XX, de 1914 a 1918 y de 1939 a 1945, para poder llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y a los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y posicionar al mundo en un estado de libertad individual y colectiva, inestable y en ciertos lugares del planeta completamente burlado, pero estado de libertad al fin, que conduce al ser humano a la sensación positiva de que si es posible alcanzar el respeto de la dignidad humana, por difícil que sea el camino.

Obviamente que esa sensación de libertad posible deviene además del dictado de numerosas declaraciones internacionales y de la firma y ratificación de multitud de tratados internacionales, todo ello de carácter universal y regional, a lo largo del Siglo XX y de lo que va del Siglo XXI, cuya mera citación particularizada excedería con creces el espacio con el que contamos, a más de no ser necesario, pues el lector ya habrá ido evocando tantos textos de carácter general o de contenido específico, en el universo de los derechos humanos, empezando por los trabajos de las conferencias internacionales y de las organizaciones internacionales.

Esta proliferación de documentos diversos a escala internacional y su reflejo sobre las constituciones y leyes de cuantiosos países, ha hecho que sectores de la doctrina internacional hayan comenzado a hablar de generaciones de derechos, en donde todos ellos concuerdan en llamar primera generación a los civiles y políticos, segunda generación a los económicos, sociales y culturales, tercera generación o derechos de los pueblos, para referirse a los derechos a la paz, al desarrollo, al ambiente, etc., y de allí, ya hablan de cuarta, quinta, sexta y hasta séptima generación, para incluir derechos como el acceso a internet, a la identidad de género, etc. Yo prefiero hablar de derechos humanos de nuevos reconocimientos, derivados del surgimiento de necesidades antes desconocidas, y no de generaciones de derechos, toda vez que cuando en el lenguaje común la gente habla de nueva generación de algo, como se evidencia en la tecnología, ello conlleva el entendimiento de la obsolescencia de lo anterior, de la o las generaciones anteriores, y nada más lejos de la realidad en materia de libertad, donde el tema es el de la progresividad y la interdependencia de los derechos humanos. Hay pues una sumatoria y no una sustitución de derechos, en pro de la calidad de vida y salvaguarda de la dignidad humana.

En este orden de ideas, el derecho humano al paisaje ha aparecido, y lo ha hecho mucho después, como veremos, de sus hermanos cercanos los derechos humanos al ambiente y al patrimonio cultural, dentro de un proceso que presupone el respeto ineluctable de los derechos a la vida, a la libertad personal, a la libertad de pensamiento, a la igualdad, etc., y también de los derechos a la educación, a la información, a la libertad de expresión, a la libertad asociativa, a la participación ciudadana, al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, a la ciudad, al ambiente, al agua potable, al aire puro, a la salud, al desarrollo sostenible, a la paz, a la cultura, al patrimonio cultural y un infinito etcétera.

Valga decir que estas reflexiones están motivadas en la conferencia intitulada “El Paisaje: Puente entre Naturaleza (Ambiente) y Cultura (Ciudad y Patrimonio). De

los derechos humanos al ambiente, al patrimonio de la humanidad, a la cultura y a la ciudad, al derecho humano al paisaje”, dictada por el autor con ocasión del ciclo de *webinar Paisajeurbe 2020 – 12 Edición “Ciudad Hoy”*: “Vivir la ciudad y derecho a la ciudad y al paisaje”, organizado por la Red Argentina del Paisaje – Nodo Buenos Aires y la Universidad de Palermo (Facultad de Diseño y Comunicación), Buenos Aires, Argentina, septiembre 2020¹.

II. EL DERECHO HUMANO AL PAISAJE

1. Un aglutinador de derechos sin una explícita mención

El derecho humano al ambiente y el derecho humano al patrimonio cultural, desde sus respectivos descubrimientos y reconocimientos explícitos, como veremos, estuvieron muy cercanos el uno del otro, sin muchas veces encontrar los mecanismos de goce o ejercicio efectivo que permitiesen asegurar un disfrute en conjunto o complementario, quizás porque los especialistas de un lado y del otro, los ambientalistas y los patrimonialistas, ponían sus acentos respectivos en la naturaleza o en la actividad humana particularmente constructiva, sin hallar o en algunos casos sin interesarles encontrar la síntesis esencial que los une, que es la persona, y muy especialmente la persona en su relación con la cultura.

Es frente a este estado de cosas que aparece el derecho humano al paisaje como un lazo o un puente, que genera entre los tres, y en sumatoria con otros derechos humanos como el derecho a la ciudad, el derecho a la información, el derecho a la participación ciudadana, el derecho a la educación para la ciudadanía, el derecho de acceso a la justicia y tantos otros, un concepto de libertad que persigue asegurar la plenitud humana, garantizando a través de cantidad de mecanismos jurídicos que regresan a la persona como ser social, el protagonismo que es menester para que pueda en realidad ser artífice de su diario acontecer, mediando el goce efectivo del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en condiciones que no pueden ser otras que de dignidad humana y calidad de vida.

Desde esta perspectiva, el paisaje propicia un espacio de unión y de continuidad o interrelación armónica entre la naturaleza, por una parte y entendida esta como ambiente y/o patrimonio natural², y por la otra parte, la cultura, asumida como ciudad, medio rural y patrimonio cultural. Y a la vez, esta metodología nos permite, en el sentido opuesto, asumir que los derechos humanos al ambiente, al patrimonio de la humanidad, a la cultura y a la ciudad, nos van a permitir llegar a concebir el derecho humano al paisaje.

Ahora bien, conviene tener presente en el espíritu que el autor de estas líneas, si bien respeta la teoría y los avances exegéticos, en su rol como abogado y bajo su condición de defensor de derechos humanos, siempre ha tendido durante su carrera profesional a privilegiar las interpretaciones libertarias de las reglas de derecho por sobre la miopía paralizante que a tantos afecta, cuando no encuentran un dispositivo internacional, constitucional o legal explícito del estilo “todos tienen derecho a...”. Y esto, debido a que como iusnaturalista está convencido de que los derechos humanos no devienen del derecho positivo, sino que lo preexisten y lo condicionan. No en balde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1 declara,

¹ Ver: https://www.youtube.com/watch?v=_EN_u8ZO3fo&t=3163s (a partir del minuto 51), consultado en fecha 9 de noviembre de 2020.

² Expresión que no implica una visión antropocéntrica y utilitarista o economicista, sino biocéntrica y fundada en la persona, desde la aproximación de la idea de desarrollo sostenible.

admite o reconoce que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Por tanto, se ha siempre asumido, como sucedió en su acontecer en estrados con el derecho humano al ambiente, antes de que fuera explícitamente reconocido por el derecho positivo, lo cual ocurrió en Venezuela con la Constitución de 1999³, una perspectiva digamos pragmática, que tiende sobre todo a encontrar los mecanismos legales y especialmente procedimentales y procesales, que permitan la protección del goce efectivo del derecho respectivo, gracias a la interpretación fundada sobre los principios de progresividad, interdependencia y del “*numerus apertus*”, aun frente a la circunstancia de la ausencia de reconocimiento explícito en la normativa vigente. Se privilegia entonces ese goce efectivo por encima de la necesidad a veces incomprensible de algunos de contar con la exégesis normativa para sentirse a gusto.

En consecuencia, si bien le encantaría al autor de estas líneas comenzar a ver en las normas tanto internacionales como nacionales la declaración o reconocimiento explícito de un derecho humano al paisaje, el punto es que desde el punto de vista del derecho vivo no cabe desmoralizarse en su ausencia, por cuanto a fin de cuentas los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales ofrecen medios distintos para acometer y lograr proteger igualmente al paisaje, en provecho de la calidad de vida, que es lo que en definitiva anhelamos todos, vista la relación de interdependencia y de progresividad que existe entre los derechos humanos y particularmente entre estos de los cuales nos ocupamos en esta oportunidad.

2. Documentos internacionales y comparados y técnicas para el descubrimiento del reconocimiento del derecho humano al paisaje

A continuación, nos proponemos pasar revista a una serie de documentos internacionales, tanto del “*hard law*” como del “*soft law*”, textos comparados y técnicas como la del *ius constitutionale commune*, que en ningún momento pretende ser exhaustiva, sino meramente suficientemente representativa de todo lo que existe en lo directamente pertinente a los diversos aspectos vinculados a la definición y al contenido esencial del derecho humano al paisaje.

A. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁴

La idea central de este trascendental documento, eso que nos permite hilar toda esta argumentación que proponemos, gira en torno al concepto de calidad de vida, asociado por supuesto al tema de la salud física y mental.

Así, acorde con su artículo 25: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar*”.

Obviamente, el derecho a un nivel de vida adecuado o derecho a la calidad de la vida, apareja o presupone ineluctablemente el goce del derecho al ambiente, del

³ 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, genética, 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”.

⁴ <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado en fecha 9 de noviembre de 2020).

derecho al patrimonio, del derecho a la cultura, del derecho a la ciudad y, con ellos, del derecho al paisaje, y sobre esta línea vamos a ir construyendo, sin perjuicio de los derechos procedurales indispensables que son garantía de aquellos, como lo son el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 8 y 10), el derecho a la información (artículo 19) y el derecho a la participación ciudadana (artículo 21), junto a la libertad asociativa o derecho de asociación (artículo 20), de la mano con el derecho a la educación para la ciudadanía, a la educación ambiental y a la educación patrimonial (artículo 26), y el derecho al patrimonio cultural (artículo 27), donde destaca la moderna idea de paisajes patrimoniales.

No deben desestimarse las iniciativas para la inclusión de un artículo 31 en esta declaración, particularmente las que tienen que ver con la mención expresa al derecho humano a un ambiente sano, dentro de las que destaca la de Birdlife⁵.

Ni tampoco la del gobierno francés, con ocasión de la conferencia internacional sobre cambio climático de 2015, COP21, dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y ya respaldada por diversas ciudades y organizaciones no gubernamentales a lo largo del mundo, que sobre la base de entender que se trata de intereses difusos y colectivos cuyo titular es la humanidad como conjunto titular de tales derechos, tiende a la aprobación de una Declaración Universal de los Derechos de la Humanidad⁶, que reconocería explícitamente los derechos al ambiente y al patrimonio cultural, estrechamente ligados con el elemento paisajístico, como lo veremos, en estos términos: “La humanidad, como el conjunto de las especies vivientes, tiene derecho de vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente sostenible” (artículo V), “La humanidad tiene derecho a un desarrollo responsable, equitativo, solidario y sostenible” (artículo VI), “La humanidad tiene derecho a la protección del patrimonio común y de su patrimonio natural y cultural, material e inmaterial” (artículo VII) y “La humanidad tiene derecho a la preservación de los bienes comunes, en particular el aire, el agua y el suelo, y al acceso universal y efectivo a los recursos vitales. Las generaciones futuras tienen derecho a su transmisión” (artículo VIII).

B. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁷

Desde la misma perspectiva, en el ámbito regional, aunque de manera sobreentendida, el derecho humano a la calidad de vida emerge como valor esencial en el continente americano.

Y adicionalmente, de igual modo se reconocen el derecho a la salud física y mental (artículo 11), el derecho a la educación para la ciudadanía con base en la solidaridad y la utilidad para la sociedad (artículo 12), el derecho al patrimonio cultural (artículo 13), y los derechos procedurales necesarios como el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 18), el derecho a la información (artículo 4) y el derecho a la participación ciudadana (artículo 20), junto a la libertad asociativa o derecho de asociación (artículo 22) y al derecho de petición (artículo 24).

⁵ <https://www.birdlife.org/healthyplanet/es> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁶ <https://www.terraqui.com/blog/actualidad/francia-redacto-un-borrador-de-una-declaracion-de-derechos-de-la-humanidad-como-base-para-la-acogida-y-negociacion-del-cop21/> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁷ https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

C. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de 1966⁸ y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966⁹

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en doctrina conocido como el tratado referido por sus siglas a los DESC, es luego interpretativamente enriquecido con los denominados derechos ambientales, pasando a conocerse como el tratado comprensivo entonces de los DESCA o DESC-A, por sus siglas.

Pues bien, este documento jurídico no puede ser más fiel a la idea fundamental que venimos esbozando, pues en su artículo 11 incluye entonces el derecho a la calidad de vida así: “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Huelga decir que esta exigencia de mejora continua de las condiciones de existencia o calidad de vida va de la mano con el principio de progresividad de los derechos humanos, igual que con el principio de interdependencia, particularmente con el derecho a la salud física y mental o al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12).

Y conviene también citar una serie de derechos humanos sustantivos e interdependientes reconocidos como el derecho a la educación para la ciudadanía, comprensiva entonces de los derechos humanos, la participación ciudadana y la tolerancia (artículo 13), el derecho de acceso y a la conservación, desarrollo, creación y difusión de la cultura (artículo 15).

Y por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos simplemente presenta el reconocimiento de derechos sustantivos y de derechos procedurales o instrumentales o derechos-garantía que aseguran el goce real del derecho humano a la calidad de vida y de los que aquí apreciamos, como lo son los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, el derecho a la información, el derecho a la participación ciudadana, la libertad asociativa o derecho de asociación, etcétera.

D. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969¹⁰ y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950¹¹

Ambos tratados internacionales de carácter regional, que sin duda son en su tipo los de mayor trascendencia mundial al entablar órganos supranacionales de naturaleza jurisdiccional, como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, cuyas respectivas jurisprudencias han de suyo

⁸ https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁹ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

¹⁰ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a%20que%20se%20respete%20su%20integridad,dignidad%20inherente%20al%20ser%20humano. (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

¹¹ https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

enriquecido el concepto de libertad en las dos regiones, al interpretar los derechos humanos y asegurar su respeto desde la perspectiva de la dignidad humana y del principio pro homine, llegando incluso más lejos de la letra de los tratados de cada caso, gracias a la aplicación de los principios de progresividad e interdependencia de los derechos humanos, también parten, y no podía ser de otro modo, de la misma idea inicial de calidad de vida, aunque ese derecho humano a la calidad de vida no se aprecie en sus letras, aunque sí en las sentencias de ambas entidades. Ello sin olvidar el sentido común, puesto que como podría haber calidad de vida si no se respetasen todos y cada uno de los derechos humanos allí reconocidos.

Ahora bien, como quiera que se trata de tratados internacionales que versan esencialmente acerca de derechos civiles y políticos, aunque dejan ver la necesidad de su integración con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como lo ha evidenciado su labor jurisprudencial, resultan de gran utilidad práctica, pues enlistan los derechos sustantivos y procedurales que de manera instrumental se manifiestan como garantía del goce del derecho a la calidad de vida y de los que ahora tratamos. En efecto, los dos documentos refieren explícitamente los derechos a la información, a la participación ciudadana, la libertad asociativa o derecho de asociación, de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva,

E. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972¹² y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992¹³

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano fue una solemne ocasión para que el 16 de junio de 1972 se aprobara esta declaración, cuya mayor trascendencia radica en haber sido la primera vez, en la historia de la humanidad, en que se hizo mención expresa y formal al derecho humano al ambiente.

De hecho, fue a partir de esta declaración que los diversos países del mundo comenzaron a recoger de una forma u otra el derecho humano al ambiente en sus nuevas Constituciones o en reformas subsiguientes, o en sus leyes.

Pues bien, este documento internacional comienza por destacar que el ser humano interactúa permanentemente con el medio, es afectado o modelado por el medio y a la vez este es resultado de su obra creativa (o destructiva). Plasma la interdependencia entre el ser humano y su entorno. Afirma así que “El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente”. Y luego destina su Principio I al reconocimiento expreso de este derecho humano: “El hombre tiene derecho fundamental ... al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar...”.

Nos encontramos entonces con nuestra idea central de partida, que es el derecho a la calidad de vida, enriquecida en esta perspectiva con el tema crucial del concepto de “entorno” o “medio”. Al decir de esta declaración “Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”. Estas alusiones a “medio” y a “entorno” son de una muy importante

¹² <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

¹³ <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

pertinencia al no querer decir otra cosa que lo que hoy se entiende como paisaje. El ser humano crea el paisaje y el paisaje termina influenciándolo.

Pero, además, ese mismo Principio 1 de esta declaración nos propone otro aspecto directamente vinculado al punto de estudio, que se conoce como equidad intergeneracional, elemento fundamental para la construcción de la moderna noción de desarrollo sustentable o sostenible: "...y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras".

Mucho ha avanzado la humanidad en las últimas décadas sobre este concepto de desarrollo sostenible, sustentable o perdurable, desde el famoso informe de Naciones Unidas "Nuestro Futuro Común", de la Comisión Brundtland de 1987¹⁴, hasta la formulación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS o Agenda 2030 de Naciones Unidas de 2015¹⁵, y en su esencia se trata simplemente de un modelo de desarrollo humano socioeconómico en el cual las generaciones presentes satisfacen sus necesidades sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras, lo cual incide menesterosamente en una educación de calidad (ODS 4), que exige una educación para la ciudadanía, una educación ambiental y patrimonial, que cree solidaridad, ciudadanos críticos y participativos, en goce de sus derechos humanos.

Ya sobre tan fundamentales aspectos se pronunciaron precisamente también las Naciones Unidas, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992, cuyos Principios 3 y 4 reconocen el derecho humano al desarrollo, planteando la equidad entre las necesidades de desarrollo de las generaciones presentes y futuras, de la mano de la protección del ambiente, siendo para ello crucial, como se despliega en los principios subsiguientes, mediando el goce efectivo del derecho a la información y del derecho a la participación ciudadana, la implementación de normas legales que garanticen una tutela jurídica y judicial, dentro de lo cual se prevé el principio precautorio, el método de estudio de impacto ambiental, luego evolucionado a ambiental y sociocultural y finalmente paisajístico, la ordenación del territorio y otras figuras de relevancia.

Sin embargo, como sabemos y debemos reconocer, el concepto no es un producto de la intelectualidad occidental, cuyo único mérito ha sido el de su aceptación y detallada formulación. En efecto, las culturas indígenas lo han practicado desde tiempos inmemoriales, como se aprecia de la conocida carta enviada por el jefe Seattle de la tribu Siux al presidente de los Estados Unidos de América en 1854¹⁶, cuyo mensaje ha sido pacíficamente interpretado del modo siguiente: la tierra, la naturaleza, es algo que yo recibí en préstamo de mis antepasados, con derecho de uso y disfrute y con la obligación de transmitirla en el mismo estado en que la recibí, o en mejores condiciones, a las generaciones futuras. Un comodato intergeneracional.

F. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972¹⁷

Como ya el lector lo habrá podido observar, no estamos siguiendo un orden cronológico en la presentación de estos trascendentes documentos del "hard law" y del

¹⁴ http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

¹⁵ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

¹⁶ <https://ciudadseva.com/texto/carta-del-jefe-seattle-al-presidente-de-los-estados-unidos/> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

¹⁷ <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

“soft law” del derecho internacional público. Por el contrario, se persigue un enfoque preferiblemente temático y conceptual.

Es a partir de la Convención de París del 23 de noviembre de 1972, aprobada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que se comienza a hablar en firme, a esa escala y con mayor propiedad del derecho humano al patrimonio mundial de la humanidad, cuyo contenido vendría dado por la garantía de su conservación, el acceso (incluso virtual, máxime pero no solo mediando COVID 19), la contemplación y el disfrute.

Y ello no obstante que un tal reconocimiento no se expresa en forma expresa en su texto. Se asume, eso sí, que un tal derecho no puede ser sino la contrapartida legítima del deber que su artículo 4 adjudica a cada Estado, de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, y ello mediando un sistema de protección internacional basado en la cooperación entre los Estados, conforme a su artículo 7.

Esta entonces presente el tema de la equidad intergeneracional, para lo cual la información y la educación patrimonial son fundamentales, como lo hemos destacado antes y según lo prevé el artículo 27.

Desde otra perspectiva, se destaca que la convención tiende a dar, como corresponde, igual y complementario tratamiento al patrimonio cultural y al patrimonio natural, con idénticos mecanismos de revalorización, por lo que ya no se tiene lo cultural, urbano, rural, artificial, obra humana, separado de lo natural, el ambiente y los bienes ambientales, áreas naturales más o menos intervenidas. Por el contrario, se sigue la línea esbozada meses antes en la citada Declaración de Estocolmo, lo que nos va conduciendo al enfoque territorial, a la geografía viva y en definitiva al análisis holístico paisajístico y lo que se ha dado en llamar paisajes patrimoniales.

Esto explica no solamente que se hayan declarado como patrimonio mundial cultural de la humanidad obras como el Acueducto del Padre Tembleque en México, o como patrimonio mundial natural de la humanidad espacios naturales como el del Parque Nacional Canaima en Venezuela, el Glaciar Perito Moreno en Argentina o la Serranía de Chiribiquete en Colombia, sino también como patrimonio mundial cultural ciudades históricas como la de Quito en Ecuador, o cascos históricos como el de la ciudad de Coro y su puerto en Venezuela, o la Ciudad Universitaria de Caracas también en Venezuela¹⁸, estando presente en todos esos casos el elemento paisajístico.

Ahora bien, no obstante la enorme trascendencia de esta convención y de su anhelo de abarcar lo cultural y lo natural, es el caso que su alcance no deja de ser bastante reducido, en función de las definiciones que presenta sobre lo que es patrimonio cultural y lo que es patrimonio natural.

En efecto, acorde con su artículo 1 se entiende por patrimonio cultural:

los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

¹⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Patrimonio_de_la_Humanidad_en_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe#:~:text=En%20total%2C%20la%20regi%C3%B3n%20de,humanidad%2C%20con%2035%20de%20ellos (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

Y por lo que respecta a la comprensión del patrimonio natural su artículo 2 señala:

los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal, amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

En consecuencia, para que un elemento cultural o natural pueda ser estimado como patrimonio es indispensable que reúna esas indicadas características de la monumentalidad, la universalidad y la excepcionalidad, a más obviamente de la tangibilidad. Lo demás queda aparte.

Pero cuidado, que quede aparte alguna manifestación cultural o natural no significa que la misma no pueda revestir el carácter de patrimonio cultural o natural, aunque su valor no sea monumental, universal ni excepcional, o se trate de algo intangible, pues la única consecuencia de ello sería que no entraría en el campo de protección de esta convención, pero si en el de otros tratados internacionales, constituciones o leyes nacionales, o incluso sin reconocimiento legal, pero con la plena valía en el sentir y en las tradiciones de una comunidad, que es lo que en realidad importa para que algo sea considerado patrimonio, no mundial, pero si transfronterizo, nacional, regional o local.

Dejemos un momento de lado lo natural, sobre lo cual volveremos, para hacer alusión a unos textos referidos específicamente a lo cultural.

G. Convenio para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa de 1985¹⁹; Convenio Nro. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989²⁰; Convenio Europeo para la Protección de Patrimonio Arqueológico de 1992²¹; Convención de Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas de 1976²²; Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003²³; Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005²⁴; y, Declaración de Xi'an sobre la Conservación del Entorno de las Estructuras, Sitios y Áreas Patrimoniales de 2005²⁵

El primero de estos tratados, el Convenio para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa, firmado en Granada, España, en 1985 en el marco del Con-

¹⁹ http://www.culturandalucia.com/ALMER%C3%8DA/PROTECCION_PATRIMONIO_ARQUITECTONICO_convencion_granada_1985.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²⁰ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²¹ https://ge-iic.com/files/Cartasydocumentos/1992_La_Valetta.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²² http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_C-16_Convencion_Defensa_Patrimonio_Arqueologico.asp (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²³ <https://ich.unesco.org/es/convenci%C3%B3n> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²⁴ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260710_spa.page=13 (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²⁵ <https://www.icomos.org/images/DOCUMENTS/Charters/xian-declaration-sp.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

sejo de Europa, del cual la edificación del Museo del Louvre en París, Francia, es un buen ejemplo de construcción y armonía del paisaje cultural, ordena a los poderes públicos en su artículo 14, establecer, en las diferentes fases de los procesos de decisión, las estructuras de información, consulta y colaboración entre el Estado, las colectividades locales, las instituciones y asociaciones culturales y el público; y en su artículo 15, sensibilizar a la opinión pública sobre el valor de la conservación del patrimonio arquitectónico, no solo como elemento de identidad cultural, sino también como fuente de inspiración y de creatividad para las generaciones presentes y futuras; promover políticas de información y de sensibilización.

El segundo, en Convenio Nro. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes firmado en Ginebra, Suiza, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1989, persigue la adopción de medidas evocadas en su artículo 4, destinadas a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas, mediando siempre la respectiva consulta asociada al derecho a la información y subsiguiente derecho a la participación, particularmente en cuanto concierne a la delimitación o demarcación de las tierras ancestrales, el aprovechamiento de los recursos allí presentes, el fomento y protección de las manifestaciones culturales tradicionales, todo en resguardo a la postre de lo que podría calificarse de paisaje indígena.

El tercero, el Convenio Europeo para la Protección de Patrimonio Arqueológico, firmado en La Valetta, Malta, en 1992 en el marco del Consejo de Europa, que ha podido beneficiar por ejemplo al Templo de Delfos en Grecia, obliga a los Estados en su artículo 9 a desarrollar acciones educativas de sensibilización patrimonial y a promover el acceso público al patrimonio arqueológico. Y previamente en su artículo 1 declara que la relevancia de este patrimonio radica en que permite reconstruir la historia de la humanidad y su relación con el entorno natural.

El cuarto, la Convención de Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, firmada en Santiago, Chile, en 1976 en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se ocupa con bastante antelación a Europa sobre el patrimonio arqueológico, lo histórico y lo artístico, pero por la lamentable situación del “constante saqueo y despojo que han sufrido los países del continente, principalmente los latinoamericanos, en sus patrimonios culturales autóctonos”.

Acorde con su artículo 2, los bienes culturales protegidos pueden ser:

- a) monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas;
- b) monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o desmembrados, de la época colonial, así como los correspondientes al siglo XIX;
- c) bibliotecas y archivos; incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta el año de 1850;
- d) todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás Partes del tratado;
- e) todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir.

Como puede apreciarse, en cuanto a los aspectos inmuebles y a intangibles asociados a ellos, este pillaje incide en una clara afectación del paisaje, por acción de

conductas ilícitas, particularmente las excavaciones irregulares, y contrarias a la memoria de los pueblos.

No obstante que el caso de la Piedra (Abuela) Kueka²⁶ arrebatada en contra de la voluntad del pueblo Pemón no se resolvió por aplicación de esta convención, luego de un tiempo de reclamos frente a semejante afrenta en contra no solo en cuanto al valor patrimonial del objeto en sí, sino también de sus significados en la cosmovisión y las tradiciones de ese pueblo situado en Venezuela (y además en un parque nacional declarado por la UNESCO patrimonio mundial natural de la humanidad, como lo es Canaima), que representan parte de su patrimonio cultural intangible, conviene citarlo como un ejemplo de esas acciones violatorias de los derechos humanos, en este caso de los derechos culturales y particularmente del derecho al patrimonio cultural de los pemones, que con autorización de funcionarios públicos insensibles frente al tema, conducen a que se despoje a la gente de un bien patrimonial, en ese caso por el interés de un alemán que quería exponerla en una suerte de parque de piedras de todo el mundo. Claro que las verdaderas razones que facilitaron la negociación entre los dos países, dada la ilegitimidad del gobierno usurpador y violador sistemático de los derechos humanos venezolano, no se conocen por lo pronto. En todo caso, la extracción de esta piedra tuvo evidentemente un fuerte impacto paisajístico.

El quinto, la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, firmada en París, Francia, en 2003 en el marco de la UNESCO, que como su nombre lo indica, se refiere a los elementos del patrimonio inmaterial o intangible, protege manifestaciones milenarias como el yoga originario de la India, y también tradiciones locales como los Diablos Danzantes de Yare en Venezuela. En su artículo 2 se define al patrimonio cultural inmaterial como

los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana...

En el mismo dispositivo se explica que el patrimonio cultural inmaterial

se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.

Está claro de la relación de todo cuanto precede, que todas estas manifestaciones del patrimonio cultural intangible o inmaterial interactúan con el patrimonio natural, y en eso del ser humano como obra y artífice del entorno se va moldeando el paisaje, o si se prefiere, los paisajes patrimoniales o paisajes culturales.

El sexto, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, firmada en París, Francia, en 2005 en el marco de la UNESCO, plantea la íntima relación existente entre el necesario respeto de los derechos humanos y la protección y promoción de la diversidad cultural, insistiendo en el

²⁶ <https://actualidad.rt.com/actualidad/215053-piedra-kueka-venezuela-alemania> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

principio de dignidad humana, la libertad de pensamiento, el principio de tolerancia, el principio de cooperación internacional, el principio de desarrollo sostenible y el derecho de acceso equitativo a todas las expresiones de la diversidad cultural.

Acorde con el artículo 4, “la diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados”, formas dentro de las cuales el paisaje es una de las más destacables.

Además, prevé la promoción de la educación y sensibilización del público y la participación ciudadana.

