

Derecho y Sociedad

REVISTA DE ESTUDIANTES DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

LAS FUSIONES INTERNACIONALES DE SOCIEDADES A LA LUZ DEL DERECHO VENEZOLANO
Gustavo Mucl Fachin

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN GENERAL
María Petzold-Rodríguez

**CONSIDERACIONES SOBRE LA DESOBEDIENCIA CIVIL A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL 22 DE ENERO DE 2003
QUE INTERPRETA EL ARTICULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999**
Giuseppe Rosito Arbia

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD FINANCIERA.
ALGUNOS ASPECTOS JURIDICOS DE LAS CONSECUENCIAS
DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO**
Oscar Aguilar Valdez

REVERSIÓN DE BIENES EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN
Carlos García Soto

**LOS INDICIOS DE DEFRAUDACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**
Luis Fraga Pittaluga

CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LAS RADIOCOMUNICACIONES
Daniel Oquendo Reyes

**DERECHOS DE LOS PARTICULARES
EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS**
Carmelo De Grazia Suárez

LOS PRINCIPIOS DEL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DE CAMBIO EN VENEZUELA
José Ignacio Hernández G.

LA SENTENCIA MARBURY VERSUS MADISON (1803)
María Virginia Andrade

**ENTRE LOS VOTOS Y LAS BALAS:
LAS SALIDAS CONSTITUCIONALES A LA CRISIS VENEZOLANA**
Carlos García Soto

**CONFIGURACIÓN ÉTICA DE LAS NUEVAS POLÍTICAS:
MÁS ALLÁ DE LOS SISTEMAS IDEOLÓGICOS CERRADOS**
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

LA PRUDENCIA, FILOSOFÍA PRÁCTICA O LA RELACIÓN DIALÉCTICA
Fernando Vizcaya Carrillo



LAS FUSIONES INTERNACIONALES DE SOCIEDADES A LA LUZ DEL DERECHO VENEZOLANO

Gustavo Muci Fachín

SUMARIO

I. LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES

1. ¿Qué es una fusión internacional de sociedades?
2. A la luz de la legislación venezolana, ¿qué debe entenderse por una sociedad extranjera?
3. ¿Cuál es la ley aplicable al proceso de fusión internacional?

II. EL CANJE DE LAS ACCIONES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

1. ¿Qué es una inversión extranjera directa a la luz del Acuerdo de Cartagena?
2. ¿El canje de acciones por efecto de una fusión internacional es una inversión extranjera directa a la luz del Acuerdo de Cartagena?

III. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS ANTE UN PROCESO DE FUSIÓN

1. Derecho de canje de acciones
2. El derecho de separación

IV. CONCLUSIÓN

I. LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES

1. ¿Qué es una fusión internacional de sociedades?

Un proceso de fusión internacional de sociedades implica la extinción o disolución de una o más personas jurídicas, constituidas en diversas jurisdicciones (distintas entre sí), por su consolidación en una de las sociedades preexistentes (fusión por absorción o por incorporación). En adición al efecto de la extinción o disolución de la sociedad absorbida antes señalado, la fusión internacional por absorción también conlleva el traspaso en

bloque del patrimonio de la sociedad absorbida a la absorbente¹, aumentando el capital social de ésta en la medida que corresponda. Los accionistas de la sociedad absorbida (la que se extingue) pasarán a ser accionistas de la sociedad absorbente, recibiendo (a título de canje) un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en el capital social de la sociedad absorbida.

En atención a lo antes expuesto, el proceso de fusión por absorción internacional presenta las siguientes características más resaltantes:

- a) El traspaso a título universal de la totalidad del patrimonio, de una o más sociedades ubicadas en diversas jurisdicciones (que se les denomina absorbidas o incorporadas) a otra preexistente (que se le denomina absorbente).
- b) La existencia de una multiplicidad de jurisdicciones.
- c) La extinción o disolución² de las sociedades absorbidas, las cuales subsisten patrimonialmente en cabeza de la absorbente.
- d) El aumento proporcional del capital social de la sociedad absorbente.
- e) La adquisición por parte de los accionistas de las sociedades absorbidas de la condición de accionistas de la sociedad absorbente, mediante el canje de las acciones de las absorbidas por acciones de la absorbente, las cuales serán emitidas por ésta por efecto del aumento del capital social producto del incremento patrimonial.

¹ Al ser un traspaso en bloque, en una misma y única transacción, la sociedad absorbente recibe tales activos y obligaciones a título de sucesión universal. Lo cual implica que la sociedad absorbida subsiste como realidad empresarial a través de la sociedad absorbente.

² El artículo 340 del Código de Comercio dispone que "las compañías de comercio se disuelven: ...7º Por la incorporación a otra sociedad".

2. A la luz de la legislación venezolana, ¿qué debe entenderse por una sociedad extranjera?

Por una parte, el artículo 24 del Código Civil divide a las personas, en cuanto a su nacionalidad, en venezolanas y extranjeras, y el artículo 26 establece que las personas extranjeras gozan de los mismos derechos que las venezolanas y, por la otra, el artículo 354 del Código de Comercio venezolano reputa como nacionales a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan en Venezuela el objeto principal de su explotación, comercio o industria, así como también establece que las sociedades que tienen en el país sucursales o explotaciones que no constituyan su objeto principal, conservan su nacionalidad, pero a todos efectos se las considera domiciliadas en Venezuela.

De lo antes expuesto se infiere que si la sociedad absorbida (constituida en el extranjero) tiene en Venezuela el objeto principal de su explotación, comercio o industria o tiene una sucursal o explotación en Venezuela, se entenderá, a todos los efectos, domiciliada en Venezuela y deberá cumplir con todos los requisitos de ley que tuviera que cumplir una sociedad constituida en Venezuela a los efectos de fusionarse con otra sociedad.

3. ¿Cuál es la ley aplicable al proceso de fusión internacional?

El ordenamiento jurídico venezolano contempla de forma genérica al proceso de fusión; sin embargo, no hace distinción entre fusión de carácter interno y fusión internacional. No obstante, al no hacer mención expresa al proceso de fusión internacional, consideramos que el supuesto de hecho que regula nuestro legislador es, en principio, el proceso de fusión de sociedades constituidas en Venezuela. Ahora bien, en derecho privado prevalece el principio de la libertad contractual, según el cual: “lo que no está expresamente prohibido, se entiende permitido”, por tanto, es forzoso concluir que en Venezuela está legalmente permitida la fusión internacional de sociedades³.

Como se indicó *supra*, cuando no existan disposiciones expresas en los ordenamientos jurídicos internos de cada país que regulen los proce-

³ Debemos destacar que hasta donde llega nuestro conocimiento, no existe jurisprudencia patria sobre fusión internacional de sociedades.

sos de fusiones internacionales, las partes contratantes deberán cumplir con la ley personal que les corresponda, es decir, con la ley del lugar de su propia constitución, ya que el tratamiento legal de los requisitos formales, materiales y patrimoniales de la fusión, las garantías de los accionistas, la protección de los acreedores, entre otros, varían mucho de unos a otros ordenamientos jurídicos. En este sentido, la Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998, dispone que el lugar de constitución de una persona jurídica será aquél en donde se hayan cumplido los requisitos de forma y de fondo requeridos para su creación y será conforme al Derecho del lugar de su constitución que se verificará la existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado⁴.

Ahora bien, si el proceso de fusión internacional implicase la incorporación de una sociedad mercantil extranjera a una sociedad mercantil venezolana, consideramos que la sociedad extranjera deberá, además de cumplir con los requerimientos de forma y de fondo estipulados por su ley personal, observar y cumplir con los requerimientos contenidos en la legislación venezolana para el perfeccionamiento del acuerdo de fusión. Tales requerimientos se encuentran contenidos en los artículos 343 y siguientes del Código de Comercio venezolano, los cuales comprenden:

- a) La fusión deberá ser acordada por la Asamblea de Accionistas de cada sociedad (en forma independiente), entiéndase, por la Asamblea de Accionistas de la sociedad extranjera, y por la Asamblea de Accionistas de la sociedad venezolana⁵. El acuerdo de fusión deberá estar escrito en castellano⁶ y domiciliado en la ciudad de Caracas, al incorporarse el patrimonio de la sociedad extranjera al de la sociedad venezolana.

⁴ Artículo 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

⁵ Para que sea válida la decisión tomada en la asamblea, será necesaria la presencia de al menos un número de accionistas que represente las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad, por lo menos de ese capital (artículo 280 del Código de Comercio venezolano). Esta disposición debe aplicarse cuando los estatutos sociales no dispongan otra cosa.

⁶ Artículo 13 del Código Civil venezolano.

- b) Los administradores de cada una de las sociedades integrantes del proceso de fusión deberán presentar, para su registro y publicación⁷, ante el Registro Mercantil correspondiente, el acuerdo a través del cual se haya decidido la fusión. Asimismo, presentarán sus respectivos balances, incluyendo el balance consolidado (todos auditados por contadores externos). A nuestro juicio, la sociedad venezolana debería presentar ante el Registro Mercantil que corresponda, el acuerdo de fusión debidamente suscrito por las partes contratantes y los balances suyos y los de la sociedad extranjera, aunque ésta no forme parte de ese expediente, para que sean registrados en su propio expediente⁸. Asimismo, el acuerdo de fusión debería tener como anexos las Actas de Asamblea de Accionistas (al menos copias fieles y exactas de las originales), de cada una de las sociedades que participan en el proceso de fusión, en las cuales conste la aprobación de la fusión por parte de los accionistas de cada una de dichas entidades.
- c) Una vez realizado el registro arriba indicado, el acuerdo de fusión deberá ser publicado en un diario mercantil del domicilio de la sociedad absorbente.
- d) Una vez realizada la precitada publicación, deberán esperarse tres (3) meses, desde la fecha de publicación (ver literal anterior), para que la fusión tenga plenos efectos legales (*erga omnes*). Ahora bien, si la ley personal de la sociedad extranjera establece un plazo mayor para que la fusión tenga plenos efectos, entonces las partes deberán establecer dicho plazo en el propio acuerdo de fusión. Sin embargo, como quiera que el proceso de fusión involucraría a una sociedad venezolana

⁷ El artículo 217 del Código de Comercio venezolano dispone que “todos los convenios o resoluciones que tengan por objeto... la fusión de una compañía con otra, y la disolución de la compañía, aunque sea con arreglo al contrato estarán sujetos al registro y publicación establecidos en los artículos precedentes.”

El plazo para dicho registro es de quince (15) días contados a partir de la fecha del acuerdo de fusión (artículo 215 del Código de Comercio venezolano).

⁸ El artículo 226 del Código de Comercio venezolano dispone que en los Registros Mercantiles (antiguamente “Tribunales de Comercio”) se formará un expediente contentivo de toda la documentación referente a cada compañía que se registre.