Finalmente, el séptimo documento revisado, la Declaración de Xi’an sobre la Conservación del Entorno de las Estructuras, Sitios y Áreas Patrimoniales, aprobada en Xi’an, China, en el contexto de la Asamblea General del 21 de octubre de 2005, del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS)²⁷, que es una muy prestigiosa organización internacional no gubernamental abocada a la conservación del patrimonio cultural a nivel mundial, resulta muy importante, porque alude explícitamente al término “entorno”, es decir a eso que nos rodea, idea que también fue utilizada en su momento para definir las palabras “medio”, “ambiente” y “medio ambiente”, y que a más de su empleo igualmente para conceptualizar la palabra “territorio”, ha sido destinado para hacer lo suyo en cuanto a la idea de “paisaje”.

Este documento persigue “reconocer la contribución del entorno al significado de los monumentos, los sitios y las áreas patrimoniales”, y trae la siguiente explicación:

El entorno de una estructura, un sitio o un área patrimonial se define como el medio característico, ya sea de naturaleza reducida o extensa, que forma parte de –o contribuye a– su significado y carácter distintivo. Más allá de los aspectos físicos y visuales, el entorno supone una interacción con el ambiente natural; prácticas sociales o espirituales pasadas o presentes, costumbres, conocimientos tradicionales, usos o actividades, y otros aspectos del patrimonio cultural intangible, que crearon y formaron el espacio, así como el contexto actual y dinámico de índole cultural, social y económica.

Además, revaloriza el rol de la educación patrimonial para incidir en comunidades sensibilizadas y proactivas.

Ahora bien, no obstante que ninguno de estos cinco documentos (cuatro tratados internacionales y una declaración especializada) mencionan el derecho al patrimonio cultural, todos dejan muy claro en sus letras que su punto de partida es el respeto de los derechos humanos, y se concretan en el ejercicio de derechos humanos, como los derechos a la información, a la educación y a la participación ciudadana, y su relación con el derecho a la calidad de vida ha sido presupuesto común como ha quedado ya demostrado.

H. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1989, dentro del sistema de Naciones Unidas, y tiene como cometido central, conforme con su artículo 27, garantizar al niño el disfrute de su derecho a un nivel de vida

²⁷ <https://www.icomos.org/en> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

²⁸ <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Es entonces el derecho a la calidad de vida que nos ha servido de punto de partida.

Para ello, la convención reconoce al niño una serie de derechos humanos de pertinencia, como lo son en su artículo 12 el derecho a formarse un juicio propio y a expresarse y ser escuchado en todo procedimiento que pueda afectarle. Claro que originalmente esta norma tenía en mente los procedimientos administrativos y judiciales ligados directamente por ejemplo a su guarda y custodia, pero hoy en día se extiende en sus efectos a aquellos procedimientos capaces de afectar su calidad de vida (y la de las generaciones futuras), por la toma y ejecución de decisiones susceptibles de perjudicar sus valores culturales, ambiente o paisaje.

Para ello los artículos 13 y 17 le reconoce el derecho a la información; el artículo 14 la libertad de pensamiento; el artículo 15 la libertad asociativa esencial para la participación ciudadana; el artículo 24 el derecho a la salud; los artículos 28 y 29 el derecho a la educación, explícitamente en materia de educación para la ciudadanía, educación para los derechos humanos, educación ambiental y educación patrimonial para la revalorización de su identidad cultural; el artículo 30 el derecho de las minorías a su propia vida cultural; y, el artículo 31 el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística.

Volvamos ahora la vista a los aspectos naturales.

I. Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América de 1940²⁹; Convenio relativo a la Conservación de la vida Silvestre y del medio natural en Europa de 1979³⁰; y, Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992³¹

La vieja Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, firmada en Washington, U.S.A., en 1940, está vigente y fue encomiable su aporte inicial a la configuración de los sistemas de áreas naturales protegidas, especialmente los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales, las reservas de regiones vírgenes y los asientos de aves migratorias.

En cuanto a lo que nos concierne, podemos recalcar en su misma denominación el uso de la mención “bellezas escénicas”, que no puede aludir a otra cosa sino a paisaje, rescatando de ese modo el trascendental valor estético intrínseco a la idea misma de paisaje.

Por otro lado, es muy claro su preámbulo al expresar “deseos de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico”. Es muy importante de tener presente que desde 1940, al menos, el derecho positivo, en este documento del “*hard law*” del derecho internacional, ya había previsto el concepto jurídico “paisaje”, aunque circunscrito a lo natural y a lo monumental y excepcional.

Por otro lado, el Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa, firmada en Berna, Suiza, en 1979, comienza por declarar

²⁹ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

³⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A21979A0919%2801%29> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

³¹ <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

en su preámbulo la necesidad de conservar los hábitats naturales de modo de proteger por consecuencia la flora y la fauna silvestres que “constituyen un patrimonio natural de un valor intrínseco, económico, recreativo, cultural, científico y estético”. Se introduce de esa forma el concepto de “hábitat”, no presente pero sí similar en sus objetivos a la anterior convención comentada de 1940, concepto que de suyo alude a la idea de paisaje natural, como nicho ecológico de especies de fauna y flora silvestres.

Finalmente, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en Río de Janeiro, Brasil, en 1992, en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, ya no nos habla de fauna y flora silvestres, sino de diversidad biológica, asignándole valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos, siendo su conservación de interés común de la humanidad. Está clara entonces la idea de patrimonio natural, la cual va entonces de la mano con las alusiones a espacios naturales y a hábitats naturales protegidos de las dos previas convenciones, pero introduciendo la aproximación más científica de conservación “*in situ*”.

Asimismo, se reconoce en esta convención la estrecha relación existente de interdependencia entre la diversidad biológica y comunidades locales y poblaciones indígenas, figurando el indisoluble elemento cultural a través de los sistemas de vida tradicionales, con todo lo cual se dibuja entonces el paisaje; se trae así la conservación a todo lo que se encuentra en el interior del hábitat o área protegida, y a todo cuanto se interrelaciona con él.

También se prevé la promoción de información y educación en su artículo 13.

J. Protocolo de San Salvador de 1988³²

El Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988, es el único tratado internacional que explícitamente reconoce el derecho humano al ambiente. A ese respecto su artículo 11 expresa que: “Toda persona tiene derecho a vivir en medio ambiente sano ... Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

En esta perspectiva entonces orientada desde lo antropocéntrico, pues se privilegia la conservación ambiental como medio para la salvaguarda de las personas y las garantías de su derecho a la calidad de vida en función de estar las personas insertas dentro de un ambiente protegido, resulta evidente que se habla de paisaje.

En otro orden de ideas, este protocolo reconoce el derecho a la educación en su artículo 13, particularmente la educación para la ciudadanía, la educación en derechos humanos; y, en su artículo 14 se reconoce el derecho a los beneficios de la cultura, lo cual incluye: “Participar en la vida cultural y artística de la comunidad”.

Vemos entonces en este protocolo un puente entre lo natural y lo cultural, que nos permite avanzar por esta línea de definición del derecho al paisaje, por lo que ahora revisaremos una serie de documentos del “*soft law*” en los que no solamente están ambos componentes presentes, sino que ya se les permite apreciar como una sola cosa, bajo una aproximación patrimonial que nos conduce al paisaje patrimonial o cultural (pues lo cultural, como se ha dejado perfilar, absorbe lo natural).

³² <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

K. Carta Internacional para la Conservación de Ciudades Históricas de 1987³³

Asistimos de este modo al fenómeno evocado de integración entre lo natural y lo artificial cultural, y quizás no exista un medio más apropiado que el de la ciudad para percatarnos de ello.

En este de ideas, la Carta Internacional para la Conservación de Ciudades Históricas (Carta de Washington) aprobada por el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS) de 1987, que no es el primero ni mucho menos el único de los documentos de su tipo, pero reviste gran significación en pertinencia a nuestro enfoque, representa un extraordinario ejemplo, pues hace alusión explícita a los valores a conservar de carácter histórico, y por tanto patrimoniales, de la población en medios urbanos, y a todos aquellos elementos materiales y también espirituales que determinan su “imagen”.

Efectivamente de lo que estamos hablando aquí es de una imagen que, como bien se ha generalizado en la doctrina especializada, provoca sensaciones visuales, auditivas, olfativas, táctiles, gustativas y/o de otro tipo, que permiten fácilmente apreciar lo que transmite, y percibir el sentimiento de identificación o de diversidad cultural.

La forma urbana, la sucesión entre los diversos espacios urbanos, construcciones, edificios, espacios verdes y libres, la arquitectura y el aspecto de las estructuras, las relaciones entre población o área urbana y su entorno, sea natural o creado por el ser humano, son todos aspectos sobre cuya definición esta Carta insiste en la indefectible participación ciudadana. A su decir, el compromiso de los habitantes es imprescindible y ha de manifestarse en el mecanismo de protección con participación ciudadana que constituyen los planes de ordenamiento territorial y los planes de conservación. Un buen ejemplo de lo que se cataloga como ciudad histórica y en donde se practica este modo de acción viene dado por la ciudad de Toledo, en España.

L. Recomendación sobre el Paisaje Urbano Histórico de la UNESCO de 2011³⁴

En sentido parecido la Recomendación sobre el Paisaje Urbano Histórico de la UNESCO, aprobada en 2011, nos habla de zonas urbanas muy particulares, resultantes de una estratificación histórica de valores y atributos culturales y naturales que trascienden la mera noción de conjunto o centro histórico, para abarcar el contexto urbano general y su entorno geográfico.

Allí se incluyen todos los rasgos definitorios, topografía, geomorfología, hidrología y características naturales; su medio urbanizado, tanto histórico como contemporáneo; sus infraestructuras, tanto superficiales como subterráneas; sus espacios abiertos y jardines, la configuración de los usos del suelo y su organización espacial; las percepciones y relaciones visuales; y todos los demás elementos de la estructura urbana. También incluye los usos y valores sociales y culturales, los procesos económicos y los aspectos inmateriales del patrimonio en su relación con la diversidad y la identidad.

³³ https://www.icomos.org/charters/towns_sp.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

³⁴ http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=48857&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

M. Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad de 2004³⁵

La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad aprobada por el Foro Social de las Américas, Quito, Ecuador, y el Foro Mundial Urbano, Barcelona, España, en 2004, y el Foro Social Mundial, Porto Alegre, Portugal, en 2005, es un documento trascendental, pues el deja claramente vinculados los temas ambientales y culturales, asumiendo además la enorme relevancia del respeto de los derechos humanos en la materia.

Desde tal perspectiva, esta Carta reconoce el derecho humano a la ciudad, estableciendo su artículo 1.1 que:

Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual, así como a preservar la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta Carta.

Y de inmediato el artículo 1.2 presenta el siguiente desarrollo inspirado por los principios de progresividad y de interdependencia de los derechos humanos, en provecho de la calidad de vida y la libre determinación de los pueblos:

El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos... el Derecho a la Ciudad incluye también el derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la participación en la planificación y gestión urbana y a la herencia histórica y cultural.

Para lograr todos estos objetivos de protección, conservación y disfrute sustentable del patrimonio natural y del patrimonio cultural y paisajístico de la ciudad y su entorno, es fundamental, y así lo deja ver la Carta, contar con el acceso a la información, la libertad asociativa, la participación ciudadana y el acceso a la justicia para la defensa de intereses individuales, colectivos y difusos, incluyendo medios alternativos eficaces de solución de conflictos, lo cual ha de lograrse por la implementación de programas de educación para la ciudadanía, educación ambiental, educación patrimonial y educación en derechos humanos, que aseguren una gestión democrática de la ciudad.

N. Agenda 2030 de 2015³⁶

Es pues primordial el rol que juega la ciudad en el contexto del aseguramiento del goce efectivo del derecho humano a la calidad de vida, lo cual explica que la Organización de Naciones Unidas la haya expresamente designado en su fundamental Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible de 2015, contentiva de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (O.D.S.), cuyo número 11 se concentra precisamente en

³⁵ https://www.ugr.es/~revpaz/documentacion/rpc_n5_2012_doc1.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

³⁶ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

la imperiosa necesidad de lograr ciudades y comunidades sostenibles. Se persigue de ese modo que los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

O. Convenio Europeo del Paisaje de 2000³⁷

De extraordinaria importancia aparece el Convenio Europeo del Paisaje, suscrito en el marco del Consejo de Europa en Florencia, Italia, en octubre de 2000, por ser un instrumento del “*hard law*” especialmente consagrado al paisaje, en cuyo preámbulo se reconoce el carácter de bien común incluso transfronterizo del paisaje, de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social, al contribuir con el bienestar de los seres humanos, para luego definirlo en su artículo 1.a como: “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”.

A continuación seguida, los puntos d, e y f se consagran a delimitar medidas fundamentales en el ámbito de la protección de los paisajes, como aquellas “acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o la acción del hombre”; de la gestión de los paisajes, como las “acciones encaminadas, desde una perspectiva de desarrollo sostenible, a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, con el fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los procesos sociales, económicos y medioambientales”; y de la ordenación paisajística, como “las acciones que presenten un carácter prospectivo particularmente acentuado con vistas a mejorar, restaurar o crear paisajes”.

Por otra parte, si bien no alude explícitamente a un derecho al paisaje, tal como lo hemos venido mostrando, se prevén los derechos humanos instrumentales o procedurales que le sirven de garantía por interdependencia, como lo es el derecho a la participación ciudadana, dentro de las medidas generales del artículo 5, que en conjunto con las medidas específicas del artículo 6, tendentes a la sensibilización y a los programas de formación y educación, en interdependencia con el derecho humano a la información, que permitan a las personas actuar en los procedimientos tendentes a la identificación y calificación de los paisajes, dentro de los cuales destaca la técnica de “cartas de paisaje”.

P. Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje³⁸

El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó en febrero de 2008 la Recomendación CM/Rec(2008)3 sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje, contentiva de una serie de notas interpretativas importantes acerca de lo que se ha de entender por paisaje.

En efecto, partiendo en su preámbulo de la idea central según la cual, como lo hemos dejado establecido, “el paisaje es una parte importante de la calidad de vida de la población para todos y en todas partes: en el medio urbano y en el medio rural, en áreas tanto degradadas como de gran calidad, en los espacios reconocidos como sobresalientes y en los cotidianos”, siendo menester como lo destaca y lo desarrolla

³⁷ <https://rm.coe.int/16802f3fbd> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

³⁸ <http://movil.asturias.es/medioambiente/articulos/ficheros/Recomendaciones%20para%20la%20aplicaci%C3%B3n%20del%20Convenio%20Europeo.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

pormenorizadamente garantizar el goce efectivo y pleno de los derechos humanos a la información, a la educación entonces para la ciudadanía, patrimonial y ambiental y a la participación ciudadana, nos trae el alcance interpretativo siguiente acerca del entendimiento de la definición de paisaje presente en el Convenio Europeo del Paisaje.

Así, la Recomendación indica que:

El concepto de paisaje tal como está enunciado en el Convenio es diferente de aquel que puede ser formulado en ciertos documentos y que ven en el paisaje un “bien” (concepción patrimonial del paisaje) y lo valora (como paisaje “cultural”, “natural”, etc.) considerándolo como una parte del espacio físico. Este nuevo concepto expresa, por el contrario, el deseo de afrontar, de manera global y frontal, la cuestión de la calidad de los lugares donde vive la población, reconocida como condición esencial para el bienestar individual y social (entendido en el sentido físico, fisiológico, psicológico e intelectual), para un desarrollo sostenible y como recurso que favorece la actividad económica.

La atención se dirige al conjunto del territorio, sin distinción entre partes urbanas, periurbanas, rurales y naturales; ni entre partes que pueden ser consideradas como excepcionales, cotidianas o degradadas; no se limita a los elementos culturales, artificiales o naturales: el paisaje forma un todo, cuyos componentes son considerados simultáneamente en sus interrelaciones.

El concepto de desarrollo sostenible es concebido integrando completamente las dimensiones ambiental, cultural, social y económica de una manera global e integrada, es decir, aplicándolas a todo el territorio.

La percepción sensorial (visual, auditiva, olfativa, táctil y gustativa) y emocional que tiene una población de su entorno y el reconocimiento de sus diversidades y especificidades históricas y culturales son esenciales para el respeto y la salvaguarda de la identidad de la propia población y para su enriquecimiento individual y social. Ello implica un reconocimiento de los derechos y deberes de la población para jugar un papel activo en los procesos de adquisición de conocimiento, de decisión y gestión de la calidad de los lugares. La implicación de la población en las decisiones de intervención y en su puesta en práctica y su gestión en el tiempo es considerada no como un acto formal, sino como parte integral de los procesos de gestión, protección y ordenación.

Q. Declaración de Florencia sobre el Paisaje de 2012³⁹

En este importante documento como lo es la Declaración de Florencia sobre el Paisaje, aprobada en septiembre de 2012, intervinieron una serie de entidades de primer orden en nuestra temática como lo son, organizaciones internacionales gubernamentales como la UNESCO, la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (UNCCD), el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) y el Centro Internacional de Qanats y Estructuras Hidráulicas Históricas (ICQHS), y organizaciones internacionales no gubernamentales como el ICOMOS, la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA), el *International Traditional Knowledge Institute* (ITKI), el *Institut de Presse et des Sciences de l'Information* (IPSI), *Environmental Health Perspectives* (EHP) y muchas otras de carácter académico.

Pues bien, además de insistir en los diversos aspectos de que tratan esencialmente estos documentos bajo análisis, notablemente los referidos a los derechos a la infor-

³⁹ https://laliniciativablog.files.wordpress.com/2012/11/declaracion-de-florencia-sobre-el-paisaje-2012_esp.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

mación, a la educación y a la participación, ciudadana, es de trascendencia destacar que explícitamente reconoce el derecho en estudio, al expresar que: “El paisaje es un bien común y el derecho al paisaje es una necesidad humana”.

R. Carta Iberoamericana del Paisaje Cultural de 2012⁴⁰

El II Encuentro de Paisajes Culturales en Cartagena de Indias, Colombia, en noviembre de 2012, preparo y aprobó la Carta Iberoamericana del Paisaje, con fundamento en la importancia del paisaje en cuanto al desarrollo sostenible, a la calidad de vida y a la identidad cultural.

En este orden de ideas, el documento entiende el paisaje como el resultado de la interacción del ser humano sobre el medio natural, las huellas del ser humano sobre el territorio, cuya acción es percibida y valorada, siendo el soporte de la memoria e identidad de una comunidad. Así, como lo hemos observado antes, resulta trascendental la percepción y la valoración subjetiva dentro del sentir de la persona, quien en definitiva es su doliente o su beneficiario.

S. Carta de Puebla sobre la Protección de los Paisajes Patrimoniales de 2014⁴¹

Un grupo de profesionales comprometidos con la revalorización, conservación y gestión sostenible del paisaje, reunido en la Primera Jornada de Paisajes Patrimoniales, Investigación y Gestión en el Siglo XXI, en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, suscribió la Carta de Puebla sobre la Protección de los Paisajes Patrimoniales de marzo de 2014, aprobada en Puebla, México, la cual comienza por traer su propia definición de paisaje, incorporando los elementos que conocemos y que lo caracterizan:

El paisaje patrimonial se define como el rostro, el carácter y el espíritu de un territorio con valor histórico-cultural, conformado por una serie de bienes generados por la relación cultura-naturaleza, es decir, del ser humano con su entorno, dentro de un proceso histórico y ecológico de alto impacto. Sea urbano, rural, industrial, arqueológico, religioso o artístico, el Paisaje Patrimonial constituye una unidad productora de identidades individuales y colectivas capaz de generar sentimientos, emociones, valores y significados en un universo de interpretaciones sobre el pasado y el presente.

Por otra parte, este documento declara que la conservación, la protección legal y la preservación del paisaje es un derecho colectivo que incide en el desarrollo cultural y sostenible de la sociedad. Y recomienda que el derecho humano a la protección del paisaje patrimonial sea objeto de tratamiento legislativo con criterio de sostenibilidad, insistiendo en la participación ciudadana.

T. Carta del Paisaje de las Américas de 2018⁴²

Originalmente conocida como Carta Latinoamericana del Paisaje, esta contribución, obra de la Iniciativa Latinoamericana del Paisaje (LALI), de 2018, paso a denominarse Carta del Paisaje de las Américas, y esta suscrita por federación In-

⁴⁰ <https://laliniciativablog.files.wordpress.com/2013/04/carta-iberoamericana-del-paisaje-cultural.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁴¹ http://www.todopatrimonio.com/pdf/carta_Puebla-paisajes.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁴² https://www.ufpe.br/documents/39726/0/08.Carta+de+las+Américas_final_12.pdf/1c7926b7-4667-4bee-ae7b-fce008af9f9b (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

ternacional de Arquitectos Paisajistas (IFLA-Américas) y una serie de prestigiosas instituciones más.

Los principios que le sirven de fundamento son los siguientes: Incorporar todo lo vivo; recuperar la cosmovisión y la visión de la sacralidad; contemplar las singularidades del palimpsesto del territorio en escalas de espacio y de tiempo con el fin de reducir las desigualdades sociales y para mantener la identidad de las Américas, expresada en tres momentos distintos (el palimpsesto de los pueblos originarios, el palimpsesto resultante de la mezcla entre colonizados y colonizadores y el palimpsesto de la contemporaneidad); retomar la ética comprendida en su relación con la estética, como condición íntimamente asociada a la ética ambiental cuando se propone rescatar el vínculo ancestral, entre el hombre y la naturaleza; y, (re) descubrir las raíces de la americanidad como condición de futuro.

Este último principio nos resulta de gran pertinencia, pues reconoce expresamente el derecho humano al paisaje al expresar:

La condición de futuro está asociada al respeto a la naturaleza, a la cultura, a los valores históricos y sociales, a las singularidades de la diversidad y al derecho al paisaje como un bien común y patrimonio colectivo, que también incorpora el derecho a la felicidad para todo.

Y trae su definición de paisaje:

porción del territorio aprehendido por la experiencia sensible e inteligible de la percepción, individual y colectiva del ser humano que se revela como un *unicum* y *continuum* de sistemas vivos, naturales y culturales, como una totalidad sintética e interdependiente, en el espacio y en el tiempo.

U. Proyecto de Convenio Latinoamericano del Paisaje de LALI de 2016⁴³

En el seno de la Iniciativa Latinoamericana del Paisaje (LALI) y dentro de ella con el empuje entusiasta de la Red Argentina del Paisaje (RAP), se preparó en 2016 el proyecto de Convenio Latinoamericano del Paisaje, en cuya exposición de motivos se parte del reconocimiento expreso del derecho humano al paisaje y se lee que:

El Derecho al Paisaje es un conjunto de derechos y obligaciones de carácter ambiental, social, económico, colectivo y fundamental para el buen vivir de los hombres. La solidaridad y responsabilidad que demuestre Latinoamérica en el cuidado de sus paisajes, desde un manejo participativo que vincula a los sujetos con su territorio, al Estado y al sector privado, fortalecerá su presencia en el mundo”.

Posteriormente, en su artículo 2.1 define el paisaje: “es el espacio-tiempo resultado de factores naturales y humanos, tangibles e intangibles que al ser percibido y modelado por la sociedad refleja la diversidad de las culturas”.

Finalmente, su artículo 4, relativo a las medidas protectoras, dispone que la adopción de tales medidas sobre el paisaje tiene como fin

preservar el derecho de la sociedad a vivir en un entorno culturalmente significativo, con acceso y disfrute del mismo, favoreciendo su evolución armónica de acuerdo al concepto de utilización y ordenamiento racional y responsable del territorio y sus recursos, la funcionalidad de los ecosistemas y el desarrollo urbanístico sostenible. La educación, la información y la participación sobre el paisaje serán prioritarios para el logro de los objetivos del presente Convenio Marco.

⁴³ <https://www.redargentinelpaisaje.com/index.php?b=w> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

Están pues presentes todos los elementos centrales constitutivos del derecho humano al paisaje, según hemos venido desarrollando.

V. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*

El derecho constitucional ha dejado de ser simplemente la rama rectora del derecho interno de los Estados, organizativa de los poderes públicos y aseguradora de la libertad de las personas frente a las manifestaciones de ese poder público, por medio de la previsión e implementación de principios centrales como lo son el principio democrático, el principio de separación de poderes y de colaboración de poderes, el principio de legalidad, la noción de Estado de Derecho, el principio de supremacía de la Constitución y el principio de preeminencia de los derechos humanos, para trascender las fronteras estatales y erigirse en una suerte de *ius gentium* fundamental de vocación garantista de la libertad.

Este extraordinario fenómeno, en el contexto latinoamericano, ha venido siendo bautizado por la doctrina constitucionalista bajo el calificativo de *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, o también la interamericanización del derecho constitucional, lo cual es observable fácilmente mediante las técnicas del derecho constitucional comparado y del derecho constitucional general, que nos permiten encontrar en cada uno de los derechos constitucionales particulares de la región, todos y cada uno de los principios centrales citados, como también otros principios garantistas como el principio *pro homine*, el principio del *favor libertatis*, el principio *in dubio pro libertas*, el principio *in dubio pro natura*, el principio de dignidad humana, el principio de desarrollo sustentable o sostenible, la cláusula del *numerus apertus* en derechos humanos y, sin perjuicio de cualquier otro de semejante importancia, en específico los derechos humanos que hemos calificado como derechos instrumentales o procedurales, tales como el derecho a la educación para la ciudadanía, el derecho de acceso a la información, el derecho a la participación ciudadana, la libertad asociativa, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de intereses individuales, colectivos y difusos, aunados al principio *pro actione* y al debido proceso, incluso a través de acciones judiciales extraordinarias para la defensa de los derechos humanos, como las de amparo y las de tutela.

Y del mismo modo, el reconocimiento de los derechos humanos interdependientes a la calidad de vida, a la salud, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al patrimonio cultural y a la cultura en general, y emergiendo en su progresiva aparición, el derecho al paisaje.

De este modo, la relevancia de este punto estriba en que si en algún país el derecho al paisaje o alguno de sus derechos humanos interdependientes no se encontrase explícitamente reconocido, el intérprete, abogado litigante o juez, siempre podrá invocar el *ius constitutionale commune* para asumir entonces que el derecho en cuestión, en este caso el derecho humano al paisaje, se encuentra también protegido por ser un principio interamericano que trasciende la mera letra de las constituciones y leyes internas.

Cabe destacar el rol de primer orden que desempeña, por una parte, la jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la hora de “descubrir” esos principios vinculantes que trascienden las fronteras, al ejercer el control de convencionalidad, y por la otra, lo que se ha dado en llamar “diálogo jurisprudencial”, fuente de derecho tremendamente enriquecedora, que se plantea entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las altas o supremas cortes de justicia y los tribunales constitucionales de toda América, y entre las unas y los otros. De esta forma, por ejemplo, una sentencia que sea dictada sobre el daño al paisaje,

que de suyo lo evidencia como un bien o valor jurídicamente tutelado, servirá de modelo argumentativo para que su jurisprudencia sea aplicada también por los tribunales y cortes de otros países. Y esto no en función de un determinado dispositivo constitucional o legal, que obviamente no sería jurídicamente aplicable en otro país, sino en virtud de tratarse de un principio del *ius constitutionale commune*, reforzado ello por la inherencia de los principios de progresividad y de interdependencia de los derechos humanos y la obligación de decidir conforme a los principios jurídicos más promotores de la libertad, en atención también al derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad. En consecuencia, en un país cuyo ordenamiento jurídico positivo no reconozca en forma explícita el derecho humano al paisaje, sus cortes y tribunales podrán en diálogo jurisprudencial y/o invocando el *ius constitutionale commune*, acordar protección al paisaje, como derecho humano y como bien o valor común jurídicamente tutelado.

Valga acotar que si se extiende el análisis a los ordenamientos jurídicos de España y Portugal, bajo la misma línea habría que concluir incluso en la iberoamericanización del derecho constitucional, por lo que respecta a las partes principistas y dogmáticas de los textos fundamentales, lo cual podría incluso abrir una puerta más amplia, que en diálogo jurisprudencial con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y las altas y supremas cortes de justicia y tribunales constitucionales europeos, nos lleve a visualizar una euroamericanización de los principios garantistas. Y no decimos de los derechos humanos, pues como sabemos y hemos dejado establecido, ese es el dominio de la universalización, pues lo que cuenta es la dignidad y la calidad de vida de la persona, más allá de la diversidad cultural.

Hagamos ahora un brevísimo paseo por el derecho comparado.

X. Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje de Cataluña, España⁴⁴

Un muy buen ejemplo de ley interna en la materia, que ha servido de modelo a muchos países en América Latina, viene siendo la Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje de Cataluña, España, la cual comienza, acorde con el Convenio Europeo del Paisaje, afirmando que el paisaje es “un elemento esencial para el bienestar individual y social, cuya protección, gestión y planeamiento comportan derechos y deberes para todos”.