(que es la sociedad absorbente), las partes no podrán convenir un plazo menor a los tres (3) meses previsto en el artículo 345 del Código de Comercio venezolano, ya que dicho plazo es de orden público y no puede ser relajado por convenimiento entre las partes, salvo que conste el pago de las deudas sociales o medie la aquiescencia de los acreedores.

- e) Por otra parte, y de acuerdo a la legislación del país de la sociedad absorbida y/o de la jurisdicción donde se encuentren los bienes inmuebles (si los hubiere), deberán verificarse las formalidades sobre los traspasos registrales de inmuebles que haya ocasionado la fusión así como las notificaciones que deban realizarse a los órganos públicos respectivos.

Por otra parte, a nuestro juicio, las partes contratantes deberán realizar los pasos que de seguidas exponemos, los cuales no están comprendidos en las disposiciones que regulan el proceso de fusión en nuestro Código de Comercio:

- a) Todas las cantidades que se expresen en el acuerdo de fusión en moneda distinta al bolívar (moneda de curso legal en Venezuela), deberá indicarse su contravalor en bolívares a los fines de cumplir con lo previsto en el artículo 117 de la Ley del Banco Central de Venezuela.
- b) El Acta de Asamblea de Accionistas de la sociedad absorbida, contentiva de la aprobación de la fusión deberá estar debidamente traducida, por intérprete público, al castellano y legalizada⁹ o apostillada.
- c) Como quiera que el patrimonio de la sociedad absorbida pudiera estar compuesto por activos en moneda extranjera, y

⁹ En este sentido, es importante tener presente que el artículo 11 del Código Civil venezolano establece que "la forma y solemnidades de los actos que se otorguen en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que éstos surtan plenos efectos en Venezuela, se rigen por las leyes del lugar donde se hacen. Si la Ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse."

como quiera que el balance de dicha sociedad está expresado en moneda extranjera, deberá ser reexpresado a bolívares y en idioma castellano¹⁰.

- d) Como quiera que la sociedad venezolana absorberá a la extranjera, dicha absorción implicará una sustitución de patrono. Por tanto, debería determinarse qué requerimientos exige la ley personal de la sociedad absorbida en materia de sustitución de patrono.
- e) En adición a los anteriores literales, la sociedad absorbida deberá cumplir con todos los requerimientos de forma y de fondo previstos por su ley personal y en sus estatutos; si dicha ley prevé disposiciones que al ser aplicadas en Venezuela violan disposiciones de orden público venezolano, los actos que se realicen conforme a dichas disposiciones extranjeras se tendrán como no realizadas en Venezuela y, por ende, no surtirán efecto alguno. Ahora bien, es importante advertir que si la ley personal de la sociedad extranjera no permite la fusión entre sociedades o no permite la fusión internacional de sociedades, no podrá, a nuestro juicio, llevarse a cabo el proceso de fusión bajo análisis.
- f) Por otra parte, en aras de la transparencia del proceso de fusión y de los intereses de los acreedores de las sociedades que en él intervendrán, y a los fines de solventar cualquier inquietud que pudiera surgirle al Registrador Mercantil de la jurisdicción de la sociedad absorbente (sociedad venezolana), en torno al cumplimiento por parte de la sociedad absorbida de todos los requerimientos de ley exigidos por su ley personal en materia de fusión, consideramos prudente contar con la opinión, en Derecho, de un abogado de la jurisdicción de la sociedad extranjera, que certifique que la sociedad absorbida cumplió con todas las disposiciones legales aplicables y prueba de

¹⁰ El artículo 13 del Código de Comercio proclama que en Venezuela “el idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos y los libros de cuentas de los comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma.”

las disposiciones legales que lo permitan. Dicha opinión debería ser un anexo del acuerdo de fusión, para que así sea incorporada al expediente mercantil que la sociedad venezolana (la absorbente) tenga ante el Registro Mercantil correspondiente.

- g) Asimismo, consideramos que por tratarse de un tema novedoso, sería prudente, en aras de la transparencia del proceso de fusión, que las Juntas Directivas de cada una de las sociedades objeto de fusión, documenten en un Acta, en forma detallada y explicativa las razones económico-financieras que soportan el proyecto de fusión. En particular la relación de canje de las acciones, en atención a la complejidad misma de una fusión internacional y a que nuestro ordenamiento jurídico no prevé disposición alguna sobre la relación de canje.
- h) Finalmente, reiteramos que el acuerdo de fusión deberá cumplir con los extremos de ley de las respectivas jurisdicciones y, como expusimos *supra*, deberá estar avalado por sendas opiniones emitidas por abogados autorizados para ejercer el Derecho en las distintas jurisdicciones que el proceso de fusión involucre, a los fines de certificar su conformidad con todos los extremos de ley. Dichas opiniones deben ser parte del acuerdo de fusión y, por tanto, reiteramos que deberían ser anexos de dicho acuerdo.

II. EL CANJE DE LAS ACCIONES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Como expusimos con antelación, uno de los efectos de la fusión es la adquisición por parte de los accionistas de las sociedades absorbidas (sociedad extranjera) de la condición de accionistas de la sociedad absorbente (sociedad venezolana), mediante el canje de las acciones de las absorbidas por acciones de la absorbente, las cuales serán emitidas por ésta en atención al aumento del capital social que deberá realizarse a los fines de reflejar cuantitativamente el patrimonio incorporado a la sociedad absorbente. Dichas acciones serán canjeadas equitativamente por los accionistas de la absorbida, quienes recibirán acciones de la absorbente atendiendo a la proporción de su participación en el capital social de la sociedad absor-

bida, manteniendo la misma situación patrimonial cuantitativa, pero pasando a ser propietarios de una parte más pequeña de un patrimonio más amplio¹¹. Los accionistas entregarán acciones denominadas en divisas y recibirán acciones denominadas en bolívares. La relación de canje la deberán determinar las partes contratantes en forma equitativa y por consenso, ya que en nuestra legislación no existe referencia alguna a la relación de canje ni a cómo debe fijarse el tipo de canje.

Ahora bien, cuando el proceso de fusión involucra a sociedades que están ubicadas en jurisdicciones disímiles, los accionistas de la sociedad absorbida pasan a ser accionistas de una compañía extranjera (sociedad venezolana) y, por tanto, comienzan a ser titulares de una inversión extranjera.

Lo antes expuesto nos obliga a preguntarnos ¿si el canje de acciones por efecto de una fusión internacional es considerado por el Acuerdo de Cartagena como una inversión extranjera directa? y ¿si los inversionistas extranjeros gozan de los beneficios legales que la inversión extranjera directa confiere?

1. ¿Qué es una inversión extranjera directa a la luz del Acuerdo de Cartagena?

En atención a las disposiciones contenidas tanto en la Decisión 291¹² como en el Decreto 2.095¹³, se considera inversión extranjera directa cuando:

Se ha realizado un aporte en dinero, proveniente del extranjero y en moneda libremente convertible, al capital social de una sociedad constituida en Venezuela. Para que dicha inversión sea susceptible de registro ante la Superintendencia de Inversión Extranjera, dicho aporte debe haber ingresado a Vene-

¹¹ A esto se le ha definido como la expresión numérica del principio de equidad en la fusión.

¹² Decisión 291, mediante la cual se dicta el Reglamento del Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

¹³ Decreto N° 2.095, de fecha 13 de febrero de 1992, mediante el cual se dicta el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 34.930, de fecha 25 de marzo de 1992.

zuela y debe haberse convertido a bolívares (regla general) y, lógicamente, debió haber sido utilizado para pagar el capital suscrito en el respectivo aumento de capital.

- Se aporta, en vez de dinero, maquinaria y equipo (bienes tangibles) o también bienes intangibles.
- Se convierte deuda en inversión (proceso de conversión de deuda en inversión).
- Un inversionista extranjero directo reinvierte las utilidades que haya tenido.

2. ¿El canje de acciones por efecto de una fusión internacional es una inversión extranjera directa a la luz del acuerdo de cartagena?

A nuestro juicio, el canje de acciones por efecto de una fusión internacional no encuadra plenamente dentro de los supuestos de hecho que hemos identificado en el literal anterior, por tanto, los accionistas de la sociedad absorbida no podrán registrar su inversión ante la Superintendencia de Inversiones Extranjera, pues la transferencia en bloque del patrimonio social conjuntamente con el canje accionario no está contemplado como una inversión extranjera directa, salvo que logren hacer ver ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras que la transferencia en bloque se inserta dentro del supuesto relativo al aporte de maquinaria y equipo (bienes tangibles) o también bienes intangibles. En consecuencia, si no se llegare a materializar el registro de la inversión extranjera directa por parte de los accionistas de las sociedades extranjeras absorbidas, en la eventualidad de que se implantare en Venezuela un control cambiario¹⁴, en principio, tales inversionistas no podrán repatriar su inversión o las utilidades que ésta les haya podido generar.

Por otra parte, a nuestro juicio, tales accionistas tampoco podrán alegar ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras que su inversión es de aquellas contempladas en el artículo 27 del Decreto 2.095, es decir, una inversión en cartera, pues dicho supuesto implica:

¹⁴ Hoy día en Venezuela no existen restricciones cambiarias; hay libertad cambiaria.

- La adquisición de acciones, participaciones o derechos propiedad de inversionistas nacionales o subregionales, por parte de inversionistas extranjeros en empresas nacionales, mixtas o extranjeras. Las acciones que los accionistas de la sociedad absorbida reciben de la sociedad absorbente son a título de canje, por tanto, el negocio jurídico es distinto al previsto en la citada norma, es decir, no está presente la figura de adquisición de acciones.
- Otro de los supuestos que contempla la precitada disposición legal es que la adquisición la realicen los inversionistas en alguna de las bolsas de valores venezolanas. Por tanto, si las acciones de la sociedad absorbente no cotizan en bolsa y aunque cotizaran tampoco estaríamos bajo este supuesto de hecho, pues habría que cubrir dos elementos, a saber: que las acciones coticen en bolsa y que sean adquiridas en bolsa por inversionistas extranjeros. Ninguno de estos elementos se dan en procesos de fusión, pues las acciones que se reciben a título de canje son acciones nuevas producto del aumento del capital social, y las que se cotizan en bolsa son acciones que fueron suscritas y pagadas en momento pretérito, con antelación a la fusión y no como efecto de la misma.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el hecho de que los accionistas no puedan registrar su inversión ante la Superintendencia de Inversión Extranjera, ésto no obsta, en modo alguno, para que la sociedad absorbente solicite la calificación que corresponda ante dicho organismo.

III. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS ANTE UN PROCESO DE FUSIÓN

1. Derecho de canje de acciones

Como se indicó *supra*, los accionistas de la sociedad absorbida tienen derecho a que sus acciones sean canjeadas equitativamente por acciones de la sociedad absorbente. Ahora bien, este no es un derecho que esté expresamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es una consecuencia lógica de todo proceso de fusión que no puede

ser obviada. Sin perjuicio de lo antes expuesto, habría que igualmente determinar si la ley interna de la sociedad absorbida prevé expresamente el derecho de canje de acciones.