A continuación, el artículo 3 define el paisaje como “cualquier parte del territorio, tal y como la colectividad la percibe, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales o humanos y de sus interrelaciones”, no sin antes haber indicado el objeto de la ley en su artículo 1, aludiendo al “reconocimiento, protección, gestión y ordenación del paisaje, a fin de preservar sus valores naturales, patrimoniales, culturales, sociales y económicos en un marco de desarrollo sostenible”, e incluido dentro de los principios del artículo 2 los conceptos de utilización racional y desarrollo sostenible, la formación en materia de paisaje, la participación ciudadana (particularmente en cuanto concierne a los instrumentos de protección: catálogos y directrices del paisaje, y las cartas del paisaje como medios de concertación y sensibilización) y, de manera crucial, “Preservar, con la adopción de medidas protectoras del paisaje, el derecho de los ciudadanos a vivir en un entorno culturalmente significativo”.

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-11753-consolidado.pdf> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

Y. Proyecto de Ley Nacional del Paisaje de Argentina⁴⁵

Un instrumento que será sin duda de gran utilidad en nuestro tema, una vez que sea aprobado, pero que desde ya es fuente de motivación, viene dado por el Proyecto de Ley Nacional del Paisaje de Argentina, presentado a la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2019, por la Red Argentina del Paisaje (RAP), el cual define al paisaje en su artículo 1 como “el espacio territorial, vital, percibido en forma colectiva o individual por su población, donde la sociedad actúa en él, con connotaciones sociales, culturales, económicas, históricas y políticas”.

Es muy interesante resaltar el reconocimiento explícito (no presente en su Constitución) en su artículo 4 y dentro de los objetivos de la ley, del derecho humano al paisaje, al hacer referencia en interdependencia con el derecho a la educación para la ciudadanía, de la necesidad de “promover la inclusión, dentro de los sistemas educativos formales e informales, del ejercicio al derecho al paisaje como forma de participación ciudadana”, y “establecer un sistema de información sobre paisajes y su libre acceso de la población a los mismos”.

Conviene igualmente referir la previsión de mecanismos de protección como los catálogos, las directrices y las cartas de paisaje, y la novedosa figura del estudio de impacto e integración paisajística, que se suma al estudio de impacto ambiental.

III. EN DEFINITIVA, ¿QUÉ ES EL PAISAJE? ¿CÓMO PROTEGERLO SIN SABER LO QUE ES?

Algunos dicen que el paisaje, como otros conceptos jurídicos indeterminados, donde entraría por ejemplo el bien común, la calidad de vida, el interés general, el medio, el entorno, el ambiente, el patrimonio, la cultura, etc., es aquella “cosa” que todos sabemos lo que es, pero no sabemos o no podemos definir de una manera que nos convenza o satisfaga a todos. Que no hay un concepto universalmente válido, y que ha de ser precisado casuísticamente, con la ayuda, a disposición del juez y todo intérprete posible, de ideas provenientes de diversos campos, como la sociología, la antropología, la psicología, el derecho, la geografía, la arquitectura, las artes, la biología, y tantas otras ciencias aproximativas.

Digamos sintéticamente, partiendo de tantas definiciones encontradas en los textos revisados, que el paisaje es cuánto rodea a la persona, como observadora y beneficiaria de ese entorno, con el cual interactúa generando un sentimiento de identidad o una respetuosa apreciación de diversidad cultural.

Es pues menester tener presente tres elementos: el territorio, entendido como todo cuanto existe en ese entorno que rodea a la persona (incluidos todos los seres vivos y las otras personas); el ojo (a veces también el oído, la nariz, el tacto y el paladar); y, el corazón, es decir las emociones, afectos y sentimientos que se generan en su espíritu con ocasión al contacto sensorial, donde en una persona sensibilizada cabría la identificación a lo propio o el respeto a la diversidad cultural.

Como vemos se encuentra presente lo antrópico, lo patrimonial, lo cultural, lo natural, es decir lo ambiental, lo valorativo, que es lo psicoemocional, lo cual resulta crucial para la percepción que la persona tenga sobre su sentir para la calidad de vida.

⁴⁵ https://www.redargentinadelpaisaje.com/fotos/ley_paisaje06.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

Podemos entonces afirmar, ensayando la objetivación más allá del subjetivismo o idealismo hegeliano, que el paisaje es una “idea”, una apreciación muy personal del entorno, con obvias repercusiones en el plano colectivo o de la comunidad.

En consecuencia, paisaje sería un espacio territorial que, dada la generación de bienestar por su contemplación y en su interacción ameritaría ser resguardado, protegido, conservado, gestionado de manera racional y sustentable, en beneficio de la comunidad y los individuos que la conforman. Eso es lo saludable, y lo que genera calidad de vida.

Pero hay otros espacios territoriales que se aprecian como inhóspitos, agresivos, destruidos, contaminados, deteriorados, etc., y cuya simple contemplación y en su interacción deprimen, estresan, enferman, causan molestias, angustias, etc. Eso sería lo patológico. Para algunos estos últimos espacios no podrían ser calificados como paisajes, sino más bien a lo sumo como espacios o lugares afectados. Pero para otros, lo correcto sería llamarles paisajes degradados que bien podrían ser recuperados o restablecidos al estado anterior a la ejecución de la actividad que los perjudicó. Dentro de esto último, pero no exclusivamente, entraría la idea presente en algunos de los documentos revisados, de “creación” de paisajes.

Sin duda, el paisaje es un indicador del estado de la relación ser humano-naturaleza.

Así, asumiendo las perspectivas anteriores, tenemos claro que el paisaje es un bien o valor jurídico tutelado de carácter común o colectivo, inapropiable no obstante que partes del mismo puedan estar sujetos a algún régimen de propiedad privada o pública, limitado en función del aseguramiento del valor paisajista del conjunto. Esto es lo que algunos califican como el carácter intangible del paisaje.

Es pues un bien común, una *res communis omnium*, que requiere de políticas de policía administrativa, y de acciones judiciales en tutela de intereses individuales, difusos y colectivos, para su salvaguarda, sin olvidar, sino más bien remarcando y reconociendo su condición de derecho humano autónomo e interdependiente de otros como el derecho al ambiente y el derecho al patrimonio cultural, garantizado por los derechos procedurales o instrumentales a la educación para la ciudadanía, a la educación en derechos humanos, a la educación ambiental, a la educación patrimonial, a la información, a la participación ciudadana y al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Grafiquemos afirmando que el derecho al paisaje es un puente hacia la dignidad humana, al unir las riberas de los derechos al ambiente, al patrimonio cultural, a la ciudad, a la salud, a la calidad de vida, a la democracia, a la educación para la ciudadanía, a la información, a la participación ciudadana y al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en interdependencia y progresividad.

Por tanto, el Estado debe proteger, conservar, rehabilitar, gestionar de forma racional y sustentable y transmitir a las generaciones futuras la naturaleza y la cultura, el ambiente o patrimonio natural y el patrimonio cultural, la ciudad y, en definitiva, el paisaje, sea este de valor excepcional, universal, nacional, regional o local, o nada excepcional, sino cotidiano y tradicional, pero bien querido y estimado por una comunidad como paisaje.

IV. LOS EJES TRANSVERSALES

Como ejes transversales, por ser herramientas necesarias para propiciar el goce efectivo en conjunto de estos derechos humanos interdependientes al ambiente, al

patrimonio, a la ciudad y al paisaje, se presentan a continuación tres tratados internacionales de trascendencia en la materia.

1. Convenio Marco Europeo sobre Cooperación Transfronteriza entre Comunidades o Autoridades Territoriales de 1980⁴⁶

Los paisajes son bienes comunes, ya lo hemos dicho, por lo que en las regiones transfronterizas, en donde las delimitaciones geopolíticas territoriales no tienen incidencia alguna ni en lo ambiental, ni en lo paisajístico y muchas veces tampoco en lo cultural, donde subsiste ese fenómeno evocado de *unicum* y *continuum*, característico del paisaje, se hace menester abordar políticas de cooperación internacional inmediata a fin de lograr esa deseada gestión racional y sustentable de ese bien común, dentro de las cuales se debe propiciar igualmente el acceso a la información y a los mecanismos de participación ciudadana y de tutela judicial efectiva por igual, a los habitantes de un lado y otro de la frontera, conforme por lo demás con los principios de igualdad de acceso y no discriminación.

En este orden de ideas no solamente evocamos el principio de cooperación internacional tal como está originalmente previsto en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970, contentiva de la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁴⁷, donde ya se alude a la cultura y a los derechos humanos, según la cual “Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias”, y en particular “deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos, y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades” y “deben cooperar en las esferas económica, social y cultural, así como en la esfera de la ciencia y la tecnología, y promover el progreso de la cultura y la enseñanza en el mundo”.

Sino que igualmente recordamos que las comentadas Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo prevén la cooperación internacional para la protección del ambiente, así como lo hace la Convención sobre Patrimonio Mundial Cultural y Natural y tantos otros textos en cuanto al patrimonio natural, al patrimonio cultural y al paisaje. Y que al efecto de todo esto se ha instituido la enriquecedora práctica generalizada entre Estados, centros académicos y organizaciones no gubernamentales, denominada de diplomacia cultural.

⁴⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-24961> (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁴⁷ [https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/#:~:text=\(1948%2D2020\)-,RESOLUCI%C3%93N%202625%20\(XXV\)%20de%201a%20Asamblea%20General%20de%20Naciones%20Unidas,CARTA%20DE%20LAS%20NACIONES%20UNIDAS](https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/#:~:text=(1948%2D2020)-,RESOLUCI%C3%93N%202625%20(XXV)%20de%201a%20Asamblea%20General%20de%20Naciones%20Unidas,CARTA%20DE%20LAS%20NACIONES%20UNIDAS) (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

2. Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente de 1998⁴⁸ y Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de América Latina y el Caribe de 2018⁴⁹

Con este Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, conocido como Convenio de Aarhus, suscrito en esa localidad de Dinamarca en junio de 1998, de vocación universal pero hasta ahora ratificado por estados europeos, y con este Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de América Latina y el Caribe, denominado Acuerdo de Escazú, suscrito en esa localidad de Costa Rica, en septiembre de 2018 y recientemente entrado en vigencia, de evidente vocación regional latinoamericana y caribeña, se pretende, según el primero,

proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, ... (garantizando) el pleno ejercicio de los derechos de acceso a la información sobre el ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia”, y acorde con el segundo, “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Tal como hemos evidenciado el tema paisajístico está implícito en la consideración ambiental o, si se prefiere, lo ambiental o natural y lo patrimonial o cultural se suman e interactúan para generar el paisaje. En todo caso, por razones de interdependencia entre los derechos humanos al ambiente, al patrimonio cultural y al paisaje, es obvio que la gestión racional y sustentable del paisaje pasa entonces por el pleno ejercicio y goce efectivo por las personas y las comunidades, de sus derechos a la educación para la ciudadanía, a la educación en derechos humanos, a la educación ambiental, a la educación patrimonial, a la información, a la participación ciudadana y al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, tanto en lo interno como a nivel transfronterizo.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, el paisaje, bien o valor común jurídicamente tutelado, comprensivo de lo ambiental o natural (patrimonio natural), y de lo cultural (patrimonio cultural), desde lo universal y excepcional hasta lo local y cotidiano o tradicional, requiere de la implementación de políticas públicas de definición, valoración y ordenación territorial, con indispensable consulta pública y participación ciudadana, mediando la sensibilización y la educación para la ciudadanía y en derechos humanos, especialmente en lo ambiental y patrimonial, y de la efectiva disposición de acciones judiciales en manos de las personas real o potencialmente afectadas en su calidad de vida.

⁴⁸ https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

⁴⁹ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf (consultado en fecha 12 de noviembre de 2020).

El paisaje reviste la condición de derecho humano, en interdependencia con los derechos humanos al ambiente, al patrimonio de la humanidad, a la cultura, a la salud, a la ciudad y a la calidad de vida, acorde con el principio de progresividad y en provecho de las presentes y futuras generaciones.

Terminemos reconociendo la vida académica provechosa de Pedro Nikken, especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y muy particularmente del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cuya obra es prolija y ampliamente conocida. Solo reste decir, en lo personal, que cuando era decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en 1978, habiéndoseme vencido el lapso de inscripciones y viniendo yo de la Escuela de Educación, facilitó mi inscripción e inmediata incorporación a clases en la Escuela de Derecho, mediando mi compromiso se acometer con seriedad mi carrera de abogado. 42 años después de aquello puedo decir con satisfacción que cumplí. Gracias Pedro por haber confiado en mi palabra.

AMBIENTE Y DEMOCRACIA: EL BINOMIO CIUDADANO-PODER JUDICIAL COMO ACTORES NECESARIOS PARA LA EFECTIVA DEFENSA AMBIENTAL

Javier Elechiguerra Naranjo*

SUMARIO

I. Introducción al tema: necesidad de proteger el ambiente. 1. Comportamiento de los Estados. 2. Posición del ser humano como miembro de un colectivo social. II. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente (“Conferencia de Estocolmo”): ¿esperanza frustrada? III. El ártico y la amazonia: comportamiento de dos continentes frente a territorios de igual importancia para el ambiente en el planeta. 1. El Ártico (compuesto por ocho Estados: Canadá, Dinamarca, EE.UU., Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Rusia). A. La situación ambiental del Ártico. B. La situación institucional del Ártico. 2. La Amazonía (compuesta por otros nueve Estados: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Francia (porque la Guayana Francesa es territorio de ultramar), Guyana, Perú, Surinam, y Venezuela) Veamos qué ocurre en la Amazonía. A. La situación ambiental de la Amazonía. B. La situación institucional en La Amazonía. IV. El ambiente como bien jurídicamente tutelado en materia internacional penal: el ecocidio. 1. La Posición del Papa Francisco. 2. La solicitud que realizó un grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados de España. V. Estado de derecho ambiental: democracia y ciudadano. 1. La Democracia como condición necesaria para el ejercicio ciudadano de la defensa ambiental. 2. Importancia de los sistemas regionales de Derechos Humanos para el ejercicio ciudadano de la defensa ambiental. A. Área de educación ambiental. B. Área de exigencias institucionales. C. Área de información, comunicación y de relaciones con ONG’s nacionales e internacionales. D. El área jurídica. 3. La Ciudadanía activa y el Sistema de Justicia: Binomio necesario en la búsqueda del pleno Estado de Derecho Ambiental. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA: NECESIDAD DE PROTEGER EL AMBIENTE

El ambiente tiene que ser protegido para garantizar una mejor calidad en el planeta no solo para las generaciones presentes, sino que existe un compromiso mayor como es el dejar como legado un ambiente mejor que el recibido de las generaciones anteriores, en la búsqueda de una mayor calidad de vida para sus habitantes.

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en las asignaturas: Derecho Procesal Penal, Derechos Humanos, y Derecho Constitucional.

El anterior párrafo perfectamente podría ser suprimido visto lo obvio de su contenido. Pero he aquí la primera observación: Si es tan obvio, ¿cuál es el origen del comportamiento del ser humano con el ambiente? ¿Por qué el humano asume la conducta actual? ¿Es un suicida en potencia? Qué responderíamos a un niño o niña de tres años que nos preguntase: ¿Podemos vivir sin agua? ¿Podemos vivir sin petróleo? ¿Podemos vivir sin aire? Y luego de haberle respondido esas preguntas, tratar de explicarle que formamos una clase privilegiada dentro del reino animal, fundamentalmente porque “pensamos y razonamos” y eso convierte al ser humano, al compararlo con las otras especies animales, en el miembro de una especie única y exclusiva que tiene a su favor frente a ellas, la capacidad de decidir; continuar explicándole que efectivamente “el hombre y la mosca de la fruta comparten alrededor de un 50% de secuencias comunes de ADN y la comparación con otras especies animales está demostrando valores más o menos semejantes, dependiendo de la distancia evolutiva existente, todo lo que no hace más que redundar en la necesaria conservación de los genes de funciones esenciales en los distintos linajes evolutivos y en el origen monofilético de todos los seres vivos. Pero por encima de los componentes moleculares, la estructura del ADN y los genes estructurales y su funcionamiento, se evidencia en el hombre una diferencia sustancial más importante, que es la de la existencia de su sentido trascendente de la existencia y de autoconciencia, del que dimanen la libertad, la voluntad y el modo *ético* de afrontar cada decisión en la vida. Esta es la principal diferencia entre el hombre y el resto de los animales. Una diferencia que puede explicarse cuando en la dirección evolutiva hacia el hombre, *éste* adquiere una capacidad de sentirse un ser distinto y *único* en la naturaleza en relación con un Creador”¹.

Y de ser cierto todo lo anterior, continúan las preguntas: Pero, en el reino animal, ¿existirá alguna especie que mate simplemente por matar? ¿O solo matan por hambre?

Desde hace ya mucho tiempo la ciencia ha establecido que la cadena de vida en la naturaleza está caracterizada por el equilibrio ecológico, que, al ser roto, en algunos casos acarrea consecuencias nefastas para muchas especies llegando inclusive a amenazarlas de extinción. De tal forma que es perfectamente lógico concluir que la relación ambiente-vida es una relación indisoluble, inescindible. Pensamos que no sería exagerado afirmar que, con respecto a este punto en concreto, existe prácticamente unanimidad en el planeta. Simplemente es una cuestión de sentido común. Y entonces: ¿Qué puede explicar que la comunidad internacional no haya cumplido con esas expectativas? ¿Por qué existe tanta duda, tanta pendulación en la materia ambiental?

Tal y como está la situación en materia ambiental en todo el planeta, parece un verdadero “sin sentido” el comportamiento que asume el humano en esta materia. Pero cuando afirmamos “el ser humano”, ¿a qué nos estamos refiriendo? 1. ¿Al comportamiento de los Estados, las Naciones, los gobiernos, la comunidad internacional? 2. ¿A la posición del ser humano como individuo, como miembro de un colectivo social? Este es un aspecto que permitirá tratar lo relacionado con la participación, como derecho humano que es, en la materia ambiental.

1. Comportamiento de los Estados

Lo consideramos en dos sentidos: primero en el orden interno y luego en el contexto mundial, como miembro de la comunidad internacional.

¹ Jouve, Nicolas, “De la materia inorgánica a la vida, de la vida a la vida humana”, en Ciclo de conferencias “Biotecnología y bioética”, Madrid, 2007, pp. 4-5. Disponible en: http://www3.uah.es/benito_fraile/ponencias/materia-vidahumana.pdf, consultado en fecha 19 de noviembre de 2020.

Vemos así, como en el orden interno muchos gobiernos de algunos Estados apelan al concepto de “soberanía” a manera de escudo protector para tratar de justificar el comportamiento dañino que ese Estado desarrolla en materia ambiental dentro de su territorio cada vez que la comunidad internacional formula algún reclamo al respecto, todo ello en nombre del “*sagrado*” principio de la autodeterminación de los pueblos”.

La explotación del ambiente termina siendo un tema tan seductor y atractivo que poco importa la posición política o ideológica de gobiernos con conceptos políticos enfrentados; ellos terminan comportándose de igual manera: La explotación irrefrenable e insaciable del ambiente, casi siempre bajo el argumento de la obtención de recursos a través de actividades extractivas para mejorar la situación de los habitantes del país del que se trate. En otras palabras, el criterio económico prela por encima de cualquier otro interés.

2. Posición del ser humano como miembro de un colectivo social

Frente a la posición que toma el gobierno de cada país, tanto a nivel interno como en el campo internacional, nos encontramos con el ciudadano común y corriente, con la persona habitante de cada uno de esos países que ve con profunda decepción –y por qué no decirlo– con una rabia contenida, cómo diariamente el aire que respira, el agua que consume, todo el entorno ambiental en el cual se desarrolla su hábitat es agredido en forma permanente, en muchísimos casos por grandes intereses representados por las empresas multinacionales que deterioran el ambiente y que no lo hacen en forma secreta o subrepticia, en forma clandestina, sino amparados por permisos y autorizaciones otorgados por los gobiernos del país respectivo. Y ese ciudadano, esa persona, es quien se pregunta: ¿Y yo, simplemente debo ser un simple observador que ve a diario como se deteriora y se daña el ambiente en el cual se desenvuelve mi vida sin poder hacer nada que lo impida? ¿Será que no existe forma ni manera como proteger el ambiente para que mis hijos y nietos puedan disfrutar de una vida en armonía con la naturaleza? ¿Acaso es justo sentarme a esperar que sean las instituciones del propio Estado que autoriza y permite el daño ambiental las que defiendan mi derecho a disfrutar de un ambiente cualitativamente apto para una mejor vida para mí y los míos? ¿El Derecho no me protege o lo hace en forma insuficiente?

Y todo sin olvidar lo referente al comportamiento de la Comunidad Internacional en esta materia, particularmente en la aprobación de los Tratados, Pactos o Acuerdos internacionales por parte de los Estados y en especial en el tratamiento que de los mismos han hecho los órganos de los sistemas subregionales de Europa, América y África².

Dicho lo anterior, se observan igualmente las múltiples y constantes advertencias de la comunidad científica internacional sobre las consecuencias que sobre la vida en el planeta causan ciertas conductas que siempre, de alguna manera, involucran a los Estados, concretamente cuando se habla de desertificación y de calentamiento global.

² Es de observar la situación actual en Asia, donde no existe un Sistema Asiático de Derechos Humanos para promover y proteger los derechos humanos en la región de Asia-Pacífico. Existe un documento internacional conocido como “Carta Asiática de Derechos Humanos”, (creada por iniciativa de Organizaciones No Gubernamentales de la Región Asia-Pacífico en Kwuangu, Corea del Sur el 17 de mayo de 1998) y luego, encontramos “el Estatuto de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN, aprobado en la 42ª Reunión Ministerial de la Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés), celebrada el 20 de julio de 2009. Se trata en realidad de un tímido asomo en pleno siglo XXI a lo que podría ser el inicio de un sistema regional de promoción y protección de los Derechos Humanos como existen en América, Europa y África.

Es aquí donde surgen varias preguntas: ¿Habrà alguna manera eficiente para lograr que se detenga efectivamente la agresión ambiental? De ser así, ¿cuáles deben ser los requisitos para considerar grave la conducta atentatoria contra el ambiente? (el grado de gravedad del atentado contra el ambiente) ¿Quiénes deben ser considerados como responsables? (quienes pueden ser catalogados como sujetos activos de la agresión ambiental) ¿Quién puede iniciar el procedimiento? (titular de la acción) ¿Cuándo se puede iniciar? (momento para iniciar la acción) ¿Cómo hacerlo? (lo cual dependerá de la naturaleza del bien jurídicamente protegido o tutelado) Y, sobre todo: ¿Ante cuál órgano o institución se debe interponer la acción? (órgano del Estado para actuar la acción).

El comportamiento de la comunidad internacional a través de los Acuerdos Internacionales en materia de Derechos Humanos y en materia ambiental en particular, ha permitido grandes avances para la defensa del ambiente (sin desconocer que ha sido en forma lenta y a veces desesperante).

De igual forma encontramos que los Tratados Internacionales en materia ambiental se han convertido hoy día en instrumentos que han permeado de tal manera el campo jurídico, que se habla de un derecho internacional de los Derechos Humanos y en particular de un derecho internacional ambiental, convirtiéndose así esta materia en eje transversal de todo el andamiaje de defensa de principios ínsitos a la persona humana y en consecuencia permiten el desarrollo de una doctrina y de una interpretación que está en pleno desarrollo, para de esta forma lograr lo fundamental: la defensa del ciudadano como habitante de este planeta.

Todas las cuestiones anteriores constituyen el marco dentro del cual se enfocarán las próximas líneas.

II. LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE (“CONFERENCIA DE ESTOCOLMO”): ¿ESPERANZA FRUSTRADA?

Cuando se trata el tema de la defensa ambiental en el campo internacional, es de obligatoria mención la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, (o la Primera Cumbre para la Tierra”) como el momento en el que pareció que la comunidad internacional había entendido, por primera vez en forma más o menos sistematizada, la importancia de la defensa del ambiente. Basta leer el desarrollo de todas las sesiones preparatorias (años 1968 y 1969) y sobre todo las recomendaciones formuladas (y que deberían cumplir todos los Estados firmantes) así como también las obligaciones que fueron asumidas con el compromiso de llevarlas a cabo durante los años subsiguientes.

Lo cierto del caso es que dicha Cumbre fue el escenario de confrontación entre el concepto de desarrollo de los países industrializados frente al de los países en vías de desarrollo, concretamente América Latina presentó lo que algunos consideran “... los primeros aportes latinoamericanos al origen del concepto de Medio Ambiente y Desarrollo (1970-1980)”³. Así encontramos que

³ Fernando Estenssoro y Eduardo Deves Valdés, “Antecedentes históricos del debate ambiental global: Los primeros aportes latinoamericanos al origen del concepto de Medio Ambiente y Desarrollo (1970-1980)” en *Estudios Ibero-Americanos*, Vol. 39, N° 2, 2013, pp. 237-261. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=134630604003>, consultado en fecha 6 de enero de 2021.

...Desde el punto de vista teórico-político los dos grandes modelos globales que se enfrentaron en la década del setenta en torno a la problemática ambiental fueron, por una parte, la mirada de los países desarrollados sintetizada en el ya señalado informe del Club de Roma, *Los Límites del Crecimiento* y la en vías de desarrollo expresado en el informe del Grupo Bariloche, *Catástrofe o Nueva Sociedad*, integrado por especialistas e intelectuales de América Latina vinculados a los temas del desarrollo y a las complejidades de las relaciones Norte-Sur⁴.

Esa posición de los países latinoamericanos ocurrió hace más de cincuenta años y, sin embargo, los gobiernos de esos países no han sido capaces de mantener y desarrollar una conducta acorde con dichos principios y por lo contrario, han explotado los recursos ambientales en idéntica forma a como lo han hecho los países industrializados. Una vez más se constata que la conducta agresiva contra el ambiente siempre está íntimamente relacionada con su explotación irrefrenable e insaciable con criterios economicistas, tal y como lo han hecho en el territorio de la Amazonía.

La Cumbre de Estocolmo se convirtió así en un verdadero hito en relación con la importancia que debe darse al ambiente. Y decimos pareció, porque hoy día, a distancia de prácticamente medio siglo no nos atrevemos a decir que ha habido un cambio de la política internacional en el tema ambiental. De lo que podemos hablar es de una “preocupación” a nivel global, pero claro está, siempre insuficiente para que la protección del ambiente pueda ser calificada como efectiva. La citada conferencia de la ONU concluyó con un informe por demás interesante y considerado en su momento como muy “esperanzador”. En su Informe encontramos tanto los 26 principios que fueron aprobados como también una serie de recomendaciones y compromisos que asumieron los Estados presentes en la Conferencia, los cuales incluían decisiones y medidas a corto, mediano y largo plazo.

A partir del citado año 1972 se celebraron tres cumbres a lo largo de 40 años, todas referidas a la situación del Planeta en materia ambiental. Así encontramos que veinte años después de esa histórica Primera Cumbre para la Tierra se realizó la segunda en Río de Janeiro (Brasil), (2 al 13 de junio de 1992), en la cual se aprobó el programa de acción para el siglo XXI, llamado “Programa XXI”. Este programa contempla las acciones que los Estados deberían promover para alcanzar “Un futuro con igualdad”, treinta años después se celebra La tercera Cumbre para la Tierra, esta vez reunida en Johannesburgo (Sudáfrica) (23 de agosto al 5 de septiembre de 2002). La cuarta cumbre se reunió en Río de Janeiro, (20 al 22 de junio de 2012) bajo la denominación de Conferencia de Desarrollo Sostenible Rio+20.

Tras casi medio siglo, ese maravilloso e infalible juez que es el tiempo, demuestra no solo que han sido insuficientes todas las medidas aprobadas para combatir el deterioro ambiental, así como también los compromisos adquiridos, sino que igualmente nos ha permitido descubrir dos caras de la misma moneda: por una parte los Estados se comprometen suscribiendo y aprobando Pactos, Tratados o Acuerdos Internacionales en materia ambiental y en otros derechos fundamentales, y por la otra, muchos de esos Estados apelan a cualquier argumento pretendiendo así justificar el no cumplir con los compromisos o simplemente guardan silencio, incumpliendo de esta forma su obligación de honrar el contenido de los Pactos Internacionales suscritos y aprobados. Y generalmente, por no decir siempre, ese incumplimiento obedece a criterios economicistas que se colocan por encima de cualquier criterio de protección del ambiente, no importando el contenido de los Acuerdos Internacionales suscritos en el ámbito internacional.

⁴ *Ibid.* p. 250.

III. EL ÁRTICO Y LA AMAZONIA: COMPORTAMIENTO DE DOS CONTINENTES FRENTE A TERRITORIOS DE IGUAL IMPORTANCIA PARA EL AMBIENTE EN EL PLANETA

La comunidad científica internacional ha comprobado inequívocamente que el grave problema del calentamiento global, producto de la conducta depredadora del ambiente por parte del ser humano, representa una grave amenaza sobre las generaciones futuras. Los territorios árticos y la Amazonía pueden ser considerados como demostrativos de esa conducta.

Veamos cuál ha sido el comportamiento en materia ambiental de los 17 países presentes en ambos territorios. El **Ártico** (compuesto por ocho Estados: Canadá, Dinamarca, EE.UU., Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Rusia) y La Amazonía (compuesto por otros nueve Estados: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Francia –porque la Guayana Francesa es territorio de ultramar–, Guyana, Perú, Surinam, y Venezuela).

Dichos Estados, como signatarios de todos los Pactos, tratados o Acuerdos Internacionales en materia ambiental, están obligados a proteger el ambiente en dichos territorios, tanto en el orden interno como en el orden internacional.

Dos aspectos referidos a ambos territorios, ocuparán las próximas líneas, el primero, bajo el enunciado a) “la situación actual”, permitirá plantear lo que son ambos territorios, su importancia en el ecosistema del planeta y las condiciones en las que se encuentran actualmente; y el otro aspecto, bajo el enunciado b) “la situación institucional”, nos permitirá verificar cómo esos países, a través de la elaboración de mecanismos jurídicos, tratan de justificar las medidas depredadoras del ambiente.

1. El Ártico (compuesto por ocho Estados: Canadá, Dinamarca, EE.UU., Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Rusia).

A. La situación ambiental del Ártico

El círculo polar Ártico comprende el 6% de la superficie total de la Tierra, con 21 millones de kilómetros cuadrados de extensión. A medida que las temperaturas aumentan y se agravan los efectos del calentamiento global, la capa de hielo en el Ártico se reduce desvelando una zona rica en materias primas y recursos naturales, y aumentando su importancia estratégica para la conexión marítima entre Europa y Asia. Esto ha propiciado que el Ártico sea una región de gran trascendencia geopolítica en las Relaciones Internacionales del siglo XXI. Agencias de diversos países, como la *National Oceanic and Atmospheric Administration* o el *National Snow & Ice Data Center* de Estados Unidos, así como organizaciones internacionales y empresas de distintas nacionalidades, destacan que la capa de hielo en la plataforma ártica se ha visto considerablemente reducida debido a las consecuencias del cambio climático y el aumento de las temperaturas. Esto permite a los Estados con soberanía en esas aguas e islas un fácil acceso a la región, ofreciendo una oportunidad para la explotación de petróleo, gas natural, minerales, pesca, transporte marítimo y turismo⁵.

La ciencia ha demostrado, en un trabajo científico publicado en el año 2020, cómo la actividad marítima en el Ártico afecta la población de peces y la fauna marina en general, advirtiendo que aún no es posible determinar el grado del daño que hoy día se está produciendo en la zona, vistos los resultados de algunas pruebas realizadas

⁵ Martín Biera Muriel, “Introducción a las estrategias de Canadá, EE.UU. y Rusia en el Ártico”, en *Global Affairs and Strategic Studies*, Universidad de Navarra, 2018. Disponible en: <https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/introduccion-a-las-estrategias-de-canada-eeuu-y-rusia-en-el-artico>; consultado en fecha 02 de noviembre de 2020.

para tratar de determinar el impacto de la luz sobre el comportamiento de la fauna marina en la zona.

Llama la atención lo dicho por el científico Jorge Berge, autor principal del estudio y biólogo de la Universidad Ártica de Noruega, cuando afirma que la consecuencia es que es imposible determinar cuál es la consecuencia, lo que habla por sí solo de la situación actual.

Quedando así fuera de discusión, la gravedad con la que el hombre, una vez más, ataca frontalmente la vida en el planeta.

B. La situación institucional del Ártico

En lo relativo a la situación institucional en el Ártico, tenemos el Consejo del Ártico, del que forman parte los ocho Estados con zonas de soberanía situadas más allá del Círculo Polar Ártico: Suecia, Canadá, Noruega, Dinamarca (por Groenlandia y las Islas Faroe), Finlandia, Islandia, Rusia y EE.UU., que surge como foro de cooperación intergubernamental de alto nivel, para fomentar la coordinación y cooperación entre sus miembros.

De los países que forman parte del Consejo del Ártico, son Canadá, EE.UU. y Rusia los que ejercen una mayor influencia en la región. Y las estrategias de cada uno de ellos tienen una relación intrínseca con su propio interés geoestratégico, desvinculado de la real importancia que representa esta zona del planeta para la preservación de nuestra especie, y de la cada vez más creciente de protegerla.

Si observamos en particular el caso de EE.UU., vemos que “la *Artic Strategy* del Departamento de Defensa de los EE.UU. establece en sus conclusiones que colaborará estrechamente con sus socios y aliados en mantener la zona estable y segura, dedicando especial atención al mantenimiento de la libertad tanto marítima como aeroespacial, y haciendo una velada alusión a Rusia al afirmar que mantendrán la capacidad de movilidad global de sus fuerzas militares y civiles frente a los incipientes retos de otros protagonistas. Y es que la mayoría de las reservas de hidrocarburos, que el Servicio geológico de EE.UU. calcula en cien mil millones de toneladas de gas y crudo, suficientes para mantener durante un siglo el nivel de extracción actual, están en la zona rusa del océano. De ahí las fuertes presiones de USA y sus aliados para poner el Ártico bajo control internacional”⁶.

Con respecto a la estrategia rusa, país con mayor costa en Ártico y por ende mayor acceso a los recursos, no debemos pasar por alto que “el Ártico es prácticamente la única región donde Rusia ha sido la potencia dominante de forma ininterrumpida, tanto que se ha convertido en un símbolo de su papel en el mundo, incluso en época de decaimiento. Pero su deseo de supremacía no es simbólico, la economía rusa postsoviética está basada en la energía, el gas y el petróleo”⁷.

Vemos así, la relevancia geopolítica y geoestratégica de esta región, lo que la convierte en un área clave de las relaciones internacionales en este siglo.

Los Estados implicados se mueven en dos planos: el de la cooperación con los vecinos, en materias como la protección del medio ambiente y el compromiso con un desarrollo económico sostenible, y el de la defensa de sus propios intereses, manifestada especialmente en asegurar la soberanía sobre sus territorios árticos y en preservar los derechos que

⁶ José Carlos Díaz González, “Las ‘nuevas’ estrategias para el Ártico”, en *CISDE Journal*, 3 (01), 2018, p. 100. Disponible en: <http://www.uajournals.com/cisdejournal/journal/5/6.pdf>; consultado en fecha 21 de septiembre de 2020.

⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

estos puedan otorgarles en una futura explotación del área compartida. En relación con los recursos en el Ártico ya en 2008 el *US Geological Survey*, estimó que el Ártico contenía aproximadamente 240.000 millones de barriles de petróleo y gas natural, una cifra que constituye alrededor del 10% de los recursos existentes en el mundo; eso sin tener en cuenta la cantidad de recursos que, por motivos prácticos, aún no se han descubierto. En total se estima que los recursos existentes aún no descubiertos comprenderían el 16% de las reservas mundiales de petróleo, el 30% de las de gas y el 26% de las de gas natural; alrededor del 84% de esos recursos se encuentran fuera de la costa. Las estimaciones hablan de la posible existencia en el subsuelo ártico de 10 billones de barriles de petróleo y 1,55 cuatrillones de metros cúbicos de gas natural⁸.

Adicionalmente, debemos mencionar la presencia de países asiáticos en el Ártico debido a que

las naciones no árticas buscan asegurarse una mayor participación en el Consejo a la vez que afirman sus propias estrategias políticas para el Ártico. Uno de los ejemplos más relevantes en este contexto son los países asiáticos: China, Japón, Singapur, Corea del Sur. China utiliza activamente su diplomacia financiera con el objetivo de entrar en el mercado de los países árticos y así ejercer de alguna manera su influencia en la región. Al mismo tiempo intenta mantener buenas relaciones con EE.UU., Canadá y Rusia y no retarlos en demasía, conociendo su inicial recelo a que el gobierno chino intervenga en los asuntos árticos. A fin de cuentas, su presencia resulta para muchos paradójica, puesto que China mantiene generalmente la posición de que debe respetarse la soberanía de cada Estado y su zona de influencia, pero aun así no parece dispuesta a renunciar al Ártico ni a sus recursos⁹.

Los párrafos precedentes permiten tener una idea más o menos clara de lo que representa la región del ártico: a) área del planeta de altísima fragilidad en materia ambiental, como lo ha demostrado la comunidad científica internacional, pues existe una relación directamente proporcional entre su deterioro y el calentamiento global, b) territorio con inmensos recursos necesarios para el desarrollo del comercio y de actividades extractivas para tener acceso a los mismos. Lo que lo convierte en una zona atractiva a todos los países del mundo, por su importancia geopolítica. De tal manera que no es necesario ser muy observador para comprender la avidez insaciable de los gobiernos para aprovecharse al máximo de los recursos presentes en el Ártico, sin importar mucho las consecuencias que, con toda seguridad, dicha conducta acarreará.

Y lo anterior es tan cierto que se observa la militarización que está presente en el territorio Ártico, vemos así que

representa un foco de actividades industriales de cobertura mundial y es la tierra natal de importantes grupos de población indígena que han habitado la región durante miles de años. La Antártida, por el contrario, está desmilitarizada, desnuclearizada, cerrada al desarrollo industrial, carente de población humana permanente y destinada a todos los efectos prácticos siendo un espacio internacional a pesar de la existencia de reivindicaciones jurisdiccionales residuales [...] La región [antártica] no es inmune al impacto de las fuerzas políticas globales, pero estas fuerzas no representan una amenaza inmediata a la viabilidad del S.T.A. y el espíritu de cooperación internacional con respecto a la Antártida es notablemente sólido incluso frente a los vientos geopolíticos que ahora soplan en el resto del mundo¹⁰.

⁸ Martín Biera Muriel, ob cit.

⁹ Zhaklin Valeríeva Yaneva, *Cooperación circumpolar: el Consejo Ártico y su papel en la gobernanza de la región polar ártica*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018. pp. 171-172. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49475/>, consultado en fecha 01 de noviembre de 2020.

¹⁰ Oran R Young, "Governing the Antipodes: International Cooperation in Antarctica and the Arctic". En: *Polar Record*, vol. 52, N° 263, 2016, pp. 230-238. Disponible en <https://www.cambridge.org/>

Todo lo anterior permite afirmar que la situación en el Ártico es quizás, dentro del globo terráqueo, la prueba de fuego que tiene el hombre para demostrar si es capaz de tratar en forma correcta el ambiente de ese territorio. Es un territorio sumamente frágil como lo ha demostrado la comunidad científica, preocupada desde hace varias décadas por lo que allí está ocurriendo, pero también están presentes factores geopolíticos, científicos, económicos, militares y de poder en el mundo, lo cual es tan cierto que, como ya vimos, hasta los países asiáticos han surgido como partes emergentes en el tratamiento del Ártico.

No podemos abandonar este punto sin llamar la atención sobre una situación que, de no ser por lo que significa, podría tomarse como una anécdota intrascendente: En noviembre de 2020, concretamente el lunes 16 de noviembre el Presidente Trump abrió el refugio del **Ártico**, en Alaska, a la industria petrolera justo antes de la fecha fijada constitucionalmente para la entrega del poder a Joe Biden, presidente electo, quien precisamente ha manifestado reiteradamente que se opone a la explotación petrolera en Alaska. Todo lo cual nos reafirma en una realidad: en materia ambiental, los ciudadanos del mundo estamos a merced de lo que decida el gobierno de turno en cada uno de los Estados. No parece estar dentro de la lógica más elemental que la protección de una zona tan importante para la humanidad como es el **Ártico**, esté sometida a la opinión o al criterio que en determinado momento tenga el presidente de turno de un país determinado.

La gran conclusión es que los gobiernos de los países en cuyos territorios está el **Ártico**, parecen darle prioridad a aspectos económicos por encima de la protección ambiental. No toman en cuenta que el **Ártico** es un sistema que debe ser tratado como tal. Cualquier modificación en una de las partes que lo componen causará modificaciones, mayores o menores, en cualquiera de sus otros componentes, por lo cual todo el sistema sufrirá una alteración. Una vez más, es algo de “sentido común” que se desconoce cada vez con mayor frecuencia.

2. La Amazonía (compuesta por otros nueve Estados: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Francia (porque la Guayana Francesa es territorio de ultramar), Guyana, Perú, Surinam, y Venezuela) Veamos qué ocurre en la Amazonía

Procedamos a analizar la situación en este territorio bajo el mismo esquema que se hizo con el territorio **Ártico**: A. La situación ambiental de la Amazonía; y B. La situación institucional de la Amazonía.

A. La situación ambiental de la Amazonía

En primer lugar, recordar que estamos hablando de una región integrada por 8 países y un territorio de ultramar donde encontramos un ecosistema compuesto por más de 2.500 especies de peces, 219.000 m³ de agua dulce descargados cada segundo en el Atlántico, 40.000 especies de aves; 17-20% de agua del Planeta; 1.000.000 Km² de ecosistemas de agua dulce, más de 350 grupos indígenas.

La importancia que representa la Amazonía para el ambiente en todo el Planeta es indiscutible, la cuenca del Amazonas que abarca 7,4 millones de kilómetros cuadrados que cubren casi el 40% de América Latina, posee 2 millones de kilómetros

core/journals/polar-record/article/abs/governing-the-antipodes-international-cooperation-in-antarctica-and-the-arctic/0DD3833CC920C5F13605139D1E16113B; consultado en fecha 28 de septiembre de 2020.

de espacios protegidos para preservar la biodiversidad, además de la cuarta parte de las especies de la Tierra, entre las que podemos mencionar 30.000 especies de plantas, 2.500 especies de peces, 1.500 aves, 500 mamíferos, 550 reptiles y 2,5 millones de insectos. En las últimas dos décadas se han descubierto más de 2.200 nuevas especies.

Todo ese ecosistema ha sufrido agresiones por todos los gobiernos de los países involucrados en el territorio amazónico. Y como era de esperarse, absolutamente ninguno de ellos es la excepción en el tratamiento agresivo contra el ambiente en la zona. Sin embargo, si bien es cierto que todos los gobiernos amazónicos han permitido o incentivado la degradación del territorio amazónico, la conducta del gobierno venezolano ha sido la más perjudicial y depredadora en virtud de un Decreto Presidencial, que afectó una extensión de la Amazonía para el desarrollo e incentivación de actividades mineras que son las más agresivas contra el ambiente, y además el gobierno se asocia con empresas mineras. En 2016, el presidente Nicolás Maduro creó el Arco Minero, que permite la concesión de licencias para explotar metales como el oro, el diamante y el coltán (mezcla de columbita y tantalita utilizada en la industria de los celulares) en un territorio de 112.000 km², alrededor del 12% de la superficie total de Venezuela¹¹.

En el mismo sentido, tanto Universidades, Academias y ONG's defensoras del ambiente

han manifestado públicamente su desacuerdo con la implementación de la zona A.M.O. en la Amazonía venezolana y han expresado sus preocupaciones, haciendo énfasis en los serios impactos ambientales de la minería en estos ecosistemas, la falta de sostenibilidad de esta actividad, la falta de transparencia, ausencia de control, desconocimiento e imposibilidad de acceso a información para planes de mitigación y recuperación de áreas afectadas, además de la ausencia de planes de manejo¹².

Los párrafos anteriores demuestran tanto el valor que tiene el territorio Amazónico para la vida en el planeta, como la actitud agresora que tienen todos los gobiernos de los países en los cuales está ubicado dicho territorio.

B. La situación institucional en La Amazonía

Así como en el territorio Ártico existe el “Consejo Ártico”, en el territorio Amazónico existe el Tratado de Cooperación Amazónica, (TCA) suscrito en la ciudad de Brasilia el 3 de julio de 1978, con un Protocolo de enmienda suscrito en Caracas, el 14 de diciembre de 1998. por los ocho países suramericanos que tienen parte de su territorio en la selva amazónica (es de señalar que en la actualidad también está incorporada la Guayana Francesa como territorio de ultramar francés como único Estado Europeo miembro del Tratado de Cooperación Amazónica).

Ahora bien, después de 40 años de la entrada en vigor del Tratado de Cooperación Amazónica, se puede hacer perfectamente una primera evaluación en relación con

¹¹ Camila Costa, “Destrucción del Amazonas: las principales amenazas para la mayor selva tropical del mundo en los 9 países que la comparten”, en BBC, 18 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51377234>, consultado en fecha 4 de noviembre de 2020.

¹² “Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Arco Minero y el territorio venezolano ubicado al sur del río Orinoco”, 2019. Elaborado por la agrupación ciudadana Plataforma contra el Arco Minero del Orinoco, el Centro para la Reflexión y Acción Social (CERLAS) y colaboradores. Disponible en: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/75ad8359d59e4156e47838565daed6b59acaad1e.pdf>, consultado en fecha 22 de octubre de 2020.

el cumplimiento de las expectativas que se esgrimieron en su oportunidad para suscribirlo.

Los gobiernos de los países del Tratado Amazónico se han conformado con declaraciones generales y propósitos llenas de confianza y buenos deseos, lo cual se encuentra en el uso de los verbos utilizados. Como lo señala Reyes Sarmiento, quien concluye afirmando que el Tratado “tiene una eficacia simbólica pero no práctica”, y finalmente afirmar que estamos frente a Estados con “una actitud contemplativa, no asertiva”¹³.

De esta manera vemos cómo los países involucrados en ambos territorios (tanto en el **Ártico** como en la Amazonía) se comportan de igual manera sin importar el tipo de gobierno de que se trate ni la ideología que profesen ni el nivel de desarrollo económico. El comportamiento siempre es el mismo: la agresión al ambiente, importando muy poco la defensa de los recursos naturales en beneficio de las personas. Lo que predomina son los criterios economicistas.

Eso sí, de lo que no cabe duda es que los 17 países parecen compartir el mismo criterio: Desconocer que tanto el **Ártico** como la Amazonía son “Sistemas” que, en consecuencia, toda modificación o alteración que sufra uno cualquiera de sus elementos, perturbará el sistema en su totalidad, llegando inclusive a amenazar su propia existencia. Esta simple afirmación, que es de sentido común, parece que poco importa a los gobiernos de los respectivos países, los que incluso llegan a la conducta inexplicable por ilógica de reclamar la “Propiedad” de sus territorios.

Creemos que todos los párrafos anteriores ponen en evidencia que la sola firma de tratados Internacionales en materia ambiental no parece suficiente para detener la contaminación que sufre el planeta hoy día. Lo cual obliga a explorar la posibilidad de incorporar el elemento punitivo para ciertas conductas depredadoras del ambiente, concretamente la posibilidad de considerar el ecocidio como crimen de lesa humanidad.

IV. EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO EN MATERIA INTERNACIONAL PENAL: EL ECOCIDIO

Poco hay que discutir en este punto: En los actuales momentos, en base a la información que suministra periódica y permanentemente la comunidad científica internacional, es necesario que el ambiente, como bien insustituible para la vida en el Planeta, sea considerado susceptible de protección. Y dependiendo de las circunstancias en las cuales ocurre la agresión ambiental, estaremos en presencia de protección a varios niveles, y a nuestro parecer no existe duda de que el delito ambiental, cuando cumple ciertos requisitos y se realiza en ciertas circunstancias y condiciones, debe ser considerado como crimen internacional. Veamos por qué.

Nadie podrá discutir que la tala excesiva y la quema indiscriminada de pequeñas hectáreas por parte de agricultores en ciertos y determinados territorios constituyen agresiones ambientales que obviamente deberán ser tratadas por el Derecho interno en cada país. Pero al lado de esos comportamientos, encontramos también otras conductas mucho más agresivas contra el ambiente como las que realizan las empresas multinacionales que desarrollan actividades, tanto extractivas (particularmente

¹³ Lucila Reyes Sarmiento, *Análisis crítico del tratado de cooperación amazónica y los pronunciamientos oficiales*, Tesis Doctoral, Universidad de Valladolid, 2016, p. 292. Disponible en: <https://docplayer.es/62378087-Tesis-doctoral-analisis-critico-del-tratado-de-cooperacion-amazonica-y-los-pronunciamientos-oficiales.html>; consultado en fecha 05 de diciembre de 2020.

de petróleo, oro, diamantes, coltán, uranio u otros minerales), como destructivas de bosques forestales para comercializar madera y para destinar la tierra a la siembra de soja y otros productos de alta demanda en el mercado internacional, en definitiva para fines económicos.

Tampoco se discute que el daño ambiental en uno u otro caso no pueden ser considerados de la misma magnitud. Es aquí cuando tenemos que responder una pregunta: ¿Se justifica, por necesario, que la comunidad internacional intervenga en forma contundente para evitar las agresiones ambientales capaces de destruir ecosistemas que representen o puedan representar una amenaza real para la vida en el planeta?

Es indudable que cuando la agresión al ambiente es realmente grave, están en peligro otros derechos humanos como la vida, el trabajo, la familia, la salud. Así vemos como el Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático destaca, entre otras cosas, que: “La tierra es un recurso decisivo que se encuentra sujeta a la presión del ser humano y del cambio climático, pero es parte de la solución”¹⁴. Igualmente destaca que la desertificación termina afectando tanto la disponibilidad como el acceso a los alimentos, así como también a la nutrición.

De esta forma la ciencia ha demostrado la existencia de fenómenos como el agujero en la capa de ozono, la emisión de gases de efecto invernadero, el aumento de la deforestación, la utilización de fertilizantes en la agricultura, los cuales indudablemente guardan relación directa con el cambio climático, encontrándonos de esta manera con una situación tan grave que hasta el agua y la comida del planeta están en riesgo y en consecuencia parece lógico pensar que la comunidad internacional actúe lo menos lento posible para aprobar normas de naturaleza penal que protejan el ambiente. Y el ecocidio surge como figura jurídica para aplicarse en estos casos¹⁵.

En las reuniones previas a la aprobación del Estatuto de Roma en 1998, se mantuvo el ecocidio hasta el último momento como delito en la lista de crímenes de lesa humanidad, pero la oposición de los gobiernos de EE.UU., Reino Unido y Países Bajos estuvo presente para esa omisión.

Nunca se sabrá con certeza la causa de la desaparición de Ecocidio de la lista de los delitos que se consideran crímenes de lesa humanidad. En cualquier caso, no debe quedar dudas que las presiones de grandes compañías multinacionales seguramente aparecen como responsables de tal omisión. Desde la Cumbre de Estocolmo hasta los días actuales, se pueden rescatar acciones como las que desarrollan organizaciones como *Ecocide Project*, así como también posiciones personales como la del Papa Francisco y la abogada escocesa Polly Higgins, cuya lucha por el reconocimiento del ecocidio como crimen de lesa humanidad, le hizo ganar el nombre de “abogada de la Tierra”.

Hasta ahora, año 2021, no ha sido posible incorporar el ecocidio a la lista de delitos que el Estatuto de Roma define como “crímenes de lesa humanidad”. Escapa a los límites de estas líneas examinar cuáles pueden ser las causas de tal omisión, lo que no impide sospechar con fundamentos lógicos que se ha debido a intereses económicos defendidos no solo por la labor de lobby que realizan efectivamente los grandes consorcios económicos y financieros, apoyados por muchos países que comparten esos

¹⁴ Comunicado de prensa del IPCC, Ginebra, 2019. Disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/08/2019-PRESS-IPCC-50th-IPCC-Session_es.pdf; consultado en fecha 29 de octubre de 2020.

¹⁵ El Resumen para responsables de políticas del Informe especial sobre el cambio climático y la tierra (SRCCL) está disponible en la siguiente dirección: <https://ipcc.ch/report/srecl>. Pueden consultarse una ficha informativa y las conclusiones principales en la siguiente dirección: www.ipcc.ch/

intereses y por gobernantes que se niegan a aceptar lo que la comunidad científica internacional ha demostrado hasta el cansancio: la vida sobre el planeta está seriamente amenazada, y en consecuencia deben tomarse medidas concretas y efectivas lo más pronto posible, para combatir fenómenos como el calentamiento global y así detener la ávida e insaciable explotación ambiental en busca de energía y de recursos económicos para que el mundo continúe en la ruta de cierto modelo de desarrollo.

En este sentido queremos resaltar dos opiniones: 1. La posición del Papa Francisco y 2. La solicitud que realizó un grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados del Reino de España.

1. La Posición del Papa Francisco

Cuando en el año 2015, publica su “Carta Encíclica *Laudato si’* (del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común” documento en el que leemos:

En este contexto, siempre hay que recordar que “la protección ambiental no puede asegurarse solo en base al cálculo financiero de costos y beneficios. El ambiente es uno de esos bienes que los mecanismos del mercado no son capaces de defender o de promover adecuadamente”. Una vez más, conviene evitar una concepción mágica del mercado, que tiende a pensar que los problemas se resuelven solo con el crecimiento de los beneficios de las empresas o de los individuos. ¿Es realista esperar que quien se obsesiona por el máximo beneficio se detenga a pensar en los efectos ambientales que dejará a las próximas generaciones? Dentro del esquema del rédito no hay lugar para pensar en los ritmos de la naturaleza, en sus tiempos de degradación y de regeneración, y en la complejidad de los ecosistemas, que pueden ser gravemente alterados por la intervención humana. Además, cuando se habla de biodiversidad, a lo sumo se piensa en ella como un depósito de recursos económicos que podría ser explotado, pero no se considera seriamente el valor real de las cosas, su significado para las personas y las culturas, los intereses y necesidades de los pobres¹⁶.

Y más recientemente, el Papa Francisco, ante la Asociación Internacional de Derecho Penal en su reunión celebrada en el Vaticano el 15 de noviembre de 2019¹⁷, trató temas como La idolatría del mercado, Los riesgos del idealismo penal, así como también los desafíos actuales de la ciencia penal, los abusos del poder sancionador, el uso indebido de la prisión preventiva, el incentivo involuntario a la violencia, la cultura del descarte y del odio, entre otros. Pero son dignos de resaltar dos títulos: el referido a los delitos económicos y el referido a los delitos ambientales, estableciendo una relación entre ambos. Así, cuando trata “El daño social de los delitos económicos”, afirmó “El capital financiero mundial está en el origen de graves delitos no sólo contra la propiedad, sino también contra las personas y el medio ambiente. Se trata de delincuencia organizada responsable, entre otras cosas, del sobreendeudamiento de los Estados y del saqueo de los recursos naturales de nuestro planeta”. Luego, continúa: “...Se trata de delitos que tienen la gravedad de crímenes de lesa humanidad, cuando conducen al hambre, a la miseria, a la migración forzada y a la muerte por enfermedades evitables, al desastre ambiental y al etnocidio de los pueblos indígenas”. En el mismo sentido, bajo el título “La protección jurídica y penal del medio

¹⁶ Francisco, *Carta Encíclica Laudato si’ sobre el cuidado de la casa común*, 2015. Disponible en: http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html, consultado en fecha 01 de noviembre de 2020.

¹⁷ Francisco, *Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el congreso mundial de La Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2019. Disponible en: http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/november/documents/papa-francesco_20191115_diritto-penale.html, consultado en fecha 02 de noviembre de 2020.

ambiente” afirmó: “...En cambio, un sentido elemental de la justicia requeriría que ciertas conductas, de las que las empresas suelen ser responsables, no queden impunes. En particular, todas aquellas que pueden ser consideradas como “ecocidio”: la contaminación masiva del aire, de los recursos de la tierra y del agua, la destrucción a gran escala de flora y fauna, y cualquier acción capaz de producir un desastre ecológico o destruir un ecosistema”¹⁸.

En dicha definición encontramos como bien jurídicamente protegido a la naturaleza y en consecuencia, todo atentado contra el aire, los recursos de la tierra y del agua, la flora y la fauna en gran escala, que sean capaces de producir un desastre ecológico o de destruir un ecosistema, reconociendo de esta manera el principio de precaución, sobre el cual volveremos más adelante en estas líneas.

2. La solicitud que realizó un grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados de España

En este sentido es bueno destacar lo ocurrido en España con la propuesta planteada a la Mesa del Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario plural en la cual “...presentan, para su debate en la Comisión de Asuntos Exteriores, una Proposición no de Ley para la inclusión del delito de ecocidio en el Estatuto de Roma de la corte penal internacional y en el derecho penal español”. Dicha propuesta finaliza en los siguientes términos: “Apoyar la iniciativa de Banato y de las Maldivas de modificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para incluir el delito de ecocidio. 3. Proponer enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para incluir el delito de ecocidio. Palacio del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2020”¹⁹.

Ojalá y se cumplan todos los trámites requeridos para que esta actuación represente el primer paso que realiza un país europeo, en este caso España, para impulsar y motorizar desde el seno de la Unión Europea la incorporación de todos sus países miembros a la lista de países que proponen enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para incluir el delito de ecocidio como crimen de lesa humanidad.

Para el ciudadano es desesperante la lentitud –que en muchos casos puede ser considerada como inacción– de los Estados que conforman la comunidad internacional para aprobar el ecocidio como crimen de lesa humanidad.

Ahora bien, pensar que la tipificación del ecocidio como crimen de lesa humanidad –lo cual ocurrirá en algún momento–, pondrá freno a la depredación incontrolable que está sufriendo el ambiente desde hace ya bastante más de medio siglo, (y que de alguna manera motivó el pronunciamiento de la comunidad internacional cuando se celebró la “Cumbre de Estocolmo”), no puede llevarnos a afirmar que ya el planeta está protegido. Eso constituiría la mayor ingenuidad, no solo porque sabemos la lentitud de los tiempos para la obtención de sentencia en la jurisdicción internacional, sino también, y por encima de todo, porque la tierra continuará sufriendo ataques desmedidos con la avidez que caracteriza la actuación de los gobiernos en la búsqueda de energía, sin importar las consecuencias de dicho comportamiento que generalmente

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ Cortes Generales Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Núm. 260, 21 de diciembre de 2020. p. 33. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-260.PDF, consultado en fecha 5 de enero de 2021.

producen daños, no solo a los ecosistemas directamente, sino también a los grupos humanos que lo habitan.