2. El derecho de separación

Los accionistas de una sociedad, cuando se vinculan a ella, lo hacen en atención a las condiciones y características particulares del ente al cual se adhieren, que están definidas por el ordenamiento legal y estatutario que le sea aplicable. La corriente de pensamiento jurídico de vanguardia ve a la fusión como una modificación estatutaria y, por ende, altera las condiciones y características originarias que la sociedad tenía para el momento en que el accionista se adhirió a la misma. En tal sentido, se plantea el problema de que si los accionistas que hayan votado en contra del proceso de fusión tienen derecho a separarse de la sociedad o puede serles impuesta la nueva situación estatutaria. Las modificaciones a las cuales usualmente se hace referencia son las siguientes: cambio del objeto social (en la eventualidad de que se fusionen sociedades con objetos sociales disímiles), la transformación (en la eventualidad que se fusionen sociedades que se hayan constituido bajo figuras societarias disímiles), y la transferencia al extranjero del domicilio social.

En nuestro ordenamiento jurídico, al accionista no se le reconoce expresamente el derecho a separarse de la sociedad por disentir del acuerdo de fusión. Sin embargo, el artículo 282 del Código de Comercio venezolano sí prevé dicho derecho para el supuesto de cambio del objeto social, para lo cual obtendrán el reembolso de sus acciones en proporción del activo social, según el último balance aprobado. Ciertos autores venezolanos¹⁵ se inclinan por reconocer que en los procesos de fusión de empresas que tienen objetos sociales disímiles, ya sea para constituir una sociedad nueva o para incorporar una sociedad a otra, se está en presencia de una alteración del objeto social. En el caso de las fusiones por absorción o incorporación, la transformación o reforma ocurre en la sociedad absorbida y es a los accionistas de dicha sociedad a quienes en principio se les alteran las condiciones iniciales que les motivaron a adherirse a dicha sociedad y, por tanto, quienes tienen el derecho a separarse. Sin embargo, al no estar

¹⁵ Entre los cuales destaca el profesor Alfredo Morles Hernández (ver MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Cuarta Edición. Caracas, 1998. p. 1453).

dicho derecho expresamente previsto en nuestra legislación, queda a libertad de los particulares el reconocerlo. Ello se puede hacer *ab-initio* (desde el momento de su constitución), incorporándolo a los estatutos sociales o en el propio acuerdo de fusión. En ambos casos deberá preverse las condiciones en las cuales los accionistas disidentes obtendrán el reembolso de sus acciones.

IV. CONCLUSIÓN

El Legislador venezolano no ha contemplado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico la fusión internacional de sociedades; pero tampoco la ha prohibido expresamente. Por tanto, es forzoso concluir que en Venezuela está legalmente permitida la fusión internacional de sociedades, en razón que, en derecho privado prevalece el principio de la libertad contractual, según el cual: "lo que no está expresamente prohibido, se entiende permitido".

Ahora bien, al prescindir nuestro ordenamiento jurídico de una referencia expresa sobre el precitado proceso internacional de fusión de sociedades, consideramos que a dicho proceso le será aplicable tanto las normas en materia de fusión contenidas en el Código de Comercio venezolano, como aquellas disposiciones que lo regulen en la jurisdicción donde esté constituida y domiciliada la sociedad extranjera. Es decir, al proceso le será aplicable la ley personal correspondiente a cada una de las personas jurídicas que intervengan en el antes citado proceso. Dicha ley personal no es otra que aquella que viene determinada por el lugar de constitución de la empresa¹⁶, a la cual deberá atenderse en todo lo relativo a capacidad, representación y, lógicamente, disolución como efecto de la fusión. Como puede observarse, los procesos de fusiones internacionales son complejos, pues entrañan la presencia de conflictos de leyes relativos a los

¹⁶ En este sentido, el artículo 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.511, de fecha 6 de agosto de 1998, proclama que:

"La existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el Derecho del lugar de su constitución. Se entiende por lugar de su constitución, aquél en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas".

principios, condiciones, requisitos y pasos necesarios para la realización de la misma¹⁷.

Al aplicarse ambas legislaciones al proceso de fusión internacional, las partes, a los fines de perfeccionar y ejecutar válidamente el acuerdo de fusión, deberán cumplir con todos los requerimientos legales exigidos en las jurisdicciones respectivas.

Finalmente, es igualmente importante destacar que la materialización de la fusión internacional, será imposible si las leyes aplicables a la materia en la jurisdicción donde se encuentre la sociedad extranjera la prohíben expresamente.

¹⁷ A tales efectos, el artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone que:
“Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos:

1. El del lugar de celebración del acto;
2. El que rige el contenido del acto; o
3. El domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes”.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN GENERAL

María Petzold-Rodríguez

SUMARIO

Palabras Claves

- 1. DEFINICIONES DE ARBITRAJE**
- 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ARBITRAJE**
- 3. DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS DEL ARBITRAJE CON
OTRAS FIGURAS JURÍDICAS**
 - 3.1. Arbitraje y Transacción
 - 3.2. Arbitraje y Conciliación
 - 3.3. Arbitraje y Mediación
 - 3.4. Arbitraje y Mandato
 - 3.5. Fijación del Precio por un Tercero
 - 3.6. Arbitraje y Experticia con especial referencia a la Complementaria del Fallo
 - 3.7. Arbitraje y Jueces Asociados
 - 3.8. Arbitraje y Jurisdicción de Equidad (Art. 13 del Código de Procedimiento Civil)
- 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE**
- 5. VENTAJAS DEL ARBITRAJE**
- 6. DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE**

Referencias Bibliográficas

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el arbitraje en general, como método alternativo de solución de controversias, teniendo como características resaltantes el de ser imparcial, eficaz, rápido, especializado y confidencial. Las partes de un conflicto, mediante el arbitraje someten sus controversias civiles o comerciales (materias susceptibles de arbitramento) a un tercero para que las resuelva objetivamente, teniendo su origen en un consenso de voluntades, establecido a través de un acuerdo arbitral que goza de poder jurisdiccional y cuyo laudo posee carácter de cosa juzgada. Asimismo, se estudian sus ventajas y desventajas, las dife-

rencias con otras figuras jurídicas y las diversas posiciones respecto a su naturaleza jurídica.

Palabras Claves: arbitraje, árbitros, naturaleza jurídica, ventajas, desventajas.

El arbitraje constituye una de las formas más antigua de solucionar los conflictos que se presentan en el ámbito social. Es el mejor medio de resolución de conflicto alternativo, ya que aporta a las partes la rapidez, eficacia, economía, confidencialidad, especialidad e imparcialidad que muchas veces está ausente de la jurisdicción ordinaria, permitiendo así, el desgestionamiento de los tribunales ordinarios.

Dentro del desarrollo del trabajo, se discernirá sobre los aspectos generales del arbitraje; verbigracia, su definición, sus antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, su diferencias con otras figuras, su utilidad y por último sus desventajas.

1. Definiciones de Arbitraje

Etimológicamente la palabra arbitraje proviene de la “adaptación moderna (siglo XVII) del francés *arbitrage*, procedente del verbo *arbitrer* que como el castellano *arbitrar* proviene del latín *arbitro*, —*are o arbitror*, —*ari*, denominativo de *arbiter*, —*tri* ‘arbitro’”(E. Couture; 1976, p. 105).

Entonces, el arbitraje es “un instituto mediante el cual el Derecho faculta a quienes se encuentran en controversia para designar los jueces que la resolverán y para establecer los mecanismos con que éstos deberán actuar para lograrlo, quedando las partes obligadas por imperio de la Ley a respetar el fallo que dicten” (F. Gabaldón; 1987, p. 15).

Para la Enciclopedia Opus “esta institución constituye fundamentalmente una convención entre las partes mediante la cual éstas someten una controversia a la decisión de uno o más árbitros, que pueden ser árbitros de derecho o árbitros arbitradores o de equidad...”(Enciclopedia Opus; 1994, T. I, p. 460).

Salvatore Satta expresa “del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, pueden ellas comprometerlas en árbitros, esto es,

confiar su decisión a jueces privados, elegidos por ellas o al menos elegidos en el modo por ellas concordado” (S. Satta; 1971, Vol. II, p. 286).

Desde nuestro punto de vista, el arbitraje es un procedimiento propio del derecho privado, que se realiza cuando las partes se han puesto de acuerdo, por medio de una cláusula compromisoria o un acuerdo arbitral, que someterán sus diferencias o los diversos conflictos que puedan surgir, ante un tribunal de arbitramiento.

En consecuencia, las definiciones planteadas enfocan el arbitraje como una figura soberanamente influenciada por el derecho público dentro de su naturaleza, y no sólo por la suma de la única voluntad de las partes.

2. Antecedentes Históricos de Arbitraje

El arbitraje es la forma más antigua utilizada por el hombre para solucionar pacíficamente un conflicto; que corresponde en el campo del derecho a una etapa primitiva porque vendría a ser como la antesala del proceso oficial. Siendo utilizada durante muchos siglos y en un ámbito que no sólo abarca los litigios entre los particulares sino también las controversias entre Estados.

3. Diferencias y Analogías del Arbitraje con otras Figuras Jurídicas

3.1. Arbitraje y Transacción

Gustav K.L. Real “explica que en materia arbitral la referencia a la transacción debe buscarse en los anales del derecho canónico... «La función del árbitro (*sapiens quisquam*) no era dictar sentencia, sino más bien la de un conciliador que ayudaba a las partes a dirimir sus diferencias. El laudo arbitral no era en realidad una sentencia sino el equivalente a una transacción celebrada entre las partes»” (G. Real citado por R. Matthies, p. 105).

Con lo declarado precedentemente Luis Zerpa establece las siguientes analogías y diferencias:

“Entre ambas instituciones existe una indudable afinidad ya que ambas tiene por finalidad poner término a una controversia que ha surgido

o puede surgir con motivo de una relación jurídica; de allí que algunos autores llamen al compromiso transacción impropia, considerándolo como una variante de aquella —mediante la aplicación de la idea del mandato— lo que presentaría al compromiso como una transacción encomendada a terceros.

Sin embargo, hay profundas diferencias entre ambas instituciones:

“1°) – Por la transacción se termina la litis comenzada, o se previene la que puede surgir, mientras que, con el arbitramento, la litis no es eliminada, sino que se encomienda la resolución de la cuestión a órganos privados.

“2°) – La transacción implica un recíproco sacrificio de las partes, cosa que no ocurre en el compromiso, donde el árbitro de derecho o el árbitro arbitrador deciden con arreglo a la ley” (L. Zerpa, 1956, pp. 69-70).

Para Roland Matthies la transacción y el arbitraje son figuras jurídicas distintas, teniendo como punto en común la de finalizar el conflicto entre las partes. La transacción no es un procedimiento, es un contrato con implicaciones procesales (Cfr. R. Matthies, 1996, p. 106).

Cabe mencionar, que en cuanto a la naturaleza del arbitraje Gustav K.L. Real, ve el origen del mismo como una transacción, otorgándole carácter contractual, Luis Zerpa le da el mismo carácter, pero Frank Gabaldón y Roland Matthies, le otorgan naturaleza jurisdiccional, posición que nosotros compartimos y que profundizaremos más adelante.

Entonces, de manera sucinta se puede decir, que “la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1713 del Código Civil venezolano, es decir, las partes de mutuo acuerdo resuelven definitivamente la controversia; llegando a esa solución, cediendo cada una, en sus pretensiones, pues sin las recíprocas concesiones no hay transacción. En el arbitraje son terceras personas ungidas con el carácter de verdaderos jueces quienes deciden las diferencias de las partes, sin que eso conlleve a la satisfacción de las aspiraciones de ambas, ya que podrían sentenciar adjudicando toda la razón a una sola de ellas (Cfr. F. Gabaldón; 1987, pp.16-17). Así pues, el arbitraje es un procedimiento especial para solucionar un litigio o controversia; la

transacción no es un procedimiento, es un contrato con consecuencias procesales.

La transacción al lado del desistimiento de la acción y el convenio en la demanda son formas de autocomposición procesal; en cambio el arbitraje se distingue porque las partes indican y otorgan poderes a jueces especiales que resolverán el conflicto con carácter obligatorio para aquéllas. Es decir, que la actuación de los árbitros en el procedimiento arbitral no tiene un carácter espontáneo, sino que son las partes quienes los llaman a intervenir, quedando constreñidos los compromitentes a respetar la sentencia arbitral (Cfr. *Ibidem*, p. 17)

Por último cabe acotar también, que la transacción y el arbitraje tienen como única característica análoga la de finalizar el litigio entre las partes.

3.2. Arbitraje y Conciliación

“La conciliación es un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran en un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo)” (R. de Piña; 1965, p. 68).

Para nosotros la conciliación es un medio que previene la utilización de la justicia ordinaria, en aquellos casos (contractuales o extracontractuales) en donde todavía no se ha recurrido a ella, o terminar en forma ágil un conflicto ya existente; debido a que no se llegará a finalizar el procedimiento; y todo esto se llevará a cabo por medio de un tercero, quien dispensará un resultado que buscará un recíproco beneficio para las partes implicadas; las cuales se encuentran en total libertad de acoger o no dicha decisión.

Frank Gabaldón diferencia a los conciliadores y a los árbitros expresando que en los primeros su decisión no es vinculante para las partes, es decir, que éstas se reservan el derecho de acatarla o no (Cfr. F. Gabaldón; 1987, p.17).

En el ámbito de la experiencia jurídica en Latinoamérica se puede aludir el caso colombiano, en donde la conciliación ha proporcionado excelentes re-

sultados; al respecto ha expresado el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá los siguientes beneficios:

- La conciliación evita pleitos porque se consiguen acuerdos que permiten prevenir un litigio o finalizar un pleito existente sin los trámites, costos y formalismos procesales.
- Es ágil porque por regla general se lleva a cabo en una sola audiencia.
- Es eficaz porque un alto porcentaje de los casos que se presentan concluyen con un buen acuerdo.
- Posee rigor de ley porque el acuerdo logrado es obligatorio, tiene efecto de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.
- Es económica porque el valor del servicio que se presta es muy bajo, en comparación con los costos del proceso judicial. Es reservado porque nada de lo planteado en las discusiones durante la audiencia puede trascender o conocerse fuera de su ámbito.
- Es profesional y especializada porque los conciliadores son profesionales que han recibido adiestramiento en técnicas de negociación y conciliación, con métodos diseñados concretamente para ese fin (Cfr. Consultado en junio de 1998 del sitio web: <http://www.centro.de.arbitraje.y.conciliación.de.la.cámara.de.comercio.de.bogotá>).

3.3. Arbitraje y Mediación

Para Frank Gabaldón la mediación o buenos oficios se distingue de la conciliación en que el conciliador es convocado por las partes para dar una solución que ponga término al conflicto; el mediador, por el contrario, se ofrece espontáneamente a emitir un dictamen que finalice el litigio, siendo como se mencionó no forzoso para las partes, la cual constituye la característica distintiva con el arbitraje (Cfr. F. Gabaldón; 1987 p. 18).

En la opinión de Roland Matthies las figuras de la conciliación y la mediación son sinónimas, es decir, no hay diferencia alguna entre ellas. Desde su punto de vista, no conoce pleito o situación en que un mediador se hubiese propuesto interceder en la solución de un conflicto que no es el suyo sin llamamiento por parte de los querellantes para tal fin (Cfr. R. Matthies; 1996, p. 108). Empero, nosotros consideramos que en algunas

circunstancias, quizás no tan frecuentes, un mediador puede intervenir, sin necesidad de invitación, quedando a las partes decidir si aceptan o no tal mediación.

3.4. Arbitraje y Mandato

Arminio Borjas, considera que el arbitraje no es un mandato especial; y al respecto observa:

“La sustitución, posible y perfectamente legal hecha por el mandatario, no es concebible ni válida en el árbitro. Aquél debe rendir cuenta de su gestión, éste no. Por último, como lo asienta fundamentalmente Triani, el mandatario obra en nombre y lugar del mandante y con sujeción a las instrucciones de éste, al paso que el árbitro, en vez de someterse a las instrucciones de las partes, ejerce autoridad sobre ellas en lo referente a la materia que ha sido sometida a su conocimiento y decisión” (Mariani citado por A. Borjas; T. V., 1964, p.16).

3.5. Fijación del Precio por un Tercero

Esta fijación del precio de la venta que realiza el tercero (Art. 1.497 C.C.) no constituye un arbitraje pues el objetivo de este último es el de llegar al fin de un conflicto generado de una relación jurídica anterior; en cambio la labor del tercero es determinar uno de los elementos esenciales para la existencia de un negocio jurídico cual es el precio de la venta, que es un elemento imprescindible para que ésta se perfeccione (Cfr. F. Gabaldón, p. 18).

3.6. Arbitraje y Experticia con especial referencia a la Complementaria del Fallo

El artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, regula lo relativo a la experticia complementaria de fallo, es decir, que de acuerdo al artículo, los peritos además de quedar limitados a los perjuicios comprobados señalados en la sentencia deben actuar en sus labores sometidos a los lineamientos que a tal fin les indique el juez; en cambio los árbitros, son libres en su actuación sin estar subordinados en el contenido de su fallo. (Cfr. *Ibidem*, p. 20).

3.7. Arbitraje y Jueces Asociados

Tanto los árbitros, especialmente los de derecho, y los jueces asociados son verdaderos jueces. Los árbitros son jueces privados en tanto que los asociados, aún cuando no toman el carácter de funcionario públicos, desempeñan funciones públicas idénticas a las del juez natural. Por otra parte, los árbitros también ejecutan funciones públicas, pero no sólo dictan sentencias sino que sustancian el procedimiento respectivo, a diferencia de los asociados que se integran al tribunal para dictar el fallo (Cfr. F. Gabaldón; 1987, p.21).

3.8. Arbitraje y Jurisdicción de Equidad (Art. 13 del Código de Procedimiento Civil).

El ejercicio de la jurisdicción de equidad se basa en el principio fundamental: «Hay que obrar el bien y evitar el mal» (R. Henríquez; 1991, p.93). La misma guarda similitud con los árbitros arbitradores (Art. 618 C.P.C. y 8 ° L.A.C.), ya que en ambos casos se decidirá con arreglo a la equidad.

“La equidad es la adaptación de la justicia legal al caso particular, es decir, que se recurre a la equidad, no en el momento de crear las normas jurídicas generales (leyes, reglamentos, etc.), sino cuando se aplican éstas a los casos concretos, precisamente para atenuar el rigor de dichas normas”(H. Petzold, 1977, p.60).

Se distingue del arbitraje en que el juez sigue siendo en el caso del artículo 13 parte de un órgano del Estado, en tanto que los árbitros son designados por las partes, de lo que se generan otras diferencias, entre las cuales se puede señalar, que el juez natural como parte de un órgano del Estado mantiene un poder o facultad jurisdiccional pleno para acordar y ejecutar, lo que los árbitros sólo pueden hacer con limitaciones (Cfr. F. Gabaldón; 1987, p. 22).

También, dentro de la jurisdicción de equidad el juez está obligado a respetar las normas adjetivas del procedimiento (A. Rengel-Romberg citado F. Gabaldón; 1987, p. 22); a diferencia de los árbitros arbitradores e incluso de los de derecho, que en cierta forma poseen más libertad de acción, cuando así lo acuerdan las partes (Cfr. F. Gabaldón; 1987, p. 22).

4. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Constituye un punto de controversia doctrinal la naturaleza jurídica del arbitraje. Existen dos tesis fundamentales: la contractualista, la jurisdiccionalista, además de las tesis intermedias o sincréticas.

La primera tesis expresa, que para la instalación del procedimiento arbitral es necesario el acuerdo previo de las partes en lo que se ha llamado la cláusula compromisoria, cláusula o compromiso previo o como lo denomina la reciente Ley de Arbitraje Comercial el «acuerdo de arbitraje», sin el cual ni siquiera el juez podría obligar a las partes a continuar este procedimiento, e inclusive hay autores que piensan que todo el procedimiento arbitral debería regirse solamente por las estipulaciones contractuales de las partes. La función del juez sería, la de acoger la voluntad de las partes consagrada en el laudo o sentencia arbitral, parecido a lo que sucede con la petición de ejecución de un contrato por una parte en contra de la renuente (Cfr. R. Matthies; 1996, p.11). René David expresa que para algunos el arbitraje es, en primer lugar, una institución de naturaleza contractual: éste (el arbitraje) reposa sobre una convención, su decisión (también llamada laudo) es el complemento y la finalidad de tal convención que las partes se han comprometido a respetar (Cfr. R. David citado por R. Matthies; 1996, p.11).

Según esta posición los árbitros no son verdaderos jueces ya que sus poderes se originan de las partes que son los creadores de sus atribuciones y en consecuencia la naturaleza de su función es de carácter privado a diferencia de la de los jueces naturales (Cfr. F. Gabaldón; 1987, p.28).

Según José Ramón Duque Sánchez es indudable que el compromiso es de naturaleza contractual (Cfr. J.R. Duque; 1967, p.115).

Salvatore Satta es también partidario de la tesis contractualista al expresar: "... Es un error decir que este poder tiene carácter jurisdiccional y como tal deriva a ellos de la ley, aunque sea a través de la designación de las partes: de la jurisdicción, no tienen los árbitros ningún elemento, no pueden ni siquiera hacer jurar a un testigo, imponer un secuestro, pronunciar una inyunción, etc.; y, por otra parte, es claro que no la sola designación formal, como podría ser por ejemplo, en el jurado penal, sino la atribución

del poder proviene de las partes, y depende de su voluntad...” (S. Satta; 1971, Vol. II, p. 290).