Sin duda, se debe continuar la presión para que el ecocidio sea tipificado como crimen de lesa humanidad. Esto es necesario, pero no suficiente. Creemos que simultáneamente se debe aprovechar la situación actual de movimientos civiles muy activos y ONG's lo cual queda demostrado con dos declaraciones dignas de resaltar ya que ambas fueron producto de un intenso trabajo cumplido exclusivamente por organizaciones de la Sociedad Civil activas tanto en Asia y Oceanía como en Europa. Nos referimos a la "Carta Asiática de Derechos Humanos"²⁰ y la "Declaración Universal de Derechos Humanos emergentes" (Monterrey 2007)²¹.

Ambas declaraciones constituyen dos claros ejemplos que confirman lo que se puede lograr con una acción coordinada para hacer conocer la situación ambiental del Planeta en estos momentos, informando y haciendo públicos todos los informes de la comunidad científica internacional y así construir una red ciudadana globalizada para defender el ambiente. La finalidad no es otra que la de alcanzar en todos y cada uno de los países una ciudadanía activa, capaz de comprometerse a ejercer el derecho a la participación y que intervenga sin miedo, en contra de cualquier actitud autoritaria que a veces parece seducir a muchos titulares de órganos de algunos países, tanto a nivel Nacional, Regional o local sin importar el nivel de que se trate.

Pero esa ciudadanía activa necesita un marco jurídico interno para ejercer el derecho a la participación que sirva para exigir a los órganos jurisdiccionales competentes el respeto al derecho a vivir en un ambiente cualitativamente apto para cada ciudadano y su familia. En pocas palabras, necesita de jueces independientes y autónomos, lo cual solo es posible en democracia. De tal manera que la democracia es indispensable para el ciudadano, no solo para alcanzar una efectiva defensa del ambiente sino de todos los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales.

V. ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL: DEMOCRACIA Y CIUDADANO

Ya en párrafos anteriores se hizo referencia al programa para el medio ambiente de la ONU publicado en Enero de 2019 *ENVIRONMENTAL RULE OF LAW First Global Report*²² del mismo queremos destacar dos de las conclusiones; por una parte la referida a la necesidad de fortalecer el Estado de Derecho Ambiental sin el cual "... incluso las normas aparentemente rigurosas están destinadas al fracaso y no se alcanzará el derecho humano fundamental a un medio ambiente saludable", y por la otra cuando señala que "Las iniciativas tendientes a restringir a la sociedad civil resultan más evidentes en China, la Federación de Rusia, Turquía, Vietnam y Camboya, entre otros países".

Frente a esa realidad, ese ciudadano está obligado a convertirse en el más activo defensor del ambiente, no solo por el bien de los miembros de su generación sino

²⁰ *Carta asiática de Derechos Humanos 14 mayo 1998, Índice: ASA 01/002/1998. Disponible en: www.amnesty.org › documents › asa01, consultado en fecha 20 de octubre de 2020.*

²¹ *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, Monterrey 2007. Disponible en: https://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_3_DUDHE.pdf, consultado en fecha 6 de noviembre de 2020.*

²² *Environmental Rule of Law. First Global Report. UN Environment, 2019. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1YaHtUkEW4qIH0haZlWCggTv0P-KFHFCC/view, consultado en fecha 11 de noviembre de 2020.*

también por el de las generaciones futuras con quienes existe el compromiso de entregarles un planeta en mejores condiciones de aquellas en las cuales se recibió. Es lo que se conoce como relación intergeneracional y relación intrageneracional.

1. La Democracia como condición necesaria para el ejercicio ciudadano de la defensa ambiental

El contenido de los párrafos precedentes obliga a reconocer que las normas vigentes no han impedido el deterioro ambiental en el planeta. Entonces, ¿qué hacer?

Dicha pregunta obliga a plantear un asunto a veces olvidado: la relación intrínseca e insoluble entre el ciudadano y la democracia.

El ciudadano, víctima directa de la depredación ambiental, conoce en primer lugar que la democracia es un derecho humano reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, que en su primer y tercer considerando podemos leer: "... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", y "es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Y seguidamente leemos en el artículo 21:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto²³.

De esta manera vemos como el sistema democrático es el escenario indispensable para la defensa del ciudadano por cuanto exige el cumplimiento de unos requisitos universalmente aceptados, de los cuales en estas líneas destacamos lo que se denomina la institucionalidad democrática, pero no cualquier institucionalidad, sino que tiene que ser activa y robusta en plena armonía con las exigencias de la población, siendo el principal la existencia de un Estado de Derecho, que debe ser algo más que una expresión rimbombante de la cual se hace gala en Congresos Nacionales e Internacionales para tratar de dar lecciones de libertad y tolerancia, en lugar de convertirlo en un concepto lleno de contenido efectivo, en especial todo lo relacionado con los órganos jurisdiccionales como miembros de un Poder Judicial que necesariamente tiene que ser autónomo e independiente, requisitos indispensables que convierten a los jueces en los verdaderos custodios y garantes de todos los derechos humanos. Un juez democrático representa el verdadero dique de contención frente a cualquier conducta arbitraria y abusiva que realicen los titulares de órganos del Poder Público para limitar derechos humanos, lo cual lamentablemente ocurre en no pocos países que se autodenominan democráticos.

En un sistema democrático la Justicia se administra en nombre del pueblo, lo que obliga a que el método o sistema de designación de los jueces repose sobre criterios de absoluta transparencia que permitan una vigilancia directa de los ciudadanos en el

²³ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III). Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, consultado en fecha 5 de octubre de 2020.

riguroso proceso de selección, lo cual no siempre es así porque los partidos políticos terminan inmiscuyéndose de tal forma en la escogencia de los jueces, que éstos, de alguna manera, cuando deben conocer y decidir asuntos de cierta importancia, dictan sentencias que pueden quedar bajo el manto de la sospecha o de la presión, circunstancias nada favorables para la democracia.

El perfil del juez a seleccionar debe ser exigente, pues además de demostrar su capacidad y competencia profesionales (concurso de oposición), tiene que ser una persona no solo comprometida con la defensa del ambiente, sino también con la necesidad de fortalecer el Estado de Derecho ambiental, evitando en todo momento la existencia de cualquier circunstancia capaz de sembrar alguna duda en la designación. Solo de esta manera el ciudadano puede confiar en la administración de justicia.

La condición anterior es necesaria, pero no suficiente para garantizar la vigencia efectiva del Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales en materia ambiental, por cuanto para lograr una eficaz defensa ambiental, de poco sirve que existan jueces concededores de la situación ambiental en el planeta y comprometidos con su defensa, si no están acompañados de ciudadanos conscientes de su compromiso con la defensa ambiental, informados de todo cuanto ocurre en su entorno, exigentes de la transparencia como elemento indispensable para conocer cualquier acuerdo o complicidad existente entre representantes del Estado y compañías depredadoras del ambiente.

En fin, el ciudadano entendido en el sentido que señala Rubiales Moreno:

el ciudadano es una innovación producida por la raza humana y un incuestionablemente avance de la civilización. Es también la clave para que el poder sea dominado. Son los ciudadanos seres activos, decididos a vivir en libertad dentro de una comunidad, conscientes de su derecho al autogobierno y dispuestos a asumir sus derechos deberes y responsabilidades políticas. En la verdadera democracia los ciudadanos están acostumbrados a adoptar las decisiones comunes y nunca podrían considerar demócrata a otra comunidad cuyos ciudadanos eligen a otros para que tomen las decisiones en su nombre²⁴.

Ese ciudadano consciente de su responsabilidad ambiental está obligado a convertirse en el más activo defensor del ambiente desde todos los ángulos posibles, colaborando así con el fortalecimiento del Estado de Derecho ambiental, condición necesaria e indispensable para la existencia de una sociedad comprometida con el ejercicio efectivo de los derechos humanos, y reclamará permanentemente que el ambiente es un bien de naturaleza colectiva y como tal, no susceptible de apropiación por persona, empresa, institución o gobierno alguno porque es de tal importancia para la vida y el entorno que pertenece a todos colectivamente considerado, nunca a nadie en particular. Por eso la existencia de parques nacionales o zonas protegidas o bajo régimen especial. Bien que defenderá, no solo por el bien de los miembros de su generación sino también por el de las generaciones futuras con quienes existe el compromiso de entregarles un planeta en mejores condiciones de aquellas en las cuales lo recibió.

2. Importancia de los sistemas regionales de Derechos Humanos para el ejercicio ciudadano de la defensa ambiental

La ciudadanía activa deberá desarrollar su labor en varias áreas: A. área de educación ambiental (tanto ciudadana como funcional); B. área de exigencias institucio-

²⁴ Francisco Rubiales Moreno, *Democracia Secuestrada*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2005, p. 112.

nales; C. área de información, comunicación y de relaciones con ONG's nacionales e internacionales y D. el área jurídica.

A. Área de educación ambiental

El ciudadano tiene que comprometerse a cumplir una labor que esté orientada a informar al mayor número de personas de lo que actualmente está ocurriendo en todo el Planeta y la forma como ciertos actos agresivos contra el mismo en un territorio lejano, puede afectar la vida diaria en el otro extremo. Basta poner como ejemplo los incendios ocurridos en Australia y en la Amazonía y los efectos y su relación con el calentamiento global para explicar la relación.

Pero esa labor educativa debe estar orientada a transmitir la necesidad de incentivar la organización ciudadana para obtener mejores resultados en el mejoramiento del ambiente como derecho humano.

Pero esa labor educativa, que debe iniciarse en el sistema educativo y extenderse hasta el máximo nivel académico, tiene que alcanzar igualmente al funcionariado público, en especial a los jueces y a todos los otros funcionarios del sistema de justicia, labor que se puede cumplir de muchas maneras que van, desde proponer iniciativas en ese sentido a los órganos institucionales encargados de cumplir esa misión formativa, hasta el diseño y ejecución de programas en los medios de comunicación para crear conciencia de la necesidad de la unión entre el mayor número de personas para colaborar en la defensa efectiva del ambiente.

B. Área de exigencias institucionales

Esta pudiera ser un área de particular importancia, porque obliga al ciudadano a un alto grado de formación que le sirva de base para exigir a las instituciones del Estado la implementación de medidas preventivas para proteger el ambiente. De esta forma, en pleno ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos, proponer a los órganos competentes la implementación de medidas en el campo económico y hasta en el orden fiscal que tengan como objetivo frenar las conductas productivas que perjudican el ambiente y en definitiva en materia económica, todo con la finalidad de acercarnos más a la economía circular, por ejemplo.

C. Área de información, comunicación y de relaciones con ONG's nacionales e internacionales

En el desarrollo de esta área ocupa un lugar preeminente el contacto con todo el conjunto de Asociaciones Civiles organizadas en el campo de los derechos humanos, particularmente con todas las ONG's, no solo dentro del territorio de cada país, sino con todas las organizaciones de la sociedad civil internacionales, que muchas son particularmente activas y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos, aprovechando la autopista de la información como instrumento esencial en esta era de la información.

D. El área jurídica

Esta área podría inducirnos a pensar que está reservada a los abogados, sin embargo, puede ser una gran oportunidad para la construcción de un diálogo entre el ciudadano que conoce el contenido de la norma ambiental con los abogados defensores del ambiente para que ambos, promuevan un acercamiento democrático a los jueces y demás funcionarios públicos con competencia en materia ambiental.

Toda esa actividad es perfectamente posible a través de la activación de mecanismos existentes tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como en el Sistema Europeo de los Derechos Humanos, particularmente lo relacionado con el Derecho a participar en los asuntos públicos que es un derecho nacido como consecuencia de la necesidad de acercar el ciudadano a la función pública. Y si existe un tema en el cual está verdaderamente interesado es precisamente en el ambiente.

Aquí surge una primera situación a resolver: El ciudadano no tiene fácil acceso a los órganos de justicia internacional. El procedimiento es sumamente complejo y las vías para exigir justicia en los mismos terminan convirtiéndose en un espejismo. ¿Cómo hace el ciudadano para acceder a los organismos internacionales en la defensa del ambiente? Pues bien, gracias a la sentencia en el caso *Almonacid contra Chile*²⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de una interpretación auténtica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, creó la figura del “control de convencionalidad”, en virtud del cual todos los jueces nacionales tienen el deber (pensamos que la obligación) de dar vida a los Derechos Humanos a través de la Interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. De esta forma, el ciudadano encuentra un camino expedito para convertirse en el defensor más activo del ambiente, en una forma concreta y accesible.

Surge entonces una primera situación a resolver: El ciudadano no tiene fácil acceso a los órganos de justicia internacional. El procedimiento es sumamente complejo y las vías para exigir justicia en los mismos terminan convirtiéndose en un espejismo. ¿Cómo hace el ciudadano para acceder a los organismos internacionales en la defensa del ambiente? Sin duda, la intervención de los jueces nacionales en este ámbito facilitaría el acceso del ciudadano a la justicia para la defensa del ambiente.

El acceso del ciudadano a la administración de justicia nacional para la activación de mecanismos internacionales no fue posible hasta el inicio de este siglo. Es así, como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ese acceso se hizo posible en virtud del principio de control de convencionalidad. Dicho principio, fue planteado originariamente en el año 2003 por el Magistrado Sergio García Ramírez en voto concurrente en el Caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*²⁶. Pero no es hasta el año 2006 cuando en el caso *Almonacid y otros contra Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo reconoce en la sentencia del caso.

Así encontramos que la CIDH en el caso *Aguado Alfaro y otros contra Perú*²⁷ en el año 2006 dejó sentado que

...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.

²⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26 de septiembre de 2006, caso “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf, consultada en fecha 23 de octubre de 2020.

²⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 25 de noviembre de 2003, caso “*Myrna Mack Chang contra Guatemala*”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287, consultada en fecha 8 de noviembre de 2020.

²⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 24 de noviembre de 2006, caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf, consultada en fecha 12 de octubre de 2020.

En virtud de lo anterior, los jueces nacionales quedan obligados en aplicación del principio de convencionalidad, a garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incluidos los Derechos ambientales. Y no solo eso, sino que tienen que aplicarlo *ex officio* lo que es particularmente importante para la construcción de toda una estructura institucional en la defensa del ambiente. De esta forma, el ciudadano encuentra un camino expedito para convertirse en el defensor más activo del ambiente, en una forma concreta y accesible.

En el Sistema Europeo en cambio, encontramos el control de comunitariedad, que si bien es cierto no es exactamente igual al control de convencionalidad en los mismos términos de la CIDH, también permite a los jueces nacionales verificar el cumplimiento, por parte de los Estados, de las obligaciones asumidas por éstos en el ámbito comunitario.

Es de observar que en Europa existe un doble nivel de protección, el que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el que cumple el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual pudiera inducir a pensar que en un momento pudieran surgir criterios contradictorios con respecto a un derecho concreto, pero en la práctica existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio tal como se establece en el Tratado de Lisboa. Y en la declaración 17 relativa a la primacía, se recuerda que los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De tal manera que, en Europa, al igual que en los países interamericanos, los jueces nacionales están obligados a dar prioridad a las normas comunitarias por encima de las normas nacionales, lo que de alguna manera es una forma de control de convencionalidad.

La aplicación del referido control de convencionalidad exige un Poder Judicial formado por jueces lo suficientemente capacitados y comprometidos con el ambiente, y pensamos que no solo los jueces, sino todos los funcionarios públicos que de alguna manera tengan atribuciones en materia ambiental deben tener dicha formación, pues el control de convencionalidad nace como producto de una interpretación según la cual, cuando un gobierno suscribe un Tratado en materia de Derechos Humanos, compromete a todo el Estado y en consecuencia la obligación persigue a todos los funcionarios públicos, incluyendo como es lógico, a los jueces y a todos los otros funcionarios que intervienen en el Sistema de Justicia.

Y esa formación funcional debe y tiene que ser exigida por el ciudadano, en virtud del derecho a la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales, derechos que junto al derecho de acceso a la información, gozan de protección en el Sistema Europeo de Derechos Humanos desde el año 1998, fecha de aprobación del Convenio de Aarhus²⁸ que obliga a los Estados partes a la implementación de todos los mecanismos en el orden interno para hacer efectivo los derechos en él consagrados.

²⁸ Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, del 25 de junio de 1998, Aarhus, Dinamarca. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf, consultado en fecha 5 de septiembre de 2020.

El referido Convenio, desarrolla tres áreas vitales para la defensa del ambiente y que sin duda alguna constituyen la piedra angular para la activación del ciudadano en la defensa ambiental. Y pensamos que en el sistema Interamericano esas tres áreas por separadas también están consagradas en Tratados Internacionales reconocidos y aplicados en la Región.

3. La Ciudadanía activa y el Sistema de Justicia: Binomio necesario en la búsqueda del pleno Estado de Derecho Ambiental.

Lo importante dentro de todo este panorama es que el binomio Ciudadano-Sistema de Justicia tiene que funcionar en forma coordinada, lo cual solo es posible en democracia, sistema de gobierno que tiene que profundizar en todos los mecanismos posibles para acercar el poder al ciudadano en su vida diaria, evitando de esta forma el riesgo que los países firmantes de la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible señalaron:

15. Corremos el riesgo de que estas disparidades mundiales se vuelvan permanentes y, si no actuamos de manera que cambiemos radicalmente sus vidas, los pobres del mundo pueden perder la fe en sus representantes y en los sistemas democráticos que nos hemos comprometido a defender, y empezar a pensar que sus representantes no hacen más que promesas vanas²⁹.

En definitiva, la efectiva defensa del ambiente por parte del ciudadano es posible en virtud de la interpretación que se realice de los Derechos contenidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, interpretación que no está reservada solamente a los Tribunales regionales de protección a los Derechos Humanos (La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), sino que, tal como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del principio de convencionalidad, reforzado con el principio de precaución y reafirmando el principio de progresividad y el derecho de las personas a participar en los asuntos públicos; los jueces nacionales, como miembros del Poder Judicial de cada país, se convierten en los garantes de los derechos del ciudadano cuando en el Estado no existen normas capaces de proteger esos Derechos, o lo hacen en forma más restringida o los contrarían.

Así vemos cómo ese ciudadano comprometido con la defensa ambiental se convierte en el gran vigilante de la actuación de los gobiernos en el tratamiento del ambiente, de tal manera que será el gran colaborador en la construcción de un eficiente y real Estado de Derecho Ambiental. No existe mejor forma para alcanzar ese objetivo. Una vez reconocida la importancia de la democracia, tendrá que activar todos los mecanismos necesarios para exigir en forma permanente el debido comportamiento por parte de los funcionarios públicos encargados del tema ambiental, y por encima de todo, ese ciudadano tiene que reivindicar diariamente uno de los principios básicos en los Derechos Humanos: el principio de progresividad, una especie de automóvil que solo marcha hacia adelante, que no puede retroceder. Principio que protege de esta manera los Derechos Humanos y que impide que cualquier gobernante, embriagado por el poder pueda intentar restringir o limitar derechos humanos ya reconocidos. Principio que naturalmente alcanza al Derecho al ambiente.

²⁹ Organización de las Naciones Unidas, “*Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*. (Documento A/CONF. 199/20), Johannesburgo, 2002. Disponible en: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm, consultado en fecha 15 de octubre de 2020.

VI. CONCLUSIONES

Hemos visto como la situación ambiental del Planeta no obedece precisamente a la ausencia de instrumentos internacionales para su protección. Múltiples y variados han sido los Tratados Internacionales en tal sentido, desde el año 1972, cuando se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, también conocida como la “Primera Cumbre de la Tierra”, hasta el año 2020, fecha cuando celebró de forma telemática, la Cumbre Climática. Lo que sin duda demuestra el nivel de desarrollo conceptual que actualmente existe en materia ambiental y que seguramente se completará cuando en algún momento el ecocidio se incorpore como crimen de lesa humanidad.

Pero pecaríamos de ingenuos si creemos que la conducta depredadora del ambiente desaparecerá por la firma de más Tratados y más compromisos que se asuman. El comportamiento de los países en cuyos territorios se encuentran dos ecosistemas tan vulnerables e importantes para el clima en todo el Planeta como son el Ártico y la Amazonía demuestran inequívocamente que la conducta agresora contra el Ambiente en el Planeta no va a cesar.

Frente a todo lo anterior no queda más opción para los habitantes de los países que el de convertirse en actores principales en la defensa del ambiente, y para ello están obligados a iniciar como ciudadanos, la construcción de un complejo sistema que permita la incorporación de actores que hasta ahora han sido ignorados, para lo cual tendrá que insistirse en la educación, el conocimiento y la información como los pilares sobre los cuales reposará la defensa del Planeta con efectividad. Y aquí es donde surge la democracia como el único sistema de gobierno en el cual las acciones depredadoras que normalmente son realizadas por empresas multinacionales, debidamente autorizadas por los gobernantes, puede ser impedida por el Poder Judicial, por cuanto la independencia y autonomía son dos requisitos indispensables que internacionalmente se exigen en democracia. Para que esos jueces democráticos cumplan su misión de vigilancia y control es necesario que tengan competencia para ser operadores de justicia en el campo de los tratados internacionales, y gracias al control de convencionalidad, concepto jurisprudencial nacido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los jueces están obligados a ser los vigilantes de la vigencia efectiva de los Derechos contenidos en la Convención América sobre Derechos Humanos, teniendo que actuar incluso *ex officio*. De esta manera el ciudadano, en ejercicio de derechos como el de participación, de transparencia y buen gobierno, el de intervención en los asuntos públicos y el de acceso a la justicia, tiene a su mano todo un abanico de normas vigentes en el Derecho Internacional que le servirán de instrumentos efectivos para alcanzar el objetivo buscado: la efectiva defensa del ambiente. Esto es posible en el Sistema Interamericano, pero en el Sistema Europeo igualmente los jueces nacionales están obligados a vigilar que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, estén acordes con el Derecho comunitario.

Por eso la conclusión principal a la que llegamos es que el binomio Ciudadano-Poder Judicial, viene a constituirse, gracias al sistema democrático, en el gran defensor del Ambiente en todo el Planeta.

EL DELITO AMBIENTAL Y LA VIOLACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE

José G. Salvuchi Salgado*

SUMARIO

Introducción. I. Noción general. II. Preocupación universal por el ambiente. III. El derecho a un ambiente sano y adecuado. 1. Base jurídica. 2. Base constitucional. 3. Principios fundamentales. 4. El desarrollo y el ambiente. 5. El desarrollo sostenible. IV. Los intereses difusos y la tutela judicial del ambiente. V. Relación entre empresa y medio ambiente. VI. Principios generales para una política ambiental. VII. El delito ambiental dentro del derecho penal económico. VIII. Relación entre economía, ambiente y delito. IX. Delitos ambientales más comunes contra el derecho humano al ambiente. X. Carácter supraeconómico del delito ambiental violatorio del derecho humano al ambiente. Conclusiones.

*Un derecho no es tal, si no existe la posibilidad
de acudir ante y frente al Estado a reclamar
su respeto y cumplimiento.*

Vásquez Martínez

INTRODUCCIÓN

Entre las más recientes expresiones del desarrollo progresivo del Derecho de los derechos humanos, está el reconocimiento cada día en más países y regiones, particularmente después que se aprobó la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, en 1972¹, del derecho al ambiente sano y adecuado como uno de los derechos humanos fundamentales. En el campo jurídico se ha trabajado intensamente para darle precisión legal, alcanzándose varios logros en la búsqueda y formulación de sus mecanismos de protección.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello y actual doctorando en Derecho de dicha Universidad, y en Ciencias Gerenciales de la Universidad Latinoamericana y del Caribe (sede Venezuela). Consultor legal y gerencial en las áreas del Derecho Público, Ambiental, Energético, Corporativo, Digital e Internacional; así como en gerencia estratégica, liderazgo y negociación. Experiencia en los sectores ambiental y petrolero venezolano, y en planificación y banca pública internacional. Profesor universitario (UCAB, UCV, UNIMET).

¹ Esta Declaración es el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

El punto de partida del desarrollo del derecho humano al ambiente sano se expresa en el primer principio de la Declaración de Estocolmo, que dice así:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuada en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras (...)².

A partir de la década de 1970 y hasta el presente, el derecho a un ambiente sano ha sido incorporado a la también progresiva normativa nacional, regional y universal de los derechos humanos. Ya hay un importante *corpus juris*, lo suficientemente amplio y preciso, como para que hoy se hable de la existencia de un Derecho Ambiental Internacional y de un Derecho Ambiental Nacional y, dentro de ellos, de un Derecho Penal Ambiental, siendo el contenido de este último la tipificación de los delitos contra el ambiente y la determinación de las penas correspondientes. Casi todas las Constituciones promulgadas desde los años setenta (1970), proclaman y reconocen la existencia de tales derechos³. También lo hacen la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Declaración Solemne de las Naciones Unidas del 28 de octubre de 1982; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador de 1988, que establece en su artículo 11 el “derecho a un medio ambiente sano”⁴; las conclusiones del Seminario Interamericano sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, reunido en Brasilia en 1992; y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, o Cumbre de la Tierra, reunida en Río de Janeiro en el mes de junio de 1992⁵, cuyos logros más señalados fueron poner en acción efectiva a sectores no ecologistas, como los hombres de negocios y también a muchos gobiernos que eran indiferentes, y, finalmente, haber sustituido la concepción ecologista que primó en Estocolmo por la de desarrollo sostenible, que sitúa en el mismo plano y entrelaza, a la vez, el desarrollo y la preservación del ambiente⁶.

Por otra parte, la evolución socioeconómica se reafirma como la forma principal de evolución de la especie humana. Son muchas las dificultades que enfrenta el medio ambiente, entre las que se cuentan: la contaminación producida por la explotación de las riquezas naturales y las actividades relacionadas con el modo de vida, de producir, de consumir y de distraerse el hombre, todo lo cual incide y modela el ambiente.

² Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1973, p. 4.

³ En América Latina, por ejemplo, están las Constituciones de Costa Rica, en 1977; de Perú, en 1978; de Honduras, en 1982; de Ecuador, en 1983; de Guatemala, en 1985; de Nicaragua, en 1987; de Brasil, en 1988; y Venezuela, en 1999.

⁴ *Vid.* Protocolo Adicional en Thomas Buergethal y Dinah Shelton, *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Unidad Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, San José de Costa Rica, 1995, pp. 655 y ss.

⁵ Guillermo J. Cano, *Los resultados de la Cumbre de Río de 1992*. Publicación del Instituto de Política Ambiental, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1993, p. 193.

⁶ Para ahondar en los orígenes y desarrollo del Derecho Ambiental en Venezuela, como uno de los precursores en Latinoamérica y el Caribe: *vid.* Henrique Meier, *Estudios de Derecho y Administración del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables*, Colección Congresos Venezolanos de Conservación N° 3, Publicación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas, 1982; *idem.*, *Derecho, Sociedad y Ecología*, Fondo Editorial Lola de Fuenmayor, Universidad Santa María, Caracas, 1986; e Isabel de los Ríos, *Derecho del Ambiente. Especial referencia a las disposiciones penales*, segunda edición, Cartografía Nacional, Caracas, 1994.

Así, por ejemplo, la contaminación atmosférica a larga distancia termina por transformarse en un problema global, como es el caso de la deforestación peligrosa local, que contribuye globalmente con el efecto invernadero; todo esto lleva a que los diferentes países deban establecer medidas urgentes y regulaciones para prevenir y controlar estas situaciones. De ahí la importancia de reorientar el desarrollo económico para volverlo sostenible, conforme a las necesidades de la generación actual, sin comprometer los derechos de las generaciones futuras a habitar una Tierra vivible y armónica.

La cuestión de los delitos ambientales ha suscitado, en el campo del Derecho Penal y de la Criminología, interesantes puntos de vista, toda vez que los bienes ambientales son bienes difusos que se enmarcan en el ámbito de lo comunitario, a partir de la concepción que los reconoce dentro de la amplia idea del *bien común*, como derechos de todos por igual, por su esencia; así como inapropiables, por su naturaleza, y, por consiguiente, supraeconómicos. Es el caso de Aniyar de Castro, Antoni, Baratta, entre otros, que los consideran como difusos⁷. Sin embargo, este punto de vista, aceptado por una gran mayoría de autores, no es considerado como válido por quienes estiman como bienes económicos a los afectados por los delitos ambientales, a partir del concepto de delitos que afectan intereses supraindividuales como la salud⁸.

Empero, si se observa el tema más allá de los propios bienes ambientales y se mira desde la perspectiva ecológica, se puede afirmar que los delitos ambientales, violatorios del derecho humano al ambiente, deben considerarse como delitos de una categoría jurídica supraeconómica, pues los bienes que se protegen son bienes ambientales autónomos que tienen una relevancia jurídica, social y material más allá de la economía, es decir, que superan, realmente, la noción de lo económico para afectar al bien común de la calidad de vida, como principio rector del Derecho Ambiental, con base al reconocimiento del derecho humano que representa el derecho a un ambiente sano, sobre todo a partir de la Declaración de la Conferencia de Estocolmo de 1972⁹.