La otra posición es la que considera que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica eminentemente jurisdiccional.

Los árbitros sí son verdaderos jueces, el legislador los ha investido de una función jurisdiccional, la cual cumplen cuando sustancian el proceso arbitral y en consecuencia el laudo emanado por ellos, tiene una cualidad jurisdiccional *per se*, lo que quiere decir que es una verdadera sentencia.

Las obligaciones y derechos de los árbitros y el ejercicio de esos poderes, nacen directamente del Estado. El resultado de su juicio, el laudo arbitral, una vez publicado es una sentencia que obliga a las partes independientemente de la voluntad de ellas y que es susceptible de ejecución forzosa aun cuando no por los propios árbitros que la emitieron sino por medio del juez ordinario (Cfr. F. Gabaldón; 1987, p.28).

Ratificando lo expuesto anteriormente, dice David, otros parten de la idea de que la administración de la justicia es un servicio público. La jurisdicción de los árbitros no puede ser concebida sino como parte integral de tal servicio. El laudo del árbitro es una sentencia que se dicta como terminación de un procedimiento; por lo tanto, es incuestionable su carácter jurisdiccional (Cfr. R. David citado por R. Matthies; 1996, p.11).

Y la última tesis, que es una forma de enfocar la naturaleza jurídica del arbitraje desde una posición intermedia, como es la que sustenta desde nuestra manera de ver el autor Enrico Redenti en su obra “Derecho Procesal Civil”, quien expresa «... los árbitros, derivando su función de un negocio jurídico y no de una investidura del Estado, no están ni pueden estar provistos de poderes coactivos que hayan de ejercitarse o aplicarse directamente aun por medio de la fuerza cuando sea necesario...» Además agrega el arbitraje «... está legalmente disciplinado por el código...» «... Comprometiendo, se sustraen, efectivamente, controversias actuales o todavía eventuales (acciones - excepciones, materia de la controversia) a la cognición de la autoridad judicial, y el pronunciamiento que se obtenga después al respecto está sin duda desprovisto por sí mismo de toda eficacia autoritativa, pero puede adquirirla mediante una providencia integradora o complementaria (llamada decreto de ejecutoriedad)...» (E. Redenti; T. III, 1957,

p. 100). Sin embargo más adelante dice «... El carácter público que hemos atribuido a la función de los árbitros, se infiere precisamente de esta autoridad y eficacia, indudablemente *iuris publici*, que puede asumir su pronunciamiento. Es verdad que ésta depende formalmente del decreto del pretor. Pero el examen del pretor, como ya lo hemos advertido, es únicamente de regularidad (legitimidad) formal y extrínseca. El contenido de la decisión y de las proposiciones de carácter dispositivo (condena, declaraciones de certeza con autoridad de cosa juzgada, providencias constitutivas), proviene únicamente de los árbitros (*de sacco eorum*). Ahora bien, no parece que eso sea concebible sino en cuanto dicho carácter público se atribuya también al procedimiento formativo de la decisión. El carácter legalmente reconocido del producto se refleja o repercute, pues, a *tergo*, sobre las actividades (actos o hechos) que han servido necesariamente a su producción...» (*Ibidem*, p. 112 -113).

De lo que se concluye como ya se ha dicho, que este autor posee una posición ecléctica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que, por una parte, el Código, por él comentado, exige el examen del pretor a la decisión tomada y, por la otra, reconoce que el poder obtenido por los árbitros no deviene solamente de las partes.

En conclusión desde nuestro punto de vista hablar de una manera exacta y precisa sobre la naturaleza jurídica del arbitraje es una tarea bastante ardua, dado que no existe un consenso en la doctrina sobre la misma, lo que genera diversas posiciones. Empero, resaltamos el hecho, como ya se indicó, que el arbitraje tiene para nosotros una naturaleza jurisdiccional, como consecuencia del carácter de verdadera sentencia, que posee el laudo arbitral, que es cumplido independientemente de la voluntad de las partes.

5. Ventajas del Arbitraje

- Es económico porque evita procesos judiciales más costosos, por los honorarios que causan y el tiempo que pueden durar.
- Es imparcial por la idoneidad ética y profesional de los árbitros.
- Genera efectos legales porque el fallo arbitral se considera cosa juzgada y tiene el mismo efecto de una sentencia judicial (625 C.P.C. y Art. 31 L.A.C.).

- Es rápido, las partes señalan el tiempo de duración del proceso (Art. 623, 614 Parágrafo Cuarto C.P.C. y Art. 22 L.A.C.).
- Es especializado porque los árbitros que se designan son expertos, bien sea por razón de su profesión o del cargo que ocupan, en la materia de que trata el conflicto.
- Ausencia de publicidad, es decir, el arbitraje se desarrolla dentro de un marco de absoluta reserva en beneficio de las partes. Lo que indica que los demás consumidores y usuarios del producto o servicio, las instituciones financieras y el público en general no conocerán del asunto (Art. 42 L.A.C.).
- Reducción de la sobrecarga de trabajo de los Tribunales.

6. Desventajas del Arbitraje

Para nosotros son muchas más las ventajas que las desventajas. La única desventaja que observamos, es el hecho de que los árbitros, no pueden ser imparciales, es decir, que su decisión no puede ser absolutamente objetiva, lo cual en los jueces ordinarios también se puede presentar. Pero, en todo caso, la misma ley trae la solución, al establecer el procedimiento de recusación e inhabilitación de los árbitros, expuestos en el artículo 620 del Código de Procedimiento Civil y en el Capítulo V de la Ley de Arbitraje Comercial.

Referencias Bibliográficas

BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. 3ra. ed. Ediciones Sales, Caracas, 1964. T.V.

Congreso de la República. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, promulgado el 13 de marzo de 1987. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. Caracas, 13 de marzo de 1987, N° 3.970, Extraordinario.

Congreso de la República. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL, promulgado el 7 de abril de 1998. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. Caracas, 7 de abril de 1998, N° 36.430.

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1976.

DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. México, Editorial Porrúa S.A., 1965.

DUQUE SÁNCHEZ, José Ramón. *Derecho Procesal Civil II. Recurso de Casación. Invalidez de los Juicios. Juicios Breves. Arbitramento*. Manuales de Derecho. Caracas, 1967.

Enciclopedia Jurídica Opus. Ediciones Libra. Caracas, 1994. Tomo I.

GABALDÓN, Frank. *El Arbitraje. En el Código de Procedimiento Civil*. Paredes Editores. Caracas, 1987.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil*. 8va. ed. Maracaibo. Editorial Maracaibo S.R.L., 1991.

<http://www.centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá>.

MATTHIES, Ronald. *Arbitrariedad y Arbitraje. Un Análisis de la Normativa acerca del Arbitraje de Derecho Privado en Venezuela*. Oscar Todtmann Editores c.a. Estrada; Del Pinto & Asociados. Caracas, 1996.

PETZOLD PERNÍA, Hermann. *Justicia Social y Bien Común en la Venezuela Actual*. Ediciones Tripode. Caracas, 1977.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Tr: Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín; Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957. Tomo III.

SALVATORE, Satta. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tr: Santiago Sentís Melendo; Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. Volumen II.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE EN GENERAL

ZERPA, Luis. *El Arbitramento*. Revista de la Facultad de Derecho.
Universidad de los Andes. Mérida. Abril-Mayo-Junio 1956.
Año II, N° 4.

**CONSIDERACIONES SOBRE LA DESOBEDIENCIA CIVIL
A PROPOSITO DE LA SENTENCIA
DE LA SALA CONSTITUCIONAL
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
DEL 22 DE ENERO DE 2003 QUE INTERPRETA
EL ARTICULO 350 DE LA CONSTITUCION DE 1999**

Giuseppe Rosito Arbía

Si alguna discusión ha estado en boga en los últimos tiempos en razón de la crisis de gobernabilidad por la que atraviesa Venezuela, lo es precisamente la que atañe al derecho a la “desobediencia civil”, el cual para una buena parte de nuestra doctrina constitucional está expresamente consagrado en el artículo 350 de la Constitución de 1999, y en cuyo nombre ha tenido lugar una muy peculiar concentración militar sin antecedentes conocidos en la Plaza Altamira del Municipio Chacao del Estado Miranda y se convocó el paro general más largo del que se tengan referencias a nivel mundial, entre otros hechos importantes.

En tal sentido y en razón de la interposición de un recurso de interpretación solicitado en relación a dicha norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó decisión en fecha 22 de enero de 2003 (Exp. 02-1559), mediante la cual declaró resuelta la interpretación solicitada, decisión que ha causado gran revuelo en una parte importante de la comunidad jurídica y de la sociedad civil en general, en tanto y en cuanto pretende “deslegitimar” las acciones que han tenido lugar con fundamento en dicha norma.

A nuestro modo de ver, la discusión planteada sobre la consagración o no del derecho a la desobediencia civil en el mencionado artículo 350 de la Constitución y las disquisiciones que hace la Sala Constitucional sobre la ubicación de la norma en el texto constitucional y su comparación con el artículo 333 de la misma Constitución, resultan inútiles e innecesarias, en tanto y en cuanto la presencia social de la desobediencia, como bien lo afirma Rubio Llorente, “es más bien un problema filosófico o político que

estrictamente jurídico” (vid. Francisco Rubio Llorente. La Doctrina del Derecho de Resistencia Frente al Poder Injusto y el Concepto de Constitución. En Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa. Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975. P. 910).

En efecto, como nos lo señala el autor citado, el llamado derecho a la desobediencia civil, para él, “resistencia pasiva” o “desobediencia proclamada”, “lo que en la terminología anglosajona se llama ‘civil disobedience’, es la forma más elemental del ‘*ius resistendi*’ ” (Ib. Ib.). Más adelante, y al referirse al derecho de resistencia, la doctrina citada por el autor es categórica en afirmar que “legitimidad popular y, sobre todo, monopolio del Derecho, parecen ser principios que excluyen la posibilidad de positivizar el derecho de resistencia, que es cosa que pertenece al reino de las fuerzas naturales y queda, por tanto, más allá del Derecho Público, es un derecho ‘inalienable, pero no organizable’, ‘incompatible con los fundamentos del derecho público’ y cuyo reconocimiento constitucional equivaldría a ‘sembrar en el país un fermento de anarquía’. La doctrina universal del Derecho Público está tan firme en esta postura que a pesar de la abundante literatura consagrada en los países germánicos al *ius resistendi* como derecho natural de la persona, cuando los textos constitucionales lo consagran explícitamente, la totalidad de los autores se niegan a ver en esa positivización una forma auténtica del derecho de resistencia...” (Ib. pp. 920 y 921).

Si bien el énfasis del autor está puesto en el *ius resistendi* en su forma más importante que él llama “resistencia agresiva”, no encontramos razón alguna para excluir de las anteriores consideraciones a su forma más elemental: la desobediencia civil, pues, como él mismo lo afirma, el *ius resistendi* “comprende una considerable variedad de conductas distintas cuyo momento común es el de implicar todas ellas un enfrentamiento con el poder, no sólo como enfrentamiento fáctico, sino también jurídico, como desconocimiento o negación de la pretensión de legitimidad del poder o de la justicia de su actuación” (Ib. p. 910). Siendo ello así, nos resulta evidente que toda forma de enfrentamiento con el poder que implique desconocimiento o negación de su pretensión de legitimidad o de la justicia de su actuación, incluida dentro de ellas la desobediencia civil, es un derecho natural de las personas, inherentes a ellas, y por tanto no requiere positivización para su existencia.

De ser necesaria una consagración para ello, ningún gobierno autoritario o dictatorial hubiese sido depuesto por ausencia de dicha norma, y abundarían muchos más de los que hoy día aún subsisten. Ni Mahatma Gandhi ni Martin Luther King contaron en su momento con una norma que les permitiera desconocer leyes que creyeron injustas para su pueblo. Su derecho era un derecho superior, inspirado en la doctrina cristiana de Santo Tomás y de muchos otros grandes pensadores y filósofos que les precedieron.

Sin embargo, en aras de desconocer dicho derecho, la Sala Constitucional hace en su interpretación del artículo 350 un gran esfuerzo por deslindarlo del artículo 333, norma que por cierto interpreta sin ser objeto del recurso de interpretación que decide, pretendiendo con ello acabar con el título jurídico invocado como fundamento a la “desobediencia civil” que se ha generalizado en nuestro país, esfuerzo que a nuestro modo de ver resulta estéril, pues, como se ha señalado, el título existe y es independiente de cualquier norma, siempre y cuando pueda hacerse efectivo por quien o quienes lo invocan.

A decir de la Sala Constitucional:

“b) 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, a saber: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas”.

Lo que sí considera imprescindible esta Sala, en función de los argumentos expuestos supra, es precisar el sentido de esta modalidad de resistencia democrática, en congruencia

con el texto Constitucional considerado en su integridad, a fin de que su interpretación aislada no conduzca a conclusiones peligrosas para la estabilidad política e institucional del país, ni para propiciar la anarquía. A tal respecto, 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 efecto, esta norma está contenida en el Capítulo III (De la Asamblea Nacional Constituyente) del Título IX (De la Reforma Constitucional), como un límite al Poder Constituyente. Cuando se anunció la decisión de convocar una Asamblea Constituyente bajo la vigencia de la Carta Magna de 1961, se planteó la duda acerca de si ese poder originario era o no ilimitado. Como lo reconoció la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala Político administrativa del 19-01-99, que abrió el camino a la convocatoria de la Asamblea Constituyente, en principio, el poder constituyente originario es incondicionado e ilimitado, en relación a la organización de los poderes del Estado. Sin embargo, en doctrina se han establecido límites generales a dicho poder, como el respeto de los derechos fundamentales del hombre (Sieyés); al principio de la división de los poderes; a la idea de la democracia (Torres del Moral); a las condiciones existenciales del Estado, entre otros. Algunos de estos límites fueron incorporados dentro de las bases comiciales para el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, concretamente la Base Octava, que a la letra señala:

“Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia repu-

blicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

Pues bien, al incorporar el Constituyente esta modalidad de revisión constitucional en la Constitución de 1999 estableció, en el artículo 350, último del Capítulo III, los límites a este Poder, que sigue en lo fundamental lo contenido en la Base Octava ya aludida. El régimen constitucional resultante, así como la normativa legal o las autoridades públicas que se funden o deriven de dicho régimen, deben respetar la tradición republicana, la independencia, la paz, la libertad, la democracia y los derechos humanos.

El derecho de 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.

Aparte de la hipótesis antes descrita sólo debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión, la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por “cualquier régimen, legislación o autoridad”, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable. En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente

a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima sí y solo sí —como se ha indicado precedentemente— se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad el agravio se mantiene.

No puede y no debe interpretarse de otra forma la desobediencia o desconocimiento al cual alude el artículo 350 de la Constitución, ya que ello implicaría sustituir a conveniencia los medios para la obtención de la justicia reconocidos constitucionalmente, generando situaciones de anarquía que eventualmente pudieran resquebrajar el estado de derecho y el marco jurídico para la solución de conflictos fijados por el pueblo al aprobar la Constitución de 1999.

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, por cuanto se atentaría abierta y deliberadamente contra todo un sistema de valores y principios instituidos democráticamente, dirigidos a la solución de cualquier conflicto social, como los previstos en la Constitución y leyes de la República, destruyendo por tanto el espíritu y la esencia misma del Texto Fundamental (...)"

En primer lugar, la sentencia en cuestión acepta que el artículo 350 prevé la posibilidad de un desconocimiento, pero, aclara que la norma es un límite al Poder Constituyente, es decir que sólo podría invocarse frente a dicho poder cuando el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente contraría los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos. Señalando que dicho desconocimiento podría manifes-

tarse mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política preceptuados en el artículo 70.

Nos preguntamos, si el verdadero y último resultado de la labor de una Asamblea Constituyente no es otro que dictar una Constitución, cómo puede pretenderse que la misma sea desconocida mediante los medios de participación previstos en el artículo 70. La única posibilidad para ello, una vez dictada y aprobada, sería la de convocar una nueva Asamblea Constituyente, pero mientras tanto el resultado de dicha Asamblea estará contrariando inevitablemente los valores, principios y garantías democráticos o menoscabando los derechos humanos, lo cual parece inaceptable. No olvidemos además, que si ese es el caso, es probable que la convocatoria a esa nueva Asamblea sea muy difícil por no decir improbable. De donde el planteamiento de la sentencia en este sentido luce poco convincente.

Por lo demás, nótese que la norma usa el vocablo legislación, que no Constitución, que es el resultado propio de una Asamblea Constituyente, por lo cual la norma no pareciera estar limitada exclusivamente al resultado de la Asamblea sino a la legislación en general, cuestión que escapa a la función de dicha Asamblea.

Finalmente, llamamos la atención en lo siguiente: Si la actuación o el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente es de tal naturaleza que contraría los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos, no estamos acaso en el supuesto de un poder que ha derogado a la Constitución vigente consagratoria de dichos valores, principios y garantías, ergo en el supuesto a que alude el artículo 333 de la Constitución, y que a decir de la Sala consagra el derecho de a la restauración democrática.

Si bien no es nuestra intención discutir las consideraciones de la Sala Constitucional en cuanto al origen de la norma y el hecho de su ubicación en el Capítulo III relativo a la Asamblea Nacional Constituyente del Título IX de la Constitución, sobre lo cual existen otras versiones muy diferentes, debemos aceptar que el contenido de la norma y sus implicaciones parece trascender de dicho capítulo y convertirse en una posibilidad real de enfrentamiento con el poder, como de hecho lo reconoce la propia Sala en su decisión, al señalar que:

“(...) Aparte de la hipótesis antes descrita sólo debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión, la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por “cualquier régimen, legislación o autoridad”, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable. En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima sí y solo sí –como se ha indicado precedentemente– se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad el agravio se mantiene (...)”.

El sentenciador reconoce que fuera de la hipótesis planteada, relativa al 350 como límite a la Asamblea Constituyente, es admisible la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, la cual circunscribe, exclusivamente, al supuesto de *“...cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por “cualquier régimen, legislación o autoridad”, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable....”* Señalando luego como colofón que: *“(...) No puede y no debe interpretarse de otra forma la desobediencia o desconocimiento al cual alude el artículo 350 de la Constitución, ya que ello implicaría sustituir a conveniencia los medios para la obtención de la justicia reconocidos constitucionalmente, generando situaciones de anarquía que eventualmente pudieran resquebrajar el estado de derecho y el marco jurídico para la solución de conflictos fijados por el pueblo al aprobar la Constitución de 1999.”*

De acuerdo con la hipótesis planteada, la Sala parece aceptar que el artículo 350 consagra una posibilidad de enfrentamiento con el poder

mediante la desobediencia a dicho poder, pero apegada al más estricto formalismo, vale decir, previo agotamiento de todos los recursos y medios judiciales previstos en el ordenamiento jurídico, y siempre que sea imposible el cumplimiento voluntario de la decisión judicial. Desde este punto de vista, debe admitirse que la Sala pretende reconocer en el artículo 350 la existencia de la desobediencia civil legitimada, cuya legitimación deriva de un acto judicial previo que reconozca la ilegitimidad o injusticia del poder. Sin embargo, tal ilegitimidad o injusticia también puede ser enfrentada mediante otras formas de resistencia, específicamente con lo que la Sala llama el derecho a la restauración democrática y dice consagrado en el artículo 333, razón por la cual la hipótesis planteada no es exclusiva del artículo 350, sino que es común a ambas normas, legitima la invocación de cualquiera de ellas y en nada sirve para diferenciarlas, pues en definitiva se trata de diferentes modalidades de resistencia, ninguna de las cuales necesita de consagración expresa. Además, ya antes de la existencia de estas normas, se discutía que en el artículo 250 de la Constitución de 1961, el cual la propia sentencia reconoce como casi idéntico al actual artículo 333, estaba implícita tanto la legitimación de la desobediencia civil, como el derecho a la restauración democrática y otras formas de resistencia (vid. Herman Escarra Malavé. *La Inviolabilidad de la Constitución y el Derecho a la Resistencia*. Temas Constitucionales. Editorial Biblioteca Jurídica. Caracas, 1994).

Vemos entonces que la Sala no sólo no logra una verdadera diferenciación entre ambas normas, sino que al pretender condicionar el ejercicio del derecho a la desobediencia exclusivamente a la legitimación previa producto de una decisión judicial, no hace otra cosa que desconocer la verdadera naturaleza de dicho derecho, en cuanto a un derecho natural, olvidando el gran problema de la naturaleza del poder. Así nos dice Rubio Llorente: “Menos satisfactoria aún es la solución grata al liberalismo ingenuo, que considera que una formalización adecuada del proceso legislativo y, en general, de la actuación toda del poder, y un sistema completo de recursos jurisdiccionales son garantías suficientes para proteger a todos los ciudadanos contra la eventual injusticia del poder. Aunque el formalismo no sea una protección tan desdeñable como frecuentemente se afirma y quede todavía mucho camino por andar en la consecución de una protección judicial completa de los derechos ciudadanos, es evidente que esta vía que deliberadamente olvida el gran problema de la naturaleza del poder, resulta escasamente eficaz, como la experiencia ha enseñado, frente a unos go-

bernantes que, dentro de la legalidad, actúan de un modo que parte de los ciudadanos considera injusto” (ob. cit., pp. 921 y 922).

A lo anterior habría que agregar que en los casos en que la ilegitimidad o injusticia del poder se deriva, precisamente, de la ausencia de una verdadera separación de poderes, ningún sentido tendría condicionar el ejercicio del derecho a la desobediencia al agotamiento previo de procesos judiciales, directa o indirectamente controlados por el poder ilegítimo o injusto. De allí que el derecho a la resistencia, en todas sus modalidades, incluida por supuesto la desobediencia, siempre podrá y deberá ejercerse con independencia de cualquier otra consideración.