De acuerdo con este último criterio, el delito ambiental violatorio del derecho humano al ambiente es de carácter supraeconómico. De ahí, que se ha elaborado este trabajo, *sin que el ello pretenda ser un análisis acabado del mismo*.

I. NOCIÓN GENERAL

El ambiente constituye hoy día una gran preocupación no solamente en los países ricos o desarrollados, sino también en los países pobres que padecen el subdesarrollo o la marginación.

El hombre, como especie viviente, forma parte de un sistema complejo de relaciones e interrelaciones con el medio natural que lo rodea. El ambiente es el conjunto de factores que influyen sobre el medio en el cual el hombre vive.

El diccionario de la lengua española de la Real Academia¹⁰ dice que *ambiente* son las condiciones o circunstancias que rodean a las personas, animales o cosas. Circunstancias estas de carácter físicas, sociales, económicas, culturales y políticas, de un lugar, una colectividad o una época, según fuere el caso. En otras palabras, el *am-*

⁷ José F. Martínez, *Ley Penal del Ambiente y delito ecológico*, Editorial Alfa, Mérida, Venezuela, 1993, p. 253.

⁸ Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, Editorial Ariel-Derecho, Barcelona, España, 1985, p. 14.

⁹ Jérôme Fromageau y Philippe Guttinger, *Droit de l'Environnement*, Éditions Eyrolles, Paris, 1993, p. 47.

¹⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Tomo I, vigésima primera edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.

biente es lo que rodea algo o a alguien como elemento de su entorno¹¹. Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)¹² define al *ambiente* como el compendio de valores naturales o artificiales, sociales y culturales existentes en un lugar y momento determinado, que influye en la vida material y psicológica del hombre y en el futuro de las generaciones venideras.

Ahora bien, profundizando en el estudio que nos ocupa puede comprenderse el impacto y los efectos negativos que se ocasionan en el ambiente, a consecuencia de la actividad del hombre, por lo demás, generadora de inmensa cantidad de desechos.

Es así como, entonces, el derecho subjetivo a gozar de un medio ambiente adecuado es un derecho humano reconocido por el Derecho Internacional, cuyo fundamento es la dignidad de la persona que no valida conductas inadecuadas frente al ambiente. De modo que siendo el derecho a un ambiente sano un derecho sustantivo universal, colectivo y con incidencia en la esfera individual del ciudadano, es por tanto un derecho intergeneracional, comprometido con el derecho a la salud y con la calidad de vida de las personas.

En Venezuela, por primera vez en la historia constitucional del país, se estableció un Capítulo “De los Derechos Ambientales”, en la Constitución de 1999, donde se identifican los principios fundamentales para la formulación e implementación de la nueva política ambiental del país, contenidos de manera expresa en los arts. 127, 128, y 129, complementándose con el resto del articulado de la Carta Magna, reconociéndole a todo ciudadano el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado y sano, y sus mecanismos de tutela efectiva; exigiéndose los estudios de impacto ambiental para las actividades susceptibles de degradar los ecosistemas; y estableciendo el principio del desarrollo sustentable con el ánimo de salvaguardar la permanencia en el tiempo de las generaciones futuras. Así, los derechos ambientales se equiparán a derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, educación, entre otros. En consecuencia, cualquier contravención a los derechos ambientales habilita a toda persona para acceder a la justicia y hacer valer sus derechos e intereses, tanto individuales como colectivos, en procura de su tutela (art. 26, CRBV).

Entonces, desde la perspectiva del desarrollo sostenible que recoge la Constitución de 1999¹³, se aportan los criterios de racionalidad y proporcionalidad que modulan la gestión del Estado y la participación del ciudadano. El interés ambiental que ella contempla amplía el marco clásico de las políticas de bienestar, incorporando vitalidad y fuerza renovadora a todo el sistema jurídico, cuya tendencia es estructurar un Estado social y ambientalmente bien orientado¹⁴.

En otro sentido, se ha observado frecuentemente que muchas actividades realizadas por personas o industrias afectan gravemente los recursos del ambiente como el aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna y los minerales, los que son considerados delitos ambientales que traen como consecuencia la aplicación de sanciones civiles, penales e, incluso, administrativas.

¹¹ *Idem*. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario, actualización 2020. Disponible en: <https://dle.rae.es/ambiente>; consultado en fecha 25 de noviembre de 2020.

¹² Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Sexto informe Perspectivas del Medio Ambiente Mundial (GEO 6)*, Sección de Servicios de publicaciones, ONUN, Nairobi, 2019, p. 9.

¹³ Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

¹⁴ José G. Salvuchi Salgado *et. al.*, *El derecho a un ambiente sano en la Constitución de 1999*, en Aspectos Ambientales en la Constitución de 1999, Asociación Venezolana de Ejecutivos, Caracas, 2000, pp. 32-60.

Las sanciones civiles están descritas en las leyes que establecen las acciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, prohibiendo aquellas que puedan causar un daño. Por su parte, las sanciones administrativas están contempladas en la Ley Orgánica del Ambiente¹⁵ y en otras normas regulatorias de evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente.

Finalmente, las sanciones penales están descritas en la Ley Penal del Ambiente¹⁶, que tiene por objeto tipificar como delitos los hechos que violen las disposiciones establecidas como prohibidas en las leyes.

Asimismo, los impactos económicos tanto a nivel nacional como internacional, producto del desarrollo industrial, conduce a comprender lo urgente de la aplicación de medidas orientadas a la conservación de la vida del planeta.

Pudiera decirse que desde la aparición de las sociedades humanas hasta el advenimiento de la revolución industrial avanzada (siglo XIX), el hombre convivió con la naturaleza, debido a que los modos de producción esclavista, feudal y del capitalismo pre-imperialista no se comportaron, en sentido lato, con una agresividad significativa contra la naturaleza. Pero a partir del siglo XIX, la expansión económica y el uso indiscriminado de la ciencia y la tecnología para la extracción de recursos naturales, para la producción de bienes de consumo de manera masiva, sin percatarse del deterioro ambiental, de la producción de desechos tóxicos y de las consecuencias que estos hechos provocarían, se ha generado a nivel global un daño ambiental que se ha expandido mundialmente y que ha exigido a partir de la década del cincuenta (1950) una intervención de los Estados, con base en la ciencia ecológica moderna, para ordenar la producción y la explotación irracional de la naturaleza.

Dentro de los múltiples esfuerzos asumidos por los Estados, además de los diversos Convenios, Tratados, Conferencias, Protocolos y Acuerdos Internacionales, está el de cumplir con la regulación jurídica del uso de los recursos naturales, tomando como base la información ecológica para la elaboración de las normativas jurídicas ambientales. En este sentido, el Derecho Penal ha tenido un rol fundamental y países como Alemania, Francia y Venezuela, han asumido una posición penalizadora de los comportamientos anti-ecológicos o anti-ambientales, a partir de una concepción del delito que considera a tales comportamientos como criminosos ecológicamente. En este orden de ideas, es significativo afirmar que el ambiente se ha comenzado a estimar como un valor jurídico propio y que, desde el punto de vista penal, este valor ha adquirido la condición de un bien jurídico-penal protegido, a través de la tipificación de aquellos comportamientos anti-ambientales como delitos ecológicos o ambientales.

En razón de lo expuesto, puede decirse, entonces, que el Derecho ha elevado a la condición de bienes jurídicos a los bienes ambientales al darles su específica protección penal; debido a los riesgos a los que se encuentra sometido el ambiente por la actividad económica e irracional de la sociedad.

II. PREOCUPACIÓN UNIVERSAL POR EL AMBIENTE

La naturaleza por sí misma produce grandes fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como glaciaciones, erupciones volcánicas, terremotos, inundaciones y tempestades. Lo que diferencia a estas alteraciones de las inducidas por el hombre,

¹⁵ Venezuela. *Ley Orgánica del Ambiente*, publicada en Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario, del 26 de diciembre de 2006.

¹⁶ Venezuela. *Ley Penal del Ambiente*, publicada en Gaceta Oficial N° 39.913, del 2 de mayo de 2012.

es que estas últimas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y pueden alterar gravemente los sistemas terráqueos¹⁷.

Otras perturbaciones ambientales se observan, actualmente, con profunda preocupación de los gobiernos y organizaciones ambientalistas, en lo que se ha dado en llamar el cambio climático. Esto es el calentamiento global o efecto invernadero y las actividades colectivas que conllevan el uso irracional de los recursos naturales haciendo peligrar la subsistencia de la diversidad de las especies y el agotamiento de los recursos naturales renovables¹⁸.

Así, la preocupación de la humanidad apunta a la necesidad de preservar el patrimonio ambiental para las generaciones futuras, poniéndose énfasis en el concepto de desarrollo sostenible como eje de la política conservacionista de la aptitud ambiental para el porvenir del género humano. De este modo, el derecho a un ambiente sano se nos presenta hoy como la consecución del mayor bienestar posible que el hombre puede alcanzar, a través de su desarrollo humano y calidad de vida. Cabe destacar que la calidad de vida habrá de funcionar como parámetro de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido este en su sentido más amplio, relacionándose con los recursos naturales, pero implicando también sensaciones psicológicas, estáticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social. Es decir, que el ambiente concierne no solo a la naturaleza, sino al hombre en sus relaciones sociales, de trabajo y de descanso.

No obstante, parece obvio señalar que la calidad de vida supone previamente el cumplimiento por parte del Estado de sus funciones esenciales para satisfacer las necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud y educación, a través de servicios públicos adecuados que lleguen, inclusive, a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos de tales recursos.

El programa de trabajo de la Comisión de la Comunidad Económica Europea para 1988, asumido luego por la actual Unión Económica Europea, expresa: “El ámbito del medio ambiente representa el marco indispensable para el mantenimiento y la mejora de la calidad de vida”¹⁹.

III. EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ADECUADO

1. Base jurídica

Se han formulado principios básicos de Derecho y declaraciones generales de carácter internacional que constituyen hoy los fundamentos de una normativa para la protección y salvaguarda del derecho humano a un ambiente sano y adecuado.

En primer lugar, está el hecho que la Declaración de la Conferencia de Estocolmo pone en un mismo plano, equiparándolos, los derechos a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente sano. Allí se afirma que el Estado no solo está obligado a salvaguardar la libertad y a procurar la igualdad entre sus ciudadanos, sino que también está obligado a proteger el ambiente, para

¹⁷ José G. Salvuchi Salgado, “La estrategia global del ambiente para alcanzar la sostenibilidad del desarrollo humano”, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, N° 72, 2018, Caracas. Disponible en: <http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/article/view/4137/3496>; consultado en fecha 6 de enero de 2021.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Eduardo Padilla Hernández, *Lecciones de Derecho Ambiental*, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 2000, pp.237-238.

lo cual debe tomar medidas especiales, preventivas o represivas, dirigidas a evitar y castigar los delitos ecológicos o ambientales.

En segundo lugar, este principio está incorporado como norma jurídica de la Constitución de más de cuarenta países. En casi todas las legislaciones nacionales en donde existe, esta disposición constitucional se complementa con leyes internas que la desarrollan. Tales leyes, normalmente, disponen que al derecho a disfrutar de un ambiente sano corresponde, como lógica y necesaria contrapartida, el deber legal y no solo moral de los ciudadanos de proteger y conservar el medio ambiente.

En efecto, estas normas básicas carecerían de eficacia si se limitaran al mero reconocimiento, por parte de la ley o de los instrumentos internacionales, de las correspondientes obligaciones tanto del Estado como de los ciudadanos en el cuidado y conservación del ambiente. Bien es sabido que para que se pueda pasar del principio moral, del mero deber ser, a la norma jurídica, es decir, a la obligación exigible, es necesario también la precisión en cuanto a los procedimientos y demás elementos jurídicos orientados a asegurar su cumplimiento. La cuestión de saber cómo los ciudadanos pueden hacer valer ese derecho es un problema de organización de recursos²⁰.

En el mundo de los derechos humanos, los tratados o las leyes crean obligaciones a los Estados para con las personas bajo su jurisdicción, por lo que al ratificar el tratado o promulgar la ley correspondiente el Estado entra a ser el sujeto pasivo, el sujeto obligado, el deudor de la obligación; y a su vez, por el mismo acto, los seres humanos bajo la jurisdicción del Estado pasan a ser los sujetos activos, los titulares de los derechos consagrados. En el caso del derecho al ambiente sano, el deudor de la obligación no es solo el Estado, también lo es el ciudadano. Ciertamente, que la primera obligación corresponde al Estado en su condición de ente jurídico que ejerce las potestades legislativas, ejecutivas y judiciales, y que vigila, orienta y administra la vida social dentro de un determinado territorio. Pero los ciudadanos mediante sus acciones u omisiones pueden causar graves daños ecológicos. El derecho humano de los ciudadanos de un Estado a un ambiente sano y adecuado tiene, pues, su inmediata contrapartida en el deber de ese ciudadano de respetar y proteger su medio ambiente.

2. Base constitucional

En el Capítulo IX del Título III de la Constitución de 1999, se consagran los derechos ambientales (arts. 127 a 129) como parte de los derechos humanos, cuyo ejercicio y protección son garantizados por el Estado, con el objeto de permitir un desarrollo humano que conlleve a una calidad de vida digna para las presentes y futuras generaciones, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia. En contraposición, la Constitución de 1961 consideraba tales derechos como innominados, por lo que no figuraban como derechos fundamentales.

En efecto, en lo que se refiere a los derechos ambientales, la Constitución, además de establecer por vez primera en nuestra historia constitucional un Capítulo especialmente dedicado a los mismos, supera, con una visión sistemática o de totalidad, la concepción del conservacionismo clásico que solo procuraba la protección de los recursos naturales como parte de los bienes económicos.

Anteriormente, la protección jurídica del ambiente se caracterizaba por una regulación parcial, cuyo principal objeto era la conservación de los recursos naturales.

²⁰ Alexandre Kiss, "Le Droit a la Conservation de l'Environnement", en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH*, N° 13, enero-junio 1991, San José de Costa Rica, 1991, pp. 77-85.

Ahora, impulsados por una necesidad y una tendencia mundial, los postulados constitucionales exigen que la normativa en esta materia responda a políticas ambientales de amplio alcance que se inscriban en los parámetros contenidos en los tratados internacionales de carácter ambiental, todo ello con el objeto de garantizar un desarrollo ecológico, social y económicamente sostenible, en el que el uso de los recursos por parte de las presentes generaciones no comprometa el patrimonio de las futuras.

En su preámbulo, la Constitución señala entre los fines que debe promover nuestra sociedad, la protección del equilibrio ecológico y de los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad. Consecuentemente con ello, el texto constitucional se caracteriza por desarrollar con la amplitud necesaria, los derechos y deberes ambientales de cada generación; así como por reconocer el derecho que ellas tienen a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. En este sentido, destaca la necesidad de mantener un eficaz desarrollo de la seguridad ambiental en las fábricas y complejos industriales.

Así, los artículos 127 al 129 establecen los siguientes derechos y deberes:

- 1) El derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.
- 2) La obligatoriedad de la educación ambiental en todos los niveles del sistema educativo.
- 3) La protección del ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de importancia ecológica.
- 4) La obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, de garantizar un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono y las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.
- 5) El desarrollo por el Estado de una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, entre otros factores.
- 6) La obligación de presentar estudios de impacto ambiental y socio cultural por cada actividad susceptible de generar daños a los ecosistemas.
- 7) La obligación del Estado de impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas.
- 8) La regulación, mediante ley, del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.
- 9) La determinación de que, en todo contrato que la República celebre y en los permisos que otorgue, que involucren 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 restablecer el ambiente a su estado natural si este resultara alterado, en los términos que fije la ley.

Aunado a ello, estos principios encuentran su complementación en el propio texto constitucional, a través de otras disposiciones y principios que tienen como finalidad el desarrollo ecológico, social y económicamente sostenible del país. Así, encuentran fundamento constitucional la obligatoriedad de la educación ambiental, las limitaciones a la libertad económica por razones de protección del ambiente, el carácter de bienes del dominio público que se atribuye a las aguas, la agricultura sostenible como base estratégica del desarrollo rural integral, la protección del hábitat de los pueblos indígenas, la protección de la diversidad biológica, entre otros.

3. Principios fundamentales

Existen en la Constitución diversos principios fundamentales dirigidos a proteger y garantizar los derechos humanos, entre ellos, los derechos ambientales, cuya suma se resume en el derecho a un ambiente sano y adecuado. A saber:

- 1) En el Preámbulo se señala que el fin supremo es refundar la República para establecer una sociedad que impulse y consolide la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, el *equilibrio ecológico* y los *bienes jurídicos ambientales* como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.
- 2) En el Título I, de los Principios Fundamentales, se dispone:
 - a. La preeminencia de los derechos humanos (artículo 2).
 - b. Las personas y los grupos sociales han de empeñarse en la realización y ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, mientras que el Estado es un instrumento para la satisfacción de tales fines (artículo 3).
 - c. La supremacía y fuerza normativa de la Constitución, lo que representa la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales, la democracia y la justicia constitucional (artículo 7).
- 3) En el Título III, Capítulo I, de las Disposiciones Generales de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, se señala:
 - a. El Estado garantizará a toda persona, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (artículo 19). Este es el principio de progresividad en la protección de tales derechos.
 - b. Los derechos y garantías que figuren expresamente en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no deben entenderse como negación de los mismos. De allí que la falta de ley reglamentaria de esos derechos no menoscaba su ejercicio (artículo 22). Estos son los derechos innominados.
 - c. En el caso que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado (artículo 23). Este es el principio de supraconstitucionalidad de los derechos humanos.
 - d. Todo acto dictado en el ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos (artículo 25).
 - e. Toda persona puede acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos (artículo 26).
 - f. El amparo se reconoce como una garantía de derecho constitucional, cuya finalidad es la tutela judicial reforzada de los derechos humanos (artículo 27).
 - g. La Constitución impone al Estado la obligación de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos –en los que se incluyen los ambientales– cometidos por sus autoridades (artículo 29).
 - h. Se impone al Estado la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas –o a sus derechohabientes– de las violaciones a los derechos humanos que le sean imputables (artículo 30). Esto constituye una consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial del Estado reconocido en el artículo 140 de la Constitución.

4. El desarrollo y el ambiente

Tal como lo expresa la Declaración de la Conferencia de Estocolmo, la capacidad del hombre de transformar lo que le rodea, si es utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente.

Mientras en los países en desarrollo la inmensa mayoría de los problemas ambientales se derivan del subdesarrollo, la miseria y las injusticias, en los países industrializados los problemas ambientales están, generalmente, relacionados con la creación de riquezas, con la producción, la industrialización y el desarrollo tecnológico. Las causas son diferentes, pero los efectos son los mismos. Si, por una parte, la miseria, la ignorancia, la explotación irracional de los recursos, la quema y la tala, en los países subdesarrollados destruye el ambiente; por la otra, el creciente uso de combustibles contaminantes, el humo de las fábricas, los desechos tóxicos, los detergentes o los aerosoles, circunstancias y elementos de uso común en los países desarrollados, constituyen factores contaminantes y destructores de la naturaleza.

5. El desarrollo sostenible

Desde la publicación del informe de la Comisión Brundtland, en 1987²¹, se planteó y generalizó el principio del “desarrollo sostenible” o también llamado “desarrollo sustentable”, este último como consecuencia de una traducción errónea al castellano de la palabra inglesa sustentable, entendido como aquel proceso por el cual se preserva, conserva y protege solo los recursos naturales, para beneficio de las generaciones presentes y futuras, sin tomar en cuenta las necesidades sociales, políticas ni culturales del ser humano. El desarrollo sostenible puede definirse como el proceso mediante el cual se trata de satisfacer las necesidades económicas, sociales, de diversidad cultural y de un medio ambiente sano de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de las mismas a las generaciones futuras. El asunto tomó cuerpo y hoy constituye una preocupación de la comunidad internacional y de la inmensa mayoría de los Estados. La Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando aprobó la Resolución por la que convocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), enfatizó en la necesidad de promover el desarrollo sostenible²².

En las dos últimas décadas se ha pasado de la mera consideración de la dimensión ambiental en los proyectos de desarrollo, a valorarla como una de las variables fundamentales para las decisiones sobre financiamiento, viabilidad y ejecución de tales proyectos.

En esta tarea de reconocer y dar especial importancia a la variable ecológica, concurren hoy no solo los organismos crediticios internacionales y nacionales de muchos países, sino los diferentes niveles de la administración y opinión pública, además de organizaciones privadas preocupadas por la materia. Muy particularmente, la población afectada directamente y los municipios tienen, actualmente, una efectiva

²¹ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo – Nuestro futuro común (informe Brundtland)*, adoptado mediante decisión N° 14/14 de 16 de junio de 1987 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427.pdf>; consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

²² *Idem.*, *Resolución 44/228 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 22 de diciembre de 1989*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/44/228>; consultado en fecha 4 de diciembre de 2020.

participación en la consideración y decisiones sobre los proyectos y programas de desarrollo que afectan el medio ambiente.

Para que tales controles operen en la práctica, debe suministrarse a la comunidad toda la información para un juicio objetivo. La idea central es que el desarrollo debe orientarse de modo que el crecimiento no agrave la contaminación ni los problemas ambientales y también, muy especialmente, que el crecimiento económico no se vuelva autodestructivo.

Nadie mejor que la comunidad y los gobiernos locales pueden formarse tal juicio objetivo necesario para decisiones de esa naturaleza. Por eso, se requiere el fortalecimiento y modernización tanto de los gobiernos como de las actividades privadas locales y regionales. Ello implica un proceso de descentralización en las distintas esferas de la actividad: en los asuntos públicos y privados. Solo la vigilancia directa que ejercen tales instituciones, fortalecidas por la participación democrática local, operando sobre el terreno y controladas por la opinión pública local, puede evitar el tráfico de influencia, combatir la corrupción y garantizar, al mismo tiempo, la aplicación de la justicia para castigar a los culpables de los delitos ambientales.

IV. LOS INTERESES DIFUSOS Y LA TUTELA JUDICIAL DEL AMBIENTE

Consolidados formalmente los derechos básicos de las personas, primero los de carácter político y después los de naturaleza social, la preocupación en lo jurídico se centra en las reivindicaciones colectivas en el marco del problema universal que produce la explotación demográfica y las modernas técnicas del desarrollo como sustento actual y de las futuras generaciones.

La humanidad se enfrenta ahora al hecho de establecer un ordenamiento jurídico que regule las relaciones de Derecho Público y Privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional de los recursos humanos y a la preservación del medio ambiente, con el propósito fundamental de asegurar una calidad de vida sana y equilibrada y, a la vez, mantener un desarrollo sostenible que garantice iguales condiciones para futuras generaciones.

Son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases sociales o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario²³.

Los intereses difusos, a los que pertenece la protección ambiental, tienen las siguientes características^{24 25 26}:

- 1) Alcance colectivo. Comprometen intereses dignos de respeto de los distintos individuos miembros de una comunidad, más allá de los intereses propios y

²³ Lily Flah y Miriam Smayevsky, *La regulación procesal en el Derecho Procesal Ambiental Americano*, Ediciones L.L., Madrid, 1993, p. 935.

²⁴ Augusto M. Morello, *La tutela de los intereses difusos en el Derecho Argentino*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1999, pp. 25 y ss.

²⁵ Sandra Lucía Rodríguez Rojas y Naryán Fernando Alonso Bejarano, *Mecanismos Jurídicos de Protección Ambiental*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, pp. 80–120.

²⁶ Rafael Badell Madrid, *La Protección de los intereses colectivos o difusos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 27-41 y 93-125.

particulares, de tal modo que se podría decir de ellos que son interés supraindividuales.

- 2) Defensa común. El progreso en la defensa del interés difuso en pos de la tutela ambiental, aunque fuera ejercida por un solo individuo afectado o un solo grupo social, debe beneficiar automáticamente a todos los que están en la misma situación. La decisión jurisdiccional que protege a quien acciona, se extiende por su fuerza expansiva en forma positiva, a la esfera jurídica de otros a quienes afecte el mismo problema ambiental, aunque nada hubieren hecho a favor del medio que les rodea.
- 3) Indiferencia en relación a los derechos subjetivos. Obviamente, quien acciona en defensa de un derecho subjetivo, como sería el daño particular que le causa la contaminación del ambiente provocado por la actividad específica de una persona o personas determinadas, puede obtener la respuesta judicial adecuada sin invocar los intereses difusos que son alcanzados, indiferenciadamente, en relación a un grupo indeterminado.

V. RELACIÓN ENTRE EMPRESA Y MEDIO AMBIENTE

El sector productivo ha sido encargado de permitir que la sociedad como tal, avance incrementando su bienestar al ir satisfaciendo las necesidades básicas, mediante el avance tecnológico. Aunque estos avances son necesarios, no dejan de generar impactos ambientales, tanto positivos como negativos, que adquieren tal denominación según su entorno y el tipo de actividades en las cuales son generados.

En toda organización empresarial se generan impactos ambientales desde el momento en que se elaboran, se seleccionan y adquieren los insumos y las materias primas hasta el consumo final del bien o servicio, pasando por el proceso de producción. Es por esto, que la relación entre empresa y medio ambiente es tan estrecha, por lo que debe mirarse a la empresa en forma integral, como consumidora de insumos y materias primas, como responsable de los procesos productivos y en la distribución del bien o en la prestación del servicio. Estos impactos pueden ser mayores o menores en las diferentes etapas de la producción y pueden ser de tipo interno o externo, dependiendo del área de influencia donde se generan.

En general, todas las actividades productivas afectan al medio ambiente, pero hay unas que son especialmente susceptibles de generar los mayores impactos negativos en el ambiente, tales como: la agricultura, la ganadería, la industria, la minería, el comercio, la construcción, el turismo, el transporte y la prestación de servicio públicos. Entre los posibles efectos de estas actividades sobre los recursos naturales están la contaminación del aire, del agua y del suelo; el deterioro de la flora, la fauna y el suelo; la contaminación por ruido, por vibraciones, por la mala disposición de residuos sólidos y residuos peligrosos; la contaminación del paisaje y el deterioro de la salud, tanto de las personas que viven alrededor del sitio de impacto, como de los mismos trabajadores; así como también, las modificaciones culturales que fomentan comportamientos y actitudes en contra del ambiente²⁷.

Cabe preguntarse, entonces, si es posible compatibilizar el medio ambiente y el desarrollo. A este respecto, es importante aclarar que el problema ambiental surge de las malas relaciones dadas entre el hombre, su estilo de vida y la tecnología. En este sentido, el enfoque neoliberal ha tenido graves y profundas repercusiones sobre

²⁷ Diego José Vera Jurado, *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pp. 64-73.

el ambiente, al omitir la integración entre la biosfera y el hombre, pues no permite un pensamiento ecológico que luche por la perpetuidad de la especie humana. Casi nadie se compromete con las generaciones futuras y mucho menos asimila la idea de que el medio ambiente es finito y que por las acciones antrópicas se está deteriorando a pasos agigantados²⁸.

Ante este panorama, han surgido numerosos enfoques donde la preservación y la conservación del ambiente se ha convertido en un tema prioritario. Es un tema obligado para las empresas que, en general, han concluido en la necesidad de integrar, obligatoriamente, el componente ambiental en todos los procesos para mejorar la competitividad y desarrollar nuevos mercados, aún si la inversión inicial es muy alta y los costos aumentan más de lo previsto, superando las ganancias a corto plazo. Es por eso que resulta menester direccionar hacia la reconversión industrial y lograr una producción ambientalmente limpia y económicamente viable²⁹. No debe olvidarse que evitar la contaminación es mucho menos costosa que corregirla. Un buen gerente sabe que todo proceso productivo, por muy eficiente que sea, genera residuos y desechos contaminantes. El reto de la Eco – eficiencia está en producir más, desperdiciando menos. De allí, que procesos como el reciclaje y el re-uso son fundamentales en la nueva empresa o en cualquier organización empresarial que desea sobrevivir al tiempo.

Así, en la medida en que los gobiernos dicten leyes que prohíban deteriorar más el ambiente y los consumidores exijan más y mejores productos y servicios ambientalmente seguros, la supervivencia y desarrollo de las empresas estarán condicionados por el medio ambiente. El eco-etiquetado y los sellos verdes son una realidad no coyuntural. Por eso, el ambiente es un factor de producción más que garantiza el éxito comercial de cualquier empresa³⁰.