En fuerza de lo expuesto, lo verdaderamente importante respecto al derecho a la desobediencia civil es entender su verdadero sentido e implicaciones, de manera de que quien lo invoque lo haga a sabiendas de los riesgos que asume.

En este punto, conviene resaltar que lo que caracteriza a la desobediencia como modalidad o forma de resistencia es el carácter pasivo de la conducta, a diferencia de otras modalidades como lo son la resistencia defensiva o activa y la resistencia agresiva. Como lo apunta Rubio Llorente, la desobediencia “no pretende, ni el derrocamiento del poder ni la derogación de la norma (o la eliminación de la actuación) tenida por injusta, aunque, sociológicamente, en la medida en que se trate de una actitud generalizada, puede arrastrar la caída del poder por razones de eficacia o la caducidad de la norma cuya validez no iría acompañada de vigencia” (ob. cit., p. 910). Así, si bien las formas de desobedecer pueden ser de diversa índole, su denominador común es su carácter pasivo. De otro modo estamos ante otras modalidades de resistencia.

No puede perderse de vista, el hecho de que el poder enfrentado no reconocerá su ilegitimidad o injusticia, pues de hacerlo no tendría sentido la desobediencia, razón por la cual es de suponer que empleará todos los métodos a su alcance para vencer a quienes se oponen a su conducta, de allí que la experiencia previa, casos de la India y Estados Unidos, parece indicar que el éxito en el ejercicio del derecho es directamente proporcional al número de titulares que lo invoque, pues de lo que se trata es de exceder y desbordar la capacidad de coerción tanto física como jurídica contra la desobediencia.

La doctrina es categórica en afirmar como una de las consecuencias directas del ejercicio de dicho derecho, la de liberar al ciudadano de la responsabilidad de asumir penas por su desobediencia, funcionando como una excepción de responsabilidad para su titular, quien no podría ser sancionado por su conducta en tanto y en cuanto la misma es legítima y necesaria. Sin embargo, tal excepción de responsabilidad sólo será oponible en la medida que se reconozca legitimidad en el ejercicio del derecho.

De acuerdo con lo anterior, en Venezuela, y según el criterio expresado en la sentencia de la Sala Constitucional, dicha legitimidad sólo existe en la medida de que exista una decisión judicial previa no cumplida voluntariamente. Siendo ello así, es evidente que fuera de estos casos no podrá invocarse la excepción, y quien invoque el derecho lo hará en razón de considerarse legitimado de pleno derecho, en virtud de su derecho natural, el cual sólo le será reconocido a posteriori en la medida que tenga éxito en su enfrentamiento con el poder. Mientras tanto será considerado como alguien al margen de la ley, activándose contra él diversos mecanismos de represión que pueden ser morales, jurídicos y hasta físicos, en el peor de los casos. Frente a ello, sólo le quedarán los mecanismos regulares de defensa, ante unos órganos de justicia que considera ilegítimos, sin poder ampararse en el ejercicio de su derecho a desobedecer, pues parafraseando a Rubio Llorente, durante el enfrentamiento se suprime toda distinción jurídica entre la lucha emprendida contra el poder legítimo, pero injusto, y la lucha que intenta la caída de un poder cuya legitimidad niega.

He allí lo que debe tomarse en cuenta al momento de su ejercicio, teniendo en cuenta que de fracasar y ser sancionados por el ejercicio del derecho, chocaremos con una dura realidad:

“Las sociedades en las que esa libertad política no existe, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y social, no son sociedades constituidas, sino simplemente dominadas, *multitudo hominum iure coacta*, y el poder político que las gobierna, sean también cuales fueren las mediaciones a través de las que se pretende hacerlo derivar de la voluntad de los dominados, es un poder exterior a la comunidad misma que, en lo interior como en lo exterior (y ello se refleja desde luego en la práctica) está así reducida a la inhumana condición de objeto” (Francisco Rubio Llorente. ob. cit., p. 924).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD FINANCIERA

ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS CONSECUENCIAS DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO

Oscar Aguilar Valdéz

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y FINANZAS PÚBLICAS. UNA PECULIAR RELACIÓN**
- II. UN INTENTO DE ESBOZO SOBRE LAS POSIBLES CAUSAS DE LOS IMPRECISOS CONTORNOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO**
- III. LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO. LA PRETENDIDA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DRAGO. LA INMUNIDAD SOBERANA Y LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO**
- IV. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL, DE DERECHO PÚBLICO O DE DERECHO PRIVADO?**
- V. EL ARTÍCULO 66 DE LA LEY 24.156 Y LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL POR OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO ILEGÍTIMAS**
- VI. COROLARIO**

I. INTRODUCCIÓN: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y FINANZAS PÚBLICAS. UNA PECULIAR RELACIÓN

Toda la temática de la responsabilidad del Estado ha estado siempre ligada, de forma muy cercana, a la competencia que tiene el Estado, en concreto, el Poder Legislativo, para reglamentar el pago de las deudas estatales¹. Así, la noción jurídica de *responsabilidad* aparece íntimamente vinculada con el fenómeno *financiero* o *hacendal*, vinculación ésta que —como veremos— no ha sido irrelevante en el desarrollo de esa verdadera garantía constitucional que representa la *responsabilidad del Estado*².

En este sentido, basta remitirnos a dos antecedentes de la historia jurídica nacional para advertir la existencia e incidencia de esta peculiar relación.

En primer lugar, es dable señalar que es en la Ley N° 12, aprobatoria del Estatuto de Hacienda y Crédito de la Nación, dictada por el Congreso Nacional Constituyente de Santa Fe el 9 de diciembre de 1853, donde por primera vez se reconoce normativamente la responsabilidad del Estado. En efecto, en sus artículos 4°, 5° y 6° el Estatuto de Hacienda y Crédito habilitaba a todo individuo que se creyera acreedor de las provincias o del Gobierno Nacional, a que presentara sus títulos ante el Poder Ejecutivo a los efectos que los mismos fueran cancelados una vez efectuada su verificación.

En segundo lugar, y ya desde el punto de vista jurisprudencial, cabe recordar que en el famoso caso "*Vicente Seste y Antonio Seguich*"³ —el

¹ Constitución Nacional, artículo 75, inciso 7.

² Tal como ya lo esbozara Rodolfo BULLRICH en 1920, en la Introducción a su clásica obra *La Responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Bs.As., 1920, pag. 7. En igual sentido, ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Responsabilidad del Estado*, Ed. Astrea, Bs.As., 1973, p. 89.

³ Fallos 1 : 317 Se trató, en rigor de verdad, del segundo reclamo pecuniario contra el Estado Nacional que se ventilaba ante los estrados del Alto Tribunal. El primero, había sido el caso "*Bates Stokes y Cia.*", Fallos 1 : 259, donde la Corte Suprema admitió la posibilidad que el Estado Nacional fuese sometido a juicio en una causa donde se perseguía su responsabilidad por las averías sufridas en algunos efectos depositados en almacenes de Aduana que se habían inundado en un temporal ocurrido el 20 de Agosto de 1860.

fallo fundante en lo que se ha llamado la inmunidad soberana en materia de juicio del Estado nacional ⁴— la Corte Suprema consideró que la incompetencia del Poder Judicial, para entender en un juicio pecuniario contra la Nación, derivaba del hecho que el Estado, estaba sujeto a *reglas especiales*. Como podrá observarse, la Corte Suprema no negó la existencia de responsabilidad por parte del Estado —lo que de suyo importó reconocer que la inmunidad del Estado lo era sólo de juicio (inmunidad restringida) mas no respecto a la posibilidad de predicarse su carácter de deudor, lo que constituía para el año 1864 una situación de avanzada respecto al derecho comparado⁵—, pero sí reconoció que dicha responsabilidad estaba sujeta a *reglas especiales*, diferentes de las del derecho común, en concreto —y esto es a lo que remite el precedente— a la competencia del Congreso para el arreglo de la deuda pública⁶.

Emergencias económicas y consolidaciones de deudas públicas mediante, esta íntima vinculación entre la noción jurídica de responsabilidad estatal y el fenómeno extrajurídico de la hacienda y finanzas públicas, se ha perpetuado en nuestro sistema de derecho público, tal como lo prueba el peculiar régimen de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional contemplado en los artículos 66 a 68 de la Ley 11.672 que, en nuestra

⁴ En el considerando n° 2), sostuvo el Alto Tribunal que: "...es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que la inviste, no pueda ser arrastrado ante tribunales de otro fuero sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tiene por garantía su buena fe"

⁵ Sobre la cuestión de los orígenes vernáculos de la responsabilidad del Estado, véase el interesante trabajo de SALOMONI, Jorge Luis, "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)", E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina de Derecho Administrativo del 29/3/2000, pp. 7 y ss.

⁶ Al respecto, sostuvo la Corte Suprema en el considerando n° 4): "...la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido al Congreso por el artículo 67 en su inciso 6°". Esta idea fue, posteriormente, precisada por el Tribunal en la causa que registra Fallos 2 : 36, donde en el considerando n° 3), la Corte sostuvo que "...no significa que los acreedores de la Nación no tengan medios de hacer valer sus derechos, por que pueden ocurrir al Congreso, quien por el inciso 6°, artículo 67 de la Constitución Nacional, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública..."

opinión, no hacen más que reconocer que la efectividad de la responsabilidad del Estado descansa, en definitiva, en la actividad financiera a cargo del Poder Legislativo.

De esta forma, el carácter coyuntural y esencialmente mutable del fenómeno financiero público, ha terminado condicionando el desarrollo de la institución jurídica de la responsabilidad del Estado, ya sea privándola de sus rasgos garantísticos –y hasta de su propia lógica jurídica– por medio de la introducción, en su construcción técnica, de consideraciones y motivaciones de índole política, económica y financiera, o bien, aún sin trastocar su construcción jurídica, reduciéndola –en el plano de la realidad– a una mera categoría dogmática de escasa efectividad práctica⁷.

Como podrá observarse a continuación, esta peculiar relación entre lo jurídico (responsabilidad del Estado) y lo financiero, si bien ha signado toda la temática de la responsabilidad del Estado, ha tenido una especial relevancia en torno a la responsabilidad del Estado por sus operaciones de crédito público.

II. UN INTENTO DE ESBOZO SOBRE LAS POSIBLES CAUSAS DE LOS IMPRECISOS CONTORNOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO

Se trata ésta de una temática en la que –como veremos– confluyen criterios de responsabilidad contractual, otros de responsabilidad extracontractual y algunos verdaderamente lindantes con la irresponsabilidad del Estado.

Mas no se trata, en rigor de verdad, de una cuestión exclusivamente vernácula, sino que ya en 1926 Gastón JÉZE sostenía respecto a las

⁷ Como bien ha señalado BIANCHI, de nada sirve que por más de dos siglos la doctrina y jurisprudencia hubiesen construido con esfuerzo una institución como la responsabilidad del Estado si al momento de poner en práctica la efectividad de una sentencia de condena contra el Estado, la misma depende de los avatares presupuestarios del deudor, cfr. BIANCHI, Alberto, Responsabilidad del Estado por su Actividad Legislativa, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1999, pp. 17 y ss.

operaciones de crédito público, que se trataba de un área donde había ocurrido la “*intrusión misteriosa de la soberanía estatal*” que había signado el desarrollo de la institución⁸.

En cierta forma, la idea que nos planteaba JÉZE hace ya casi ochenta años, es que, en toda la actividad financiera del Estado —y el crédito público es la posibilidad que tiene el Estado para atraer recursos⁹— campea una suerte de *capea et diminutio* de lo que es la responsabilidad del Estado; tornándola de contornos verdaderamente imprecisos.

Y ¿por qué ello es así?

Nos permitimos ensayar una suerte de explicación fundada en tres motivos de índole histórico-política antes que jurídica.

El *primer* motivo radicaría, en nuestro entender, en que las operaciones de crédito público —y, en concreto, las operaciones de empréstito—, son consideradas, por nuestro texto constitucional como un recurso del Tesoro Nacional¹⁰, que encontraría su fundamento en el poder de *imperium*, en la soberanía estatal. Paralelamente, la cancelación o la devolución de esos créditos se realiza, también, con fondos públicos, ya sea que éstos provengan de las arcas públicas o de la realización de nuevas operaciones de crédito público. De esta forma, la temática del crédito público aparecería —primordialmente— como una cuestión que hace a la obtención de recursos públicos por parte del Poder Soberano.

El *segundo* motivo que es posible ensayar radicaría en la circunstancia —en nuestra opinión—, derivada del motivo anteriormente señalado—consistente en que el desarrollo de toda la teoría de crédito público no ha sido fruto de ocupación por parte del Derecho Administrativo, sino que ha quedado en manos del Derecho Financiero o, en su caso, de la llamada Ciencia de las Finanzas Públicas. En este sentido, cabe mencionar, como,

⁸ Tal como nos lo hacía saber DANA MONTAÑO, Salvador, “Empréstitos Públicos Provinciales y Municipales”, en Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de Rosario, 1936, p. 165.

⁹ Tal es el concepto normativo de crédito público que contiene nuestro derecho público federal, y que surge del artículo 56 de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de Control del Sector Público Nacional.

¹⁰ Cfr. Constitución Nacional, artículo 4° y artículo 75, inciso 4).

por ejemplo, SAYAGUES LASO en su obra al abordar el empréstito público remite al Derecho Financiero¹¹. Y esta circunstancia, en nuestro entender, no es baladí puesto que las consecuencias que se derivan de analizar un fenómeno como el del crédito público sólo desde el ángulo de los recursos públicos, resultan en abstraer a esta institución del campo jurídico –es decir, el campo de la responsabilidad– para enmarcarlo en el campo contable o hacendal.

Finalmente, el *tercer* motivo que podría traerse a colación –y tal vez, el de mayor influencia y relevancia–, es que, fruto de la importancia que histórica y políticamente ha tenido el endeudamiento público externo, el derecho internacional ha legado a la institución del crédito público, la noción de “*Inmunidad Soberana*”, que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el buen orden y la paz entre las Naciones¹².

III. LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO. LA PRETENDIDA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DRAGO. LA INMUNIDAD SOBERANA Y LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO

Ha pretendido fundarse esta idea de inmunidad soberana o de irresponsabilidad del Estado por su actividad de crédito público en lo que conocemos como la Doctrina Drago¹³.

Sabido es que la Doctrina Drago –que en su momento, honró a nuestra República– data de una célebre nota que, con fecha 29 de diciembre de 1902, el Doctor Luis María DRAGO, entonces Ministro de Relacio-

¹¹ Señalaba el desaparecido Profesor Uruguayo: “El análisis jurídico de los empréstitos públicos pertenece más al derecho financiero que al derecho administrativo. Si bien los problemas que plantean interesan a ambas disciplinas, razones de método aconsejan desplazar su estudio particular a la primera de ellas”, SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 6° edición puesta al día a 1998 por Daniel Hugo MARTINS, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, p. 106.

¹² A este respecto, remitimos al Capítulo IV siguiente.

¹³ Tal era la posición de DÍEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo III, 2° edición actualizada, ed. Plus Ultra, Bs. As., 1979, pág. 328 ; SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cit., p. 106.

nes Exteriores del Presidente Julio A. ROCA, cursó al Doctor Enrique GARCÍA MEROU, quien se desempeñaba como Ministro Plenipotenciario argentino en Washington. La misma estaba cursada a los efectos de instruir al representante argentino de la posición que debía esgrimir la República Argentina frente al Departamento de Estado Norteamericano ante la tentativa de varias potencias extranjeras de proceder a disponer la intervención armada en la República de Venezuela porque ésta había incumplido el pago de operaciones del crédito público¹⁴.

En dicha nota, DRAGO puso de manifiesto la imposibilidad que tal intervención armada pudiese tener lugar; a cuyos efectos señalaba que la contratación de empréstitos era un *acto de soberanía* y que el Estado no podía ser ejecutado por los incumplimientos que pudieran producirse en esa relación; agregando que cuando un particular contrataba con un Estado Soberano sabía, de antemano, a qué riesgos se sometía¹⁵.

No obstante, útil es señalar que, cinco años después fue el propio DRAGO quien, en una publicación hecha en la prestigiosísima *Revue Générale de Droit International Public* a pedido de su entonces director, el Profesor Paul FAUCHILLE, aclaró y precisó el alcance de su Nota, sosteniendo que con ella no pretendió formular una doctrina jurídica sobre el tema sino, solamente, una política latinoamericana que fuese una continuación de la doctrina Monroe, de forma tal de poder evitar que las potencias extranjeras —por vía de la ejecución de sus deudas— controlaran a un país americano¹⁶. En línea concordante, cabe mencionar que oportuna-

¹⁴ Sobre el tema, entre la variada literatura al respecto, ver, VANOSSI, Jorge Reinaldo, "Luis María Drago y la deuda pública externa latinoamericana", E.D. 123 : 800; DÍAZ CISNEROS, César, *Derecho Internacional Público*, 2^o edición actualizada, Tomo I, ed. TEA, Bs. As., 1966, pág. 546 y sigs; PODESTÁ COSTA, Luis y RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, Tomo II, ed. TEA, Bs. As., 1984, pp. 221 y ss.

¹⁵ Expresó DRAGO: "Luego, el acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no puedan iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno", cfr. Nota al Ministro argentino en Washington, del 29 de diciembre de 1902, transcripta en *La Doctrina Drago*. Colección de Documentos con una advertencia preliminar de S. PÉREZ TRIANA y una Introducción de W.T. STEAD, Imprenta de Wertheimer, Lea y Cia, Londres, 1908, p. 4.

¹⁶ DRAGO, Luis María, "Les Emprunts d'État et leurs rapports avec la politique internationale", en *Révue Générale de Droit International Public*, Tome XIV, 1907, pp. 251 y ss.

mente DÍAZ CISNEROS señaló que DRAGO pretendió dar a su doctrina meramente un carácter continental americano y no de alcance universal tal como lo pretendían entonces los Doctores MONTES DE OCA y SAENZ PEÑA ¹⁷.

Si bien la propia aclaración que personalmente planteó DRAGO a su Doctrina resulta de suyo suficiente para descartar cualquier intento de justificar jurídicamente en ella la irresponsabilidad del Estado por sus operaciones de crédito público; adicionalmente, debe tenerse en cuenta que a la fecha en que DRAGO formuló su doctrina, habían transcurrido escasos dos años desde que el Congreso Nacional sancionara la Ley 3952 de Demandas contra la Nación, que —como es bien sabido— fue el primer y tímido adelanto en orden al reconocimiento de la responsabilidad pecuniaria del Estado Nacional en el orden interno¹⁸. De esta forma, cualquier manifestación que DRAGO pudiese haber realizado respecto a la irresponsabilidad del Estado en sus operaciones de crédito público, no sólo encontrarían su justificación en las peculiaridades del derecho internacional público entonces vigente, sino que, además, habrían sido realizadas en un entorno donde

¹⁷ Cfr. DÍAZ CISNEROS, César, “La Doctrina Drago y la faz internacional de los empréstitos provinciales”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, La Plata, 1928, págs. 89/90. A este respecto, señala DÍAZ CISNEROS que la intención de DRAGO de limitar su doctrina al campo latinoamericano estaba orientado a evitar que Gran Bretaña la condenase inmediatamente ante la Comunidad Internacional en razón que, de ser proyectada a nivel universal, habría colusionado con el conflicto entonces vigente entre esa Nación y Egipto.

¹⁸ Entre 1890 y 1894, sostenía, terminantemente, en sus clases el entonces Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Lucio V. LÓPEZ: “Ahora bien, nuestra doctrina civil declara en general la irresponsabilidad sin excluir la del Estado General, pero nuestra jurisprudencia ha declarado irresponsable a la Nación y por consiguiente el punto está resuelto entre nosotros en cuanto a ella”, cfr. *Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. LÓPEZ*, Imprenta de la Nación, Bs. As., 1902, pág. 221. A este respecto, ver, también, la crítica al sistema imperante a fines del Siglo XIX que realiza ESTRADA, José Manuel en su *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*, conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires en los años 1877, 1878 y 1880, *Compañía Sudamericana de Billetes de Banco*, Bs. As., 1895, págs. 543/544. Ante este panorama, es claro que la Ley 3952 supuso un avance sobre la situación existente a fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, en tanto que al eliminar la venia legislativa previa, permitió que los ciudadanos pudiesen dirimir judicialmente sus controversias civiles contra el Estado Nacional. Sobre el origen, sentido y finalidad de la Ley 3952, ver el excelente y ya clásico estudio de MUÑOZ, Guillermo, “El Reclamo Administrativo Previo”, en *L.L.* 1988-A-1048, en especial, p. 1053.

la irresponsabilidad estatal todavía flameaba en el campo del derecho público interno¹⁹. Evidentemente, a casi un siglo de la formulación de la Doctrina Drago, exclusivamente orientada a justificar una política latinoamericana de repudio a la intervención armada extracontinental como mecanismo de cobro compulsivo de deudas públicas, consideramos que difícilmente pueda ser invocada como justificativo jurídico de una presunta irresponsabilidad del Estado en la materia.

Desde otra perspectiva, y tal como ya ha sido adelantado, las peculiaridades de las relaciones internacionales que, por un lado se tejen entre Estados Soberanos y que, por otro, imponen asegurar la paz entre ellos²⁰, han llevado a que en el campo del derecho internacional se estableciera la llamada doctrina de la “*Inmunidad Soberana*”. En sustancia, la misma indica la imposibilidad de que ningún