VI. PRINCIPIOS GENERALES PARA UNA POLÍTICA AMBIENTAL

Con base en los tratados, acuerdos, convenciones y protocolos internacionales en materia ambiental, acogidos y ratificados en su mayoría por Venezuela³¹, y a las disposiciones legales dictadas en dicha materia por los órganos legislativos y administrativos del país³², así como a los derechos ambientales consagrados como fundamentales en la mayoría de las constituciones de los países del mundo, incluyendo la venezolana, resulta viable elaborar una serie de principios que resuman y soporten, doctrinariamente, una política ambiental de aplicación global³³. A saber:

²⁸ Bernard J. Nebel, y Richard T. Wright, *Ciencias Ambientales. Ecología y desarrollo sostenible*. 6ª edición, Prentice Hall Hispanoamericana, S.A., México, 1999, pp. 352 y ss.

²⁹ Vandana Shiva, *Las Guerras del Agua. Privatización, Contaminación y Lucro*. Siglo Veintiuno Editores, México, 2003, pp. 34-37.

³⁰ José G. Salvuchi Salgado, “La globalización ambiental y el desarrollo sostenible”, en: *Revista Protección Ambiental*, N° 8, enero - marzo 2002, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas, 2002, pp. 29-45.

³¹ *Vid.* A modo de ilustración, *Acuerdos multilaterales de Venezuela en materia ambiental*, Volumen 6, Serie de investigación, Instituto de Altos Estudios Diplomáticos “Pedro Gual”, publicación conjunta de los Ministerios de Relaciones Exteriores y del Ambiente y los Recursos Naturales, Caracas, 2000.

³² *Vid.* En Venezuela, *Listado de legislación ambiental venezolana. Un apoyo para mejorar el desempeño ambiental*, elaborado por PlaniGestión, C.A., Consultoría Ambiental, Caracas, 2019. Disponible en: https://planigestion.com/Documentos/PlaniGestion_Listado_Legislacion_Ambiental.pdf; consultado en fecha 23 de enero de 2021.

³³ José G. Salvuchi Salgado, “El ambiente como estrategia geopolítica para el desarrollo humano sostenible”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 159, julio-diciembre 2019,

- 1) Ambiente y Desarrollo deben ser compatibles. El desarrollo no puede alcanzarse sin el aprovechamiento de los recursos naturales, pero la intervención en la naturaleza debe ser de tal manera que se garantice que su capacidad de renovación no sea rebasada. Así, una buena política ambiental no significa una traba al desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su condición *sine qua non*.
- 2) El uso de los recursos ambientales debe ser racional. Consagra el derecho de la humanidad de servirse de la naturaleza, pero el uso debe ser racional, es decir, debe garantizar indefinidamente la integridad del recurso y su rendimiento sostenido, augurando la posibilidad de legarlos en las mejores condiciones posibles a las generaciones futuras.
- 3) La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente son de utilidad pública. Ello se traduce en dos consecuencias capitales:
 - a. El bien de la sociedad debe prevalecer sobre los derechos de sus integrantes, lo cual implica limitaciones a las actividades individuales.
 - b. La sociedad tiene derecho a vivir en condiciones ambientales adecuadas que le permitan satisfacer sus necesidades básicas y el Estado tiene la obligación de garantizarlo.
- 4) La complejidad del ambiente y del desarrollo requieren un tratamiento integral. El ambiente es producto de diferentes factores sociales (cultura, educación, tradiciones), bióticos (ecosistemas naturales) y físicos (clima, topografía, hidrografía). De allí que su tratamiento debe ser integral, es decir, debe tomar en cuenta todos los factores, así como sus interrelaciones.
- 5) Cada nivel del desarrollo genera sus propios problemas ambientales y requiere soluciones específicas. No existe un grado de desarrollo común a todos los países y dado que ello va a incidir en el ambiente, los problemas ambientales que se presenten y sus soluciones son, también, diversos. Así, se hace necesario analizar los problemas de cada país e, incluso, de cada región dentro de un país, para aplicar sus soluciones específicas.
- 6) Es permisivo o tolerable cierto daño ambiental. Ninguna actividad humana se produce sin el consumo de la naturaleza y el hombre tiene derecho a intervenirla. Conciliar las actividades del desarrollo y la protección del ambiente, significa la adopción de criterios flexibles entre los cuales es fundamental el principio del daño permisible, vale decir, la posibilidad de permitir actividades susceptibles de degradar el ambiente, en forma no irreparable, que se consideren necesarias por cuanto reporten beneficios económicos o sociales evidentes y siempre que se adopten medidas para limitar y reparar los daños y sus efectos³⁴.
- 7) La calidad del ambiente depende de la participación de toda la población. Es preciso la participación ciudadana al lado de los organismos del Estado en la ejecución, vigilancia y control de programas, y en los procesos de toma de decisiones sobre actividades con incidencias en el ambiente.
- 8) El problema ambiental es mundial. Ni los ecosistemas naturales ni la contaminación respetan o reconocen las fronteras políticas. En este sentido, el manejo de los recursos naturales y la lucha contra la contaminación precisan acuerdos y concurso entre las naciones.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, pp. 107-142. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/Bolet%C3%ADn-159.pdf>, consultado en fecha 4 de enero de 2021.

³⁴ Sobre cómo restaurar las funciones ecológicas alteradas, *vid.* Alberto Blanco-Uribe, *Consideraciones sobre el daño ambiental y sus criterios de valoración económica*, en Revista Protección Ambiental N° 4, septiembre – noviembre 1998, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Caracas, 1998, pp. 43-51.

VII. EL DELITO AMBIENTAL DENTRO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Podría pensarse que los delitos ambientales o de protección al medio ambiente en nada se relacionan con el orden económico y social, Sin embargo, es importante tener en cuenta que el delito ambiental ante todo es un delito social, toda vez que afecta las bases de la existencia social y económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, y pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre – espacio.

Si bien un sector de la doctrina considera que las normas penales económicas tienen una finalidad diferente al ordenamiento jurídico ambiental, otro grupo se inclina por incluirlas, en vista que al vulnerarse los recursos naturales, inexorablemente las relaciones económicas basadas en el comercio y consumo de los mismos sufriría un desequilibrio considerable, a tal punto que muchos de los mercados no contarían con la oferta necesaria frente a la gran demanda, lo que de suyo impactaría en la elevación de los precios.

Para sostener la economía moderna, será de imperiosa necesidad la aplicación de una correcta investigación, detección y radicación de cualquier tipo de impacto ambiental, no en vano está proliferando en las grandes compañías a nivel mundial, la concientización del cuidado al medio ambiente como garantía de un futuro cierto y como política empresarial de crecimiento y desarrollo.

Así, Tiedemann³⁵ considera incluidos en el concepto amplio de Derecho Penal Económico en Alemania el “*derecho de ordenamiento de la economía hídrica*”, el cual es muy significativo para la protección del medio ambiente, junto con el “*derecho de la economía minera y energética*”.

El Derecho Penal Económico en sentido amplio se extiende, así, a todas las conductas delictivas que se constatan en las relaciones económicas derivadas de la producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios; de ahí que permite definirlo como un conjunto de normas que sancionan con penas las conductas que afectan al desarrollo del sistema económico o de sus instituciones.

VIII. RELACIÓN ENTRE ECONOMÍA, AMBIENTE Y DELITO

Los impactos económicos tanto a nivel nacional como internacional, producto del desarrollo industrial, conduce a comprender lo urgente de la aplicación de medidas orientadas a la conservación de la vida del planeta.

En efecto, la actividad económica desarrollada por el hombre influye sobre la naturaleza en el sentido de ir modificando los espacios naturales al instalarse en ellos, de acuerdo con su grado de evolución social, y de ir consumiendo los bienes naturales al requerirlos para la producción de sus bienes materiales. Durante este proceso de intervención sobre la naturaleza el hombre “...perfecciona sus aptitudes y adquiere nuevos conocimientos...”³⁶ para avanzar en la producción de nuevos bienes materiales y mejorar sus condiciones de vida. Para conocer la naturaleza, el hombre se ha valido de su experiencia, de su reflexión sobre sus relaciones con ella, de cómo se comporta ella, de cuáles son los seres o especies que en ella existen y qué seres o

³⁵ Klaus Tiedemann, ob. cit., pp. 23-24.

³⁶ M. Ríndina y G. Chernicov, *Economía Política del Capitalismo*, Editorial Cartago, Buenos Aires, 1975, p. 8.

especies le son útiles y cuáles no, generándose así un conocimiento de la naturaleza de carácter directo.

Pudiera decirse que desde la aparición de las sociedades humanas hasta el advenimiento de la revolución industrial avanzada (siglo XIX), el hombre convivió con la naturaleza, debido a que los modos de producción esclavista, feudal y del capitalismo pre-imperialista no se comportaron, en sentido lato, con una agresividad significativa contra la naturaleza. Pero a partir del siglo XIX, la expansión económica y el uso indiscriminado de la ciencia y la tecnología para la extracción de recursos naturales, para la producción de bienes de consumo de manera masiva, sin percatarse del deterioro ambiental, de la producción de desechos tóxicos y de las consecuencias que estos hechos provocarían, se ha generado –a nivel global– un daño ambiental que se ha expandido mundialmente y que ha exigido, a partir de la década del cincuenta (1950), una intervención de los Estados, con base en la ciencia ecológica moderna, para ordenar la producción y la explotación irracional de la naturaleza.

Dentro de los múltiples esfuerzos asumidos por los Estados, además de los diversos Convenios, Tratados, Conferencias, Protocolos y Acuerdos Internacionales, está el de cumplir con la regulación jurídica del uso de los recursos naturales, tomando como base la información ecológica para la elaboración de las normativas jurídicas ambientales. En este sentido, el Derecho Penal ha tenido un rol fundamental y países como Alemania, Francia y Venezuela, han asumido una posición penalizadora de los comportamientos anti-ecológicos o anti-ambientales, a partir de una concepción del delito que considera a tales comportamientos como crímenes ecológicamente. En este orden de ideas, es significativo afirmar que al ambiente se le considera –cada vez más– como un valor jurídico propio y que, desde el punto de vista penal, este valor ha adquirido la condición de un bien jurídico-penal protegido, a través de la tipificación de aquellos comportamientos anti-ambientales como delitos ecológicos o ambientales.

Lo anterior implica la plena aceptación de la tesis que el “...derecho tiene como misión mantener la incolumidad de los bienes jurídicos. La pena previene a todos los ciudadanos que la sociedad no aceptará un menoscabo de los bienes jurídicos y que si se produce se aplicará el mal de la pena”³⁷. De igual manera, implica que se acepta la tesis de von Liszt de acuerdo con la que todos los intereses sociales que adquieren la condición de bienes jurídicos son aquellos estimados “...como intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico”³⁸.

En razón de lo expuesto, puede decirse, entonces, que el Derecho ha elevado a la condición de bienes jurídicos a los bienes ambientales al darles su específica protección penal, debido a los riesgos a los que se encuentra sometido el ambiente por la actividad económica e irracional de la sociedad. A este respecto, Bustos Ramírez señala que, “Conforme a esto podemos decir que el derecho penal y los códigos lo único que hacen es recoger los bienes jurídicos que van determinando el desarrollo social. De ese modo, se determinan los bienes protegidos en cuanto a su jerarquía, esto es, el orden de protección”³⁹.

³⁷ Juan Bustos Ramírez, *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*, Editorial Temis. Bogotá, 1982, p. 30.

³⁸ *Ibid.*, p. 31.

³⁹ *Ibid.*, p. 31.

IX. DELITOS AMBIENTALES MÁS COMUNES CONTRA EL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE

La delincuencia ambiental se ha convertido en un grave problema a nivel internacional, estando algunas de sus formas entre las actividades delictivas más rentables del mundo⁴⁰. Los más comunes delitos contra el medio ambiente y, por tanto, contra el derecho humano a un ambiente sano y adecuado, tienen que ver con la explotación ilícita de la fauna y la flora silvestres, la contaminación y el comercio, y la eliminación de residuos peligrosos. Veamos, algunos supuestos considerados como graves y más resaltables^{41 42}:

- 1) Tala indiscriminada. Es la principal causa de la deforestación. La destrucción del Amazonas, la selva más grande del mundo, por ejemplo, se aceleró en el año 2019 con un aumento del 29% de la deforestación, de acuerdo al gobierno de Brasil. La tala descontrolada para conseguir madera para muebles o enseres, o incluso para destinar porciones de tierra a la agricultura, son las causas más graves de este delito ambiental. Otros territorios, como los bosques en Indonesia, desaparecen por el cultivo desmedido para producir aceite de palma. Entonces, ¿cómo puede actuarse contra este tipo de delito? Una manera es exigir madera certificada y otra es evitar productos procedentes de cultivos de agricultura extensiva, lo que significa que está en manos del consumidor contribuir en la eliminación de estos desastres ambientales.
- 2) Vertidos indiscriminados. Empresas, industrias y administraciones públicas son los causantes más habituales de este tipo de delito ambiental. Generalmente, los residuos fecales o tóxicos de las fábricas se eliminan de forma controlada, pero ello no siempre sucede así, pues en muchos casos se liberan de forma descontrolada en el ambiente, contaminando, de este modo, ríos, lagos, acuíferos y otros. Este delito es muy grave, ya que lleva consigo no solo la muerte o enfermedad de la fauna que habita en los lugares, sino que a consecuencia de la filtración del agua en el suelo, llega a contaminar también la flora del entorno, entrando en la cadena alimentaria. Una forma de evitar este problema de vertidos tóxicos es crear colectores de aguas residuales, o estaciones depuradoras, entre otros.
- 3) Tráfico de animales salvajes. Considerado por la Interpol como el tercer tipo de negocio ilícito más importante del mundo, después del tráfico de estupefacientes y de armas, el tráfico con animales salvajes supone una grave amenaza a la supervivencia de la biodiversidad del planeta. En este delito encontramos varios actores, pero uno de los más importantes si no el más, es el consumidor, ya que sin demanda y sin los elevados precios que se llegan a pagar por ellos en el mercado negro, este delito se extinguiría. Además, y como dato macabro, cuanto más en extinción se encuentra la especie, más elevado es su precio. Las especies más demandadas son aves tropicales (loros, guacamayos...), reptiles (serpientes, cocodrilos...), arácnidos (algunos tipos de tarántulas), monos (titís, chimpancés, lémures...), entre otros.

⁴⁰ Tulio Chiossone, *Delitos contra la naturaleza y el Ambiente (Delitos Ecológicos en Venezuela)*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, UCV, Caracas, 1982, p. 15.

⁴¹ Residuos profesional, *Los delitos ambientales ya son el cuarto negocio criminal del planeta*. Disponible en: <https://www.residuosprofesional.com/delitos-ambientales-negocio-criminal/>; consultado en fecha 26 de diciembre de 2020.

⁴² Interpol, *Delitos contra el medio ambiente*. Disponible en: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-medio-ambiente>; consultado en fecha 26 de diciembre de 2020.

Pero el tráfico con animales no es únicamente para su compra como animales de compañía, también encontramos casos tan graves como la venta de marfil de elefante en el mercado negro, del cuerno de rinoceronte, o productos del tigre, utilizados para artículos de decoración y/o en la medicina tradicional china. También por sus pieles o por *souvenires*, como los hechos de concha de tortuga, marfil y otros. Países como Vietnam, China y Tailandia se cuentan entre los de peor récord en el tráfico de partes de animales en peligro, de acuerdo con el World Wild Found.

- 4) Aleteo de tiburón o *finning*. Alrededor de 100 millones de escualos son capturados cada año mediante barcos especializados y hasta 70 millones de ellos solo para arrancarles -en vivo- la aleta en el barco y ser luego devueltos al mar, mutilados y heridos de muerte. Esta práctica lleva consigo una muerte lenta y dolorosa, y está prohibida en la Unión Europea desde el año 2003. Sabiendo que un kilo de aleta de tiburón se cotiza en el mercado asiático en 600 euros o 750 US\$, aproximadamente, el negocio con el *finning* parece más que evidente. Vale la pena, entonces, tenerlo en cuenta antes de considerar pedir la famosa sopa de aleta de tiburón que se anuncia en el menú de muchos restaurantes asiáticos y pensar, así, de dónde proviene, pues los tiburones, además de seres hermosos y poderosos ejemplares marinos, también son animales esenciales en la cadena trófica de los océanos y, por lo tanto, en su supervivencia.
- 5) Mala gestión de residuos electrónicos. Cada año se producen en los llamados países desarrollados o industrializados hasta 50 millones de toneladas de residuos electrónicos (ordenadores, televisores, teléfonos móviles, electrodomésticos, etc.), y se estima que hasta el 75% de todos ellos desaparece del circuito oficial y una buena parte se exporta ilegalmente a África, China o India. Es el caso del vertedero de Ghana, por ejemplo, el cual se ha convertido en un gran basurero electrónico proveniente de occidente. A pesar de estar prohibida en algunos lugares la exportación de residuos peligrosos (incluidos los electrónicos), como, por ejemplo, en los países de la Unión Europea desde 1992, gran parte de esta basura, que debería ser tratada, acaba en estos remotos lugares contaminándolo todo. Así, una manera de actuar puede ser exigiendo a los gobiernos medidas de reciclaje adecuadas al ritmo de producción y consumo de la población, para que no acaben convirtiéndose en contaminantes basureros en cualquier rincón del mundo.

Cabe destacar, que dentro de la importancia que se da a los delitos sobre el medio ambiente, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones también conducen a la explotación de personas, delitos de corrupción, blanqueo de capitales y homicidios (como en el caso de la trata ilegal), así como muchos otros relacionados, toda vez que, de una manera u otra, estos delitos ambientales afectan al ser humano por igual y, por consiguiente, a su calidad de vida.

En la actualidad, existen otros delitos también muy graves de reciente aparición, como son los relacionados con el comercio de emisiones de carbono, y tanto los nuevos como los antiguos, han de ser vigilados para conseguir un futuro más sostenible en el que no se continúe degradando el ambiente.

X. CARÁCTER SUPRAECONÓMICO DEL DELITO AMBIENTAL VIOLATORIO DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE

El delito ambiental ha surgido como una respuesta jurídico-penal a las diversas formas de explotación irracional de los recursos naturales y las múltiples consecuencias generadas por el sistema económico que afectan al ambiente, contaminándolo, degradándolo y modificándolo en detrimento de la calidad de vida del ser humano.

Responde, por consiguiente, a la necesidad de reorientar la actividad económica de la sociedad para que esta se realice de modo planificada, teniendo como base un programa social en el que el hombre y la naturaleza tengan un valor definido y extraeconómico, así como también, un valor propio y adecuado a su estructura física y a sus relaciones bióticas y abióticas, es decir, a las relaciones entre el entorno físico y los seres vivos, incluyendo dentro de estos al hombre.

De este modo, por ejemplo, la Ley Orgánica del Ambiente, en sus Disposiciones Generales, recoge los principios jurídicos que deben regir toda la actividad económica de la sociedad venezolana en función de la protección ambiental, con el propósito último de beneficiar con ellos la calidad de la vida. Tales principios se orientan hacia la utilidad pública de la protección ambiental, la planificación integral del desarrollo económico, la racionalización de la explotación de los recursos, la regulación de las actividades de intervención en la naturaleza, la educación ambiental y la puesta en práctica de una política internacional para la defensa del ambiente. Mediante la aceptación de este modelo jurídico, Venezuela ha acogido las propuestas mundiales de Naciones Unidas en materia ambiental.

Es así como, entonces, la vigencia de esta normativa ambiental, ha permitido que el Derecho Penal intervenga penalizando los comportamientos anti-ambientales, recurriendo a las técnicas de la teoría del delito y a los principios clásicos como el de los bienes jurídicos protegidos, creando tipos penales especiales que sancionan específicamente los comportamientos delictivos. De manera que, si bien mediante la normativa penal ambiental y de la legislación ambiental administrativa se ponen precisos límites a la actividad económica, el propósito de estas leyes y fundamentalmente de la Ley Penal del Ambiente, no es proteger a la economía ni el sistema económico, su propósito es ordenarlo para que no sea atentatorio contra el ambiente y los recursos naturales.

En el caso de la normativa penal económica, el fin u objeto de los delitos es proteccionista del orden económico total o sectorial. De allí, que debe tomarse en cuenta el hecho que los bienes ambientales también representan para la vida, su base y estructura material natural, siendo en consecuencia valiosos más allá de la economía, vista esta a través de cualquier óptica, ideología o modo de producción. En este sentido, es que puede afirmarse que el delito ambiental es un delito supraeconómico, pues se protegen bienes que tienen una relevancia jurídica, social y material más allá de la economía, como, ciertamente, lo es el derecho humano a un ambiente sano.

En otras palabras, teniendo en cuenta que, si bien los delitos ambientales o ecológicos están vinculados a las actividades productivas que requieren de los recursos naturales para la producción de bienes, tal vinculación no limita la naturaleza en sí de dichos delitos, por trascender ellos a la protección económica y ubicarse en el autónomo plano de lo ambiental, el cual va más allá de lo económico, por estar referido a la vida social en su sentido más absoluto, toda vez que protegen la base de la vida misma y sus condiciones de calidad, para la reproducción de las diversas especies, incluyendo dentro de ellas al hombre, en su acepción amplia (hombre - mujer).

De hecho, existen delitos ambientales en los que los valores son más espirituales que materiales, como es el caso de los delitos contra el paisaje; los daños a monumentos naturales, preservados estos para su belleza o su importancia climática, entre otros.

En este sentido tiene una gran vigencia la afirmación de Lefevre, conforme a la cual "la naturaleza primero es la base de la acción, el medio del que emerge el ser humano con todas sus particularidades biológicas, étnicas, etc., relacionadas con el

clima, el territorio o la historia, esa instancia intermedia entre la humanidad y la naturaleza”⁴³.

CONCLUSIONES

1. El ambiente debe considerarse como algo más que un concepto ubicado dentro del Derecho y otras áreas del conocimiento del hombre. El ambiente es todo en donde se desenvuelve la vida. Es, entonces, una parte integral de la vida y de su cotidianidad.
 2. El ambiente es, entonces, el patrimonio más rico, pero a la vez más sensible, de todos los venezolanos y de los habitantes del planeta tierra. En consecuencia, la responsabilidad de su cuidado y conservación recae sobre la conciencia de todos y cada uno de los connacionales de este país y de todos los pueblos del mundo, allende de los formalismos burocráticos o los intereses colectivos.
 3. No obstante, la necesidad de preservar los bienes ambientales como un bien común que tiene primordial importancia para la sociedad, ha determinado que el Derecho Penal eleve su violación a la categoría de delitos, sancionando con la pena legal correspondiente a quienes atenten contra ellos, bien sea dañándolos o bien sea poniéndolos en peligro.
 4. En las actividades económicas como en las sociales pueden generarse daños al ambiente, mediante su afectación negativa, por atentar contra cualquiera de sus componentes. Cuando esto ocurre se cometen delitos ambientales. Estos delitos tipificados en la Ley Penal del Ambiente no pueden confundirse con los delitos económicos, pues ellos trascienden la noción económica y se ubican en la noción ecológica, son, por tanto, delitos supraeconómicos, puesto que no solo protegen las bases materiales de la economía, esto es, las fuentes de extracción de bienes, sino que, además y con mayor énfasis, protegen la vida del ser humano y su derecho a vivir y disfrutar de un ambiente sano y adecuado.
 5. La lucha por el ambiente no puede ser jamás exclusiva de una iniciativa aislada o de un ente gubernamental nada más, sino por el contrario, debe ser el producto de la unión de sendos esfuerzos internacionales y nacionales, en todas sus expresiones político-territoriales, y de un trabajo mancomunado y multilateral que junte al sector público con la comunidad representada tanto por todos los ciudadanos individualmente considerados, como por el sector privado y por todas las organizaciones no gubernamentales de cualquier naturaleza que tengan interés directo o indirecto sobre el ambiente.
 6. Por ignorancia o por indiferencia el hombre puede causar daños inmensos e irreparables al medio ambiente terráqueo del que depende su vida y bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, pueden lograrse unas condiciones de vida mejores en un medio ambiente más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre de hoy y las generaciones del mañana. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar en armonía con ella un medio ambiente mejor.
- Esta premisa nos impone, a Estado, empresa y comunidad, la obligación y el deber de preservar el ambiente en un mundo moderno que nos presenta recursos tecnológicos y científicos, con miras a fortalecer el binomio: Hombre - Ambiente.

⁴³ Cit. Luis Vitale, “Ciencia y Ambiente”, en: *Revista Nueva Sociedad*, N° 51, noviembre - diciembre 1980, San José de Costa Rica, 1980, p. 64.

XII. OTROS TEMAS

RAFAEL CALDERA: UN JURISTA CRISTIANO

Carlos García Soto*

SUMARIO

I. Introducción. II. Resumen biográfico. III. Una concepción cristiana de la persona y de su dimensión social. IV. La influencia de la doctrina social de la iglesia en el pensamiento y acción de Rafael Caldera. V. Política y cristianismo en el pensamiento de Rafael Caldera: la democracia cristiana. VI. Un jurista con una concepción cristiana sobre el Derecho. VII. Un político y jurista cristiano como constituyente. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Rafael Caldera es una de las personalidades más completas de la historia contemporánea de Venezuela¹. Hombre de Estado, fundador de partido político, parlamentario, presidente de la República, presidente de organizaciones internacionales, jurista, ensayista, profesor universitario. Combinó esas dimensiones de trabajo para reunir en su personalidad la acción política y la reflexión académica².

En todos los aspectos de su trayectoria vivió con un sentido trascendente de la vida, que se expresó de forma particular en una concepción cristiana de su trabajo político y jurídico. En este ensayo queremos resaltar particularmente cómo Rafael Caldera fue un jurista con una sensibilidad cristiana para entender y aplicar el Derecho. Como veremos, Caldera puede ser considerado como un “jurista cristiano”, porque estudió, enseñó, interpretó y legisló con una visión trascendente de la persona humana, y con una sensibilidad social muy marcada.

* Abogado *magna cum laude* por la Universidad Monteávila. Doctor en Derecho sobresaliente *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y de Entorno Regulatorio en el IESA. Director de *Derecho y Sociedad*, Revista y Blog de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Tesorero de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Presidente del Comité Legal de la Cámara Británica de Venezuela.

¹ Para una visión biográfica sobre Rafael Caldera, véase Mercedes Pulido de Briceño, *Rafael Caldera*, El Nacional-Fundación Bancarible para la Ciencias y la Cultura, Caracas, 2001; y, Rafael Arráiz Lucena, “Rafael Caldera, católico en aguas turbulentas”, en: *Civiles*, Editorial Alfa, Caracas, 2014.

² Véase Naudy Suárez, “Caldera, Rafael”, en: *Diccionario de Historia de Venezuela*, Fundación Polar, Caracas, 1997, pp. 588-589.

II. RESUMEN BIOGRÁFICO

Rafael Antonio Caldera Rodríguez nació en San Felipe, estado Yaracuy, Venezuela, el 24 de enero de 1916. Murió en Caracas, Venezuela, el 24 de diciembre de 2009. Hijo de Rafael Caldera Izaguirre y de Rosa Sofía Rodríguez Rivero. En 1941 contrajo matrimonio con Alicia Pietri Montemayor, con quien formó una familia de seis hijos.

La formación inicial de Rafael Caldera se completaría al recibir el título de Bachiller en el año 1931, en el Colegio San Ignacio, en Caracas, donde recibiría una instrucción humana y espiritual que sería determinante en su vida personal y en su vocación al servicio público. De hecho, entre 1932 y 1934 fue secretario del Consejo Central de la Juventud Católica de Venezuela.

Su formación profesional se desarrolló en la Universidad Central de Venezuela, en la que le sería otorgado el título de Abogado y Doctor en Ciencias Políticas, *summa cum laude* (1939). Siendo estudiante de Derecho comenzará su labor política. Para 1936 se separa de la Federación de Estudiantes de Venezuela (FEV) y funda la Unión Nacional Estudiantil (UNE), junto con otros compañeros.

En paralelo, en 1936 es designado subdirector de la Oficina Nacional del Trabajo, creada en febrero de 1936, desde la que participa de forma protagónica en la redacción de la Ley del Trabajo de 1936. Es designado como el primer corresponsal de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) en Venezuela. Fue el impulsor de la reforma a esa Ley, promulgada en 1990, y de su Reglamento. Como se verá, esta orientación profesional inicial relativa al Derecho del Trabajo, será también determinante para su práctica profesional, su trabajo político y su labor intelectual.

Ya para el período 1941-1944, Rafael Caldera es Diputado.

Luego de la turbulenta década militar, Rafael Caldera sería designado como Procurador General de la Nación (1945-1946), lo que supuso su primera responsabilidad estatal en la actividad política de alcance nacional.

En 1946, Caldera funda el partido social cristiano COPEI, que será, junto con Acción Democrática, pilar del sistema político venezolano por las cinco décadas siguientes.

La actividad política de Rafael Caldera tendrá un hito esencial en su carácter de miembro fundamental de la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1947 y del Congreso que dio origen a la Constitución de 1961. Tanto en una como otra, sobre todo con ocasión de la redacción de la Constitución de 1961, la participación de Caldera como redactor de los textos constitucionales será determinante.

Caldera será de nuevo Diputado para los períodos 1959-1964 y 1968-1969. Será Presidente de la Cámara de Diputados y Vicepresidente del Congreso entre 1959 y 1962. Luego volverá al Congreso como Senador para los períodos 1974-1994 y 1999-2000.

La vocación política –y jurídica– de Rafael Caldera encontraría un lugar muy destacado en sus dos períodos como Presidente de la República (1969-1974 y 1994-1999), en ambas ocasiones con minoría parlamentaria.

Caldera también será una figura política de alcance mundial, en su carácter de Presidente de la Organización Demócrata Cristiana de América (ODCA), (1964-1968), Presidente de la Unión Mundial Demócrata Cristiana (1967-1968) y Presidente de la Unión Interparlamentaria Mundial (1979-1982).

Pero Rafael Caldera también será un jurista en el sentido tradicional del término, como luego se verá. Como tal, fue Profesor titular de Sociología del Derecho y del Derecho del Trabajo en las Universidades Central de Venezuela (1943-1968) y Católica Andrés Bello (1953-1968).

Su labor como académico sería reconocida en todo el mundo, al ser designado como Doctor *honoris causa* y Profesor Honorario de más de cuarenta Universidades en todo el mundo. Fue presidente de la Asociación Venezolana de Sociología y del Instituto Venezolano de Derecho del Trabajo.

Además, fue Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (desde 1953) y de la Academia Venezolana de la Lengua (desde 1967). En la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ocuparía el sillón de su padre adoptivo, Tomás Liscano.

Su trabajo intelectual se expresó como autor de un número muy importante de libros, artículos, ensayos, prólogos y otras publicaciones.

III. UNA CONCEPCIÓN CRISTIANA DE LA PERSONA Y DE SU DIMENSIÓN SOCIAL

En la concepción política y jurídica de Rafael Caldera, la persona humana tendrá un carácter central, como núcleo de la acción de gobierno. Esa perspectiva no solo se referirá a la persona en su condición individual, sino también a la proyección de la actividad de la persona en la sociedad. Como veremos, en esa concepción sería determinante la influencia de la Doctrina Social de la Iglesia³.

Desde esa perspectiva, para Rafael Caldera era claro cómo la dimensión religiosa de la persona humana alcanzaba tanto la vertiente individual, como la vertiente social. Sobre la importancia de la realidad religiosa de la persona en la vida social, afirmaría:

Las explosiones más virulentas del materialismo ateo no han logrado extirpar el sentimiento religioso en el alma de las gentes. Sus corifeos han llegado a desconfiar de sus métodos de antirreligiosidad militante y han llegado a reconocer oficialmente la existencia de la religión, y han venido finalmente a caer en la misma tesis del liberalismo laicista, de arrinconar en los templos las manifestaciones de culto a que quieren reducir una religión del Estado. Es inútil. Lo religioso vive dentro de lo social y no puede ignorar las grandes cuestiones que angustian a los pueblos, como tampoco puede conocer la realidad social quien ignore su aspecto religioso⁴.

De hecho, Caldera expresará claramente cómo entendía que la Providencia divina tiene un papel fundamental en el curso de la historia de los pueblos. Esa concepción sobre la Providencia y su influjo en la historia va a quedar reflejada en un pasaje de su alocución del 1 de enero de 1999, semanas antes de entregar su segundo mandato como Presidente de la República de Venezuela:

³ Sobre cómo el joven Rafael Caldera fue encontrando la perspectiva desde la cual asumir su compromiso como político cristiano, véase Rafael Tomás Caldera, "Hombre de fe", en: Rafael Arráiz Lucca (comp.), *Rafael Caldera: estadista y pacificador. Centenario de su nacimiento 1916-2016*, Ediciones B-Fundación Konrad Adenauer-Universidad Metropolitana, Caracas, 2016, pp. 18-21. Rafael Caldera haría importantes reflexiones sobre las exigencias personales que implica el Cristianismo en su discurso *La Hora de Emaús*, pronunciado en la Ciudad Universitaria de Caracas, dentro de la Serie de Conferencias Internacionales Católicas, preparatoria del 11 Congreso Eucarístico Bolivariano, el 4 de diciembre de 1956.

⁴ Rafael Caldera, *Moldes para la fragua*, El Ateneo, Venezuela, p. 312.

La “presencia misteriosa de Dios en la historia que llamamos Providencia”, según la insuperable definición de Juan Pablo II, se expresa en el respeto a la libertad de elección. El Todopoderoso, en su sabiduría infinita, conoce las causas y consecuencias de cada acto de voluntad humana y ofrece a los actores la posibilidad de obtener, con su libre actuación, el mayor beneficio en el plano ético y en el orden material⁵.

Como veremos, tales concepciones serán determinantes en su trabajo político y jurídico.

IV. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA EN EL PENSAMIENTO Y ACCIÓN DE RAFAEL CALDERA

En su trabajo político Rafael Caldera defenderá los planteamientos de la Doctrina Social de la Iglesia. Pero también en el ámbito jurídico como constituyente, legislador, profesor, autor de obras jurídicas y abogado ejerció su trabajo con una concepción en la que la persona debía ser protegida, a partir de los planteamientos de la Doctrina Social de la Iglesia. Incluso, su área de trabajo legal más recurrente, el Derecho del Trabajo, la abordó desde una perspectiva en la que los derechos de los trabajadores debían ser respetados y protegidos⁶. En su célebre libro *Derecho del Trabajo* recalcaría la importancia de la Doctrina Social de la Iglesia, en estos términos:

La doctrina social de la Iglesia es, sencillamente, la aplicación de las normas de la moral cristiana al problema de nuestra época. Viejos principios, que dieron calor a una civilización. Nuevas deducciones, como las reclaman nuevas necesidades humanas. Vieja en su base, nueva en su construcción, sometida a incesante progreso, la doctrina social católica responde a la naturaleza del problema. Porque este también tiene una naturaleza trascendente, aspecto característico de la esencia de las sociedades humanas, y una forma actual, novedosa, que es nulo tratar de asimilar a formas anteriores y que reclama, por la evolución del mundo, soluciones diferentes, actuales. *Rerum novarum* levantó, sobre el cimiento eterno de la doctrina cristiana, las bases de la doctrina social económica de la Iglesia en los tiempos modernos. Es llamada Carta Magna de los Obreros. Señaló un norte firme y dio impulso vigoroso a la ciencia social católica. Tras de ella vinieron ensayos de provechosa acción y estudios repletos de médula científica y humana. *Quadragesimo anno* fue la depuración de esos estudios en lo que tienen de fundamental. A la vez que la ratificación de los principios de León XIII, sirvió también para concretarlos y explicar diversos puntos, considerar nuevos aspectos y analizar nuevos argumentos. *Rerum novarum* y *Quadragesimo anno*, una la brújula y otra el rasgo trazado, son líneas fundamentales en los planos de la sociedad futura⁷.

Es por ello que advierte Rafael Tomás Caldera, la concepción de Rafael Caldera sobre el trabajo está muy influenciada por tales planteamientos:

Para Rafael Caldera, el hecho social trabajo es piedra fundamental de la vida en sociedad y, por consiguiente, de la realización de la persona. La adecuada regulación de las relaciones

⁵ Rafael Tomás Caldera, “Hombre de fe”, ob. cit., p. 27.

⁶ Rafael Caldera escogería el Derecho del Trabajo como área principal de trabajo jurídico, precisamente, porque esa área del Derecho tiene como objeto la relación de trabajo. Véase Gehard Cartay Ramírez, *Caldera y Betancourt. Constructores de la Democracia*, Dahbar, Caracas, 2017. p. 60. En el libro *Derecho al Trabajo* (Cyngular, Caracas, 2017), se reúnen varios trabajos en los que Rafael Caldera expone sus preocupaciones sobre la relación laboral, desde la perspectiva de la Doctrina Social de la Iglesia.

⁷ Rafael Caldera, *Derecho al Trabajo*, ob. cit., pp. 47-48. En este sentido, resume Ramón Vinke que “en la Ley del Trabajo de 1936 se sintió la influencia de la Doctrina Social de la Iglesia. Como alumno del Colegio San Ignacio, regentado por los Padres Jesuitas, el estudiante Rafael Caldera había participado

de trabajo, un trabajo que no puede ser tratado como mercancía puesto que es siempre acto de la persona, tiene importancia capital en el desarrollo y en la armonía de las sociedades⁸.

De hecho, Rafael Caldera será reconocido como un defensor y divulgador en la política internacional de los planteamientos que tienen su base en la Doctrina Social de la Iglesia, desde su privilegiada posición como dirigente demócrata cristiano de proyección mundial. Sería así un insistente defensor del concepto de la “justicia social internacional”, como un llamamiento a la solidaridad entre los pueblos. No es un hecho menor que haya sido invitado como orador de orden en el acto de conmemoración del vigésimo aniversario de la encíclica *Populorum Progressio* del Papa Pablo VI, en el Aula del Sínodo de los Obispos, el 24 de marzo de 1987, frente al Colegio Cardenalicio y al Papa Juan Pablo II⁹.

Abdón Vivas Terán resumiría que el conjunto de postulados que se derivan de la Doctrina Social de la Iglesia tendría plena recepción en el pensamiento y acción de Rafael Caldera:

Este conjunto de principios conforma, en la realidad, un ideal para la acción política y social que va integrarse de manera indisoluble en la mente y el corazón de Rafael Caldera. Este ideal, al avanzar de manera armoniosa con la internalización integral de la idea democrática, va a originar los dos ejes, el eje cristiano y el eje democrático, que articulan y vertebran la robusta acción política que Rafael Caldera emprenderá para todo el resto de su parábola vital¹⁰.

Veremos ahora cómo se concretaron tales ideas.

V. POLÍTICA Y CRISTIANISMO EN EL PENSAMIENTO DE RAFAEL CALDERA: LA DEMOCRACIA CRISTIANA

Para Rafael Caldera sería muy importante, por una parte, asumir el trabajo político sobre la base de una concepción socialcristiana de la persona y de la sociedad. Pero, por otra parte, siempre tendría muy claro que la Iglesia Católica, de la que era fiel, no podía ni verse involucrada ni ser instrumento para apoyar o defender una posición política. En la inauguración del “Primer Congreso Católico Interamericano para el Desarrollo Integral del Hombre”, siendo Presidente de la República de Venezuela, afirmaría:

Vengo, además, como gobernante a manifestar que en medio de las imperfecciones de la

de la efervescencia que produjo la Encíclica ‘*Quadragesimo anno*’, promulgada por el Papa Pío XI, el 15 de mayo de 1931, en el 40º aniversario de la Encíclica ‘*Rerum Novarum*’ del Papa León XIII, con la que se deba un decisivo impulso a la Doctrina Social de la Iglesia. Como dirigente de Acción Católica, Rafael Caldera había asistido, en el año 1931, en el Palacio Arzobispal de Caracas, a un homenaje a Mons. Salvador Montes de Oca, quien regresaba triunfante del exilio, y habló –en aquella ocasión– de temas sociales. Como dirigente de Acción Católica, Rafael Caldera había viajado –con dos compañeros– a Roma, a participar de un Congreso Católico estudiantil de ámbito iberoamericano, donde escuchó las enseñanzas sociales de la Iglesia de los propios labios del Papa Pío XI” (Ramón Vinke, *El Dr. Rafael Caldera, hombre de la Patria y de la Iglesia*, Caracas, 2010, p. 23).

⁸ Rafael Tomás Caldera, “Presentación”, en: *Rafael Caldera, jurista integral*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. p. 10.

⁹ Véase Abdón Vivas Terán, “Rafael Caldera y la inspiración cristiana de su acción política”, en: Rafael Arráiz Lucca (comp.), *Rafael Caldera: estadista y pacificador. Centenario de su nacimiento 1916-2016*, ob. cit., p. 32.

¹⁰ Abdón Vivas Terán, ob. cit., p. 34.

vida, en medio de las dificultades que la realidad establece, nada sería más grato en mi espíritu que haber procedido como un cristiano en el ejercicio de la autoridad. Por eso me he empeñado en perdonar, en dialogar, en tolerar, en respetar, en anunciar propósitos sinceros de amistad con países frente a los cuales sería fácil una demagogia negativa e infecunda, y en abrir caminos hacia todos los pueblos del mundo. Pero sé al mismo tiempo el tremendo peligro que existe en que un gobierno pretenda asumir la representación de un pensamiento de tanta magnitud universal como lo es el pensamiento cristiano. Los gobiernos pasan, la Iglesia y el cristianismo permanecen. Los gobiernos representan esfuerzos concretos del ejercicio de la autoridad en la vida de las comunidades, el cristianismo representa mucho más. Por eso quiero declarar aquí de la manera más sincera, que nada está más íntimamente en mi deseo que el de no comprometer en modo alguno al cristianismo por la acción temporal de mi gobierno. ¡Dios me libre de caer en la posición de aquellos que pretenden monopolizar o ejercer, o siquiera representar algo que constituirá siempre un modelo de perfección inalcanzable dentro de la existencia humana!¹¹.

Por eso, como resume Rafael Tomás Caldera al referirse a los planteamientos de Rafael Caldera sobre la relación entre cristianismo y política:

Con la claridad de estos planteamientos, no ha de sorprendernos entonces que, por una parte, se insista en realizar la doctrina socialcristiana por la acción política y que, por la otra, no se pretenda en ningún caso involucrar a la Iglesia católica en posiciones políticas. Ello supone, al mismo tiempo, un respeto a la trascendencia de la verdad revelada que no puede reducirse a un programa político en un tiempo y lugar determinado; y la persuasión de que solo en Jesucristo y en su mensaje encuentra el ser humano la orientación y la fuerza que necesita para realizar su existencia con significado y valor¹².

La ideología política a la cual se adscribiría Rafael Caldera, entonces, será la “democracia cristiana”. Los planteamientos de la democracia cristiana van a orientar todo su trabajo político. Al punto, que incluso se convertiría en uno de los más importantes expositores de esa doctrina a nivel mundial. En efecto, dedicó uno de sus libros a resumir la esencia de la democracia cristiana como ideología: “Especificidad de la Democracia Cristiana”, que se convirtió en un texto fundamental en la bibliografía de la materia. Allí resume lo que supone para un demócrata cristiano la asunción del cristianismo en su trabajo político y social:

Al llamarnos cristianos, estamos sosteniendo la primacía de lo moral. La idea de que en todo problema de ordenación político-social está envuelta una cuestión moral de la que no se debe prescindir. De que la política no es un simple arte de conveniencias sino un mantenimiento de actitudes, un ejercicio de comportamientos que, como todo lo relativo a la conducta del hombre, están sujetos al orden ético, de cuyo imperio no se pueden sustraer. Justamente, cuando se analiza el pensamiento social-cristiano se encuentra una afirmación, que para algunos representa cosa baladí, pero que, a nuestro modo de ver, tiene capital importancia: el problema social es, ante todo, un problema moral¹³.

¹¹ Citado por Rafael Tomás Caldera, “Hombre de fe”, ob. cit., pp. 21-22. En otro lugar, Rafael Tomás Caldera concluiría sobre esas afirmaciones de Rafael Caldera que “es una posición clara, expresada también de forma muy clara. Pero el cristiano será siempre quizá un misterio para quien no tiene fe. Caldera, hombre de fe, ha sabido apoyarse en la Providencia para ir adelante en medio de las dificultades, las incomprendiones y los reveses, con la seguridad de que el esfuerzo en aquella lucha tenía sentido” (“Presentación”, en Ramón Vinke, *El Dr. Rafael Caldera, hombre de la Patria y de la Iglesia*, ob. cit., pp. 6-7).

¹² Rafael Tomás Caldera, “Hombre de fe”, ob. cit., p. 21.

¹³ Rafael Caldera, *Especificidad de la Democracia Cristiana*, Dimensiones, Caracas, 1987. p. 84. Más adelante, Caldera resume los elementos que la Filosofía Cristiana aporta a la doctrina política demócrata cristiana: (i) afirmación de lo espiritual; (ii) el fondo ético de la política; (iii) la dignidad de la

Tales planteamientos van a influir también su trabajo jurídico, como se verá de inmediato.

VI. UN JURISTA CON UNA CONCEPCIÓN CRISTIANA SOBRE EL DERECHO

Así como su concepción sobre lo político está impregnada de su concepción cristiana sobre la persona, también su trabajo jurídico va a estar orientado a la protección de la persona, desde una perspectiva cristiana.

Así, por ejemplo, en el III Congreso Latinoamericano de Escritores, en Caracas, el 3 de julio de 1970, afirmó:

Como un hombre de Derecho quisiera que mi vida contribuyera a la realización del ordenamiento jurídico en lo que tiene de más noble, en la conquista de la paz, en el intercambio fecundo, en el respeto a la persona humana, en la presencia de las normas superiores que han de regir la convivencia¹⁴.

El balance de tales aspiraciones es realizado por Alfredo Morles Hernández:

Católico practicante, de fe sincera, trató e hizo amistad con algunos de los más altos dignatarios de la Iglesia Católica, incluyendo Papas como Juan Pablo II; se interesó siempre por el pensamiento social contenido en encíclicas y otros documentos eclesiales, los que estudió, analizó, aprovechó y divulgó. Jurista, iusnaturalista, su posición ideológica no fue irreflexiva¹⁵.

Por ello resulta natural que Rafael Caldera se plantee la concepción del Derecho a partir de una visión más amplia que la del positivismo reduccionista:

Que el Derecho es la fuerza; que el Derecho emana únicamente del Estado; que la Ley es su contenido casi único, se ha enseñado en el pasado siglo por las máximas autoridades de la ciencia jurídica, y se enseñaba todavía por los maestros de nuestros maestros. Fue una etapa de crisis del espíritu. Fatigadas las almas de buscar, privadas de la fe, de fundamentos de la vida moral, se refugiaron en el pragmatismo desconsolador. Personalidades de innegable valía elevaron el “fetichismo de la Ley” a culto supremo del jurista; en el comentario y esclarecimiento de la norma escrita, en la spengleriana “filología de los textos jurídicos” buscaron consuelo para las mentes desorientadas y escépticas. Felizmente, semejante crisis va pasando ya. Es el positivismo el que, a su vez, ha entrado en una crisis decisiva. Cobra cada vez mayor empuje aquella “necesidad de idealismo” que Charmont señalaba en el primer decenio de este siglo. Tal necesidad de idealismo, tal reacción contra el positivismo, se acreditan en la filosofía con fuerza progresiva. Ya los nuevos aforismos consagran la

persona humana; (iv) la primacía del bien común, y (v) la perfectibilidad de la sociedad civil. Luego, en el mismo texto, desarrolla el conjunto de planteamientos que son defendidos por los demócratas-cristianos: “Estas ideas que a todos los demócrata-cristianos, en todos los países del mundo, nos conducen a defender el Estado democrático, el pluralismo, el solidarismo comunitario, el desarrollo de todo el hombre y de todos los hombres; la integración internacional; el concepto de la propiedad comunitaria y la regulación de la propiedad individual en forma tal que cumpla su función social; la armonía de las clases sociales; la renovación y el cambio social; el fortalecimiento de la familia, del municipio, de la organización sindical; el sentido ético de la vida política, para que la posición realista no rebaje las normas morales en una posición pragmática; la realización de un orden nuevo inspirado en la justicia social, nacional e internacional, todo esto, a mi manera de ver, califica la aportación del elemento demócrata-cristiano dentro de nuestra concepción política” (Ibid., p. 109).

¹⁴ Citado por Alfredo Morles Hernández, “Rafael Caldera, jurista integral”, en: *Rafael Caldera, jurista integral*, ob. cit., p. 47.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 19-20.

revuelta de los hechos contra el Código, la impotencia de las leyes, la crisis de la conciencia jurídica moderna, el fenómeno, en fin, de un renacimiento jurídico sobre las ruinas de leyes consideradas primitivamente perfectas, e impotentes después para solucionar la frágil esquematización de las normas¹⁶.

Tal perspectiva sobre el Derecho, entonces, haría de Rafael Caldera un jurista que, si bien razonaba jurídicamente con todo el rigor científico que era necesario, sabía ver un fundamento filosófico en el Derecho, que no reducía la solución de los problemas jurídicos a simples razonamientos lógicos, o aún técnicos.

Como concluye Rafael Tomás Caldera:

Resulta por ello plenamente justificado el calificativo de “integral” a su condición de jurista. No es Caldera un mero técnico de la ley, un especialista en determinada rama o campo legal, que se sirva de ella para fines prácticos. Es un hombre de derecho, que busca la realización de su justicia y, con ello, la instauración de un modo de vida donde se valoren la libertad, la propiedad privada, la familia, la educación, el trabajo y la seguridad social¹⁷.

El propio Rafael Caldera daría testimonio de cómo en su formación como jurista con una perspectiva trascendente sería fundamental la influencia de uno de sus profesores en la Escuela de Derecho, Carracciolo Parra León, de quien sus alumnos podrían recordar

con cuánto fuego desarrollaba ante la ávida curiosidad del estudiante de los primeros cursos, el concepto del Derecho como una fuerza superior, intangible ante las embestidas de la fuerza. Ellos podrán repetir el entusiasmo con que exponía todas las tesis, aun las más contrarias a sus convicciones religiosas, cuando significaban reacción contra el positivismo agobiador del Siglo XIX para el cual todo Derecho estaba en la imposición muchas veces injusta de la ley escrita y en la coacción muchas veces tiránica del Estado opresor. Ese vivo y noble sentido del Derecho, por el cual vuelven hoy todas las escuelas jurídicas y que tan urgente lanza su llamado en el campo de las contiendas internacionales, donde la fuerza militar atropella el derecho de los pueblos débiles; y aquella constante y reiterada prédica, de palabra y de obra, por la implantación de normas morales intachables en la conducta del futuro abogado, fueron una contribución invalorable a la causa de la Moral Profesional¹⁸.

En su carácter de profesor y autor de estudios sobre Derecho del Trabajo, esa concepción del Derecho va a tener aplicaciones muy prácticas alrededor del concepto de “justicia social”. Tal como el mismo Rafael Caldera concluye:

Esta idea de justicia social implica en cada comunidad nacional, dentro del ámbito doméstico, el abandono de la relación de igualdades aritméticas características de la justicia conmutativa, y el establecimiento de proporcionalidades que reposan en las capacidades y posibilidades de cada uno. Es propio de las leyes derivadas de la justicia social el establecer

¹⁶ Rafael Caldera, *Hacia el renacimiento del Derecho*, Tipografía La Nación, Caracas, 1942, pp. 12-13. En las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1947 llegaría a afirmar: “El principio de obediencia a las leyes del Estado es inherente a la soberanía, pero también es inherente a la concepción democrática de la vida política, a los conceptos fundamentales de la Civilización cristiana, el principio de que las leyes de ningún Estado pueden violar los fueros de la conciencia (...). Las leyes del Estado tienen que detenerse ante el reducto fundamental de las garantías de la persona humana” (Citado por Pedro Oliveros Villa, *El derecho de libertad religiosa en Venezuela. Estudio histórico jurídico*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2000. p. 127. Sobre la concepción de Rafael Caldera acerca de la importancia del respeto al Estado de Derecho, véase Asdrúbal Aguiar Aranguren, “Rafael Caldera y el Estado de derecho en Venezuela”, en: Rafael Arráiz Lucca (comp.), *Rafael Caldera: estadista y pacificador. Centenario de su nacimiento 1916-2016*, ob. cit.

¹⁷ “Presentación”, en *Rafael Caldera, jurista integral*, ob. cit., p. 10.

¹⁸ Rafael Caldera, *Moldes para la fragua*, ob. cit., p. 178.

desigualdades en cuanto a lo que cada uno está obligado a hacer, con el objeto de buscar, a través de métodos normativos, el restablecimiento de la igualdad efectiva de derechos que la realidad social a veces desconoce. Es decir, la justicia social exige más del que tiene más, y no establece un régimen de igualdades aritméticas. Así, en las relaciones entre capital y trabajo, impone cada vez mayores cargas al capital, para poder restablecer los derechos del trabajo. Dentro del régimen fiscal, en especial en lo relativo al impuesto directo, acoge el principio de la “progresividad” en lugar de la simple “proporcionalidad”, para que las clases económicas poderosas lleven el peso mayor de los gastos que exige la sociedad; busca convertir el Estado, a través del impuesto, en un instrumento de justicia distributiva que exige más de quienes tienen mayores recursos, para atender a través de servicios de diversa índole a las necesidades de los que tienen mayores carencias¹⁹.

VII. UN POLÍTICO Y JURISTA CRISTIANO COMO CONSTITUYENTE

La concepción trascendente que Rafael Caldera tenía de la persona en su trabajo político y jurídico tendrá unas manifestaciones muy particulares en su trabajo como constituyente, tanto en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1947, como en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1961²⁰.

En efecto, Rafael Caldera tendría una participación determinante en la redacción de la Constitución de 1947 y en la Constitución de 1961. Muchas materias de la Constitución son contempladas de forma expresa según los planteamientos que en los debates constituyentes hiciera Rafael Caldera. Desde la norma sobre el control judicial de los actos administrativos, hasta la norma sobre los principios sobre el sistema tributario, hasta todo lo relativo con el Derecho al Trabajo y demás derechos sociales están redactadas en buena medida según las ideas promovidas por Caldera.

Pero entre esas ideas impulsadas por Caldera, destacan varias que responden a su visión cristiana de la persona y la sociedad. Veamos algunos ejemplos, entre otros.

En el debate sobre la educación en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1947, dejaría muy clara su concepción acerca del acto de libertad que implica la aceptación de la fe:

Y a propósito, y en referencia a la frase usada por el Representante Lander acerca de dogmas que serían los que en su concepto podrían cohibir el sentido mismo de la educación, sepa que los dogmas religiosos son aceptados por un acto de libertad de la conciencia; que nunca se siente el hombre más libre que cuando, en uso de esa misma libertad, proclama esos dogmas y a ellos se reconoce sujeto; pero que es muy distinta esta nueva especie de dogma que se quiere imponer amparándose en la soberanía material del Estado, porque la Iglesia no tiene ejércitos, la Iglesia no tiene un poder público, la Iglesia habla a la conciencia, mientras que el Estado es una organización que, por su misma naturaleza, involucra el mantenimiento de un ejército y de una policía y de fuerzas que se impone sobre el arte²¹.

En otro momento de las discusiones en esa Asamblea Nacional Constituyente afirmará, sobre el derecho a la libertad religiosa:

¹⁹ Rafael Caldera, “Especificidad de la Democracia Cristiana”, ob. cit., pp. 103-104.

²⁰ Sobre el pensamiento constitucional de Rafael Caldera, véase Tulio Alberto Álvarez, “Fundamentos del pensamiento constitucional de Rafael Caldera”, en: Rafael Arráiz Lucca (comp.), *Rafael Caldera: estadista y pacificador. Centenario de su nacimiento 1916-2016*, ob. cit.

²¹ *Diario de Debates*, Asamblea Nacional Constituyente, 10 de marzo de 1947, p. 533. Sobre otras afirmaciones y argumentos de Rafael Caldera sobre la discusión de la libertad religiosa en esa Asamblea Nacional Constituyente, véase Pedro Oliveros Villa, ob. cit., pp. 98 ss.

Creemos también nosotros que en el campo de las garantías deben señalarse sin más restricciones que las que impone la moral y el orden público, la garantía de la libertad religiosa (...). No creemos que sea cónsono con la estructura de un Estado moderno el mantenimiento de normas que sujetan la experiencia religiosa de los hombres a una tutela, muchas veces mal intencionada, del Estado²².

Por otra parte, nada menos que la protección de la vida humana desde la concepción fue introducida por el constituyente Caldera en el proceso constituyente que dio lugar a la Constitución de 1961²³, norma que en líneas generales se mantiene en la Constitución de 1999.

VIII. CONCLUSIONES

Hemos querido resumir los rasgos esenciales que dibujan a Rafael Caldera no solo como un político cristiano fundamental para la comprensión de la Venezuela contemporánea, sino también como un jurista cristiano que entendió el valor del Derecho en la sociedad, estudiando, interpretando, legislando y aplicando el Derecho a partir de su propia visión cristiana de la vida social.

Por su carácter polifacético, este jurista cristiano pudo proyectar su influencia en el Derecho venezolano de muy diversas maneras: como redactor de Constituciones, como legislador, como aplicador de la Ley desde su condición de Presidente de la República, como profesor y autor de estudios jurídicos, e incluso como abogado que ejerció su profesión, con una visión cristiana de la persona y de la vida social

Como señala Abdón Vivas Terán:

Sostenemos que esta fe cristiana ha sido, con seguridad, la fuerza poderosa que Rafael Caldera siempre demostró poseer para, a través de su larga parábola vital, desarrollar un vertiginoso ritmo como constructor de obras públicas, sociales, intelectuales, académicas, pedagógicas, familiares, cuyo acumulado total es ciertamente abrumador²⁴.

Un jurista cristiano en el estricto sentido del término.

²² Citado por Pedro Oliveros Villa, ob. cit., p. 109.

²³ Véase *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1971. p. 72.

²⁴ Abdón Vivas Terán, ob. cit., pp. 48-49. Véase igualmente, Andrés Caldera Pietri, *El compromiso con el ideal: el siempre joven Rafael Caldera*, Fundación Tomás Liscano, Caracas, 2016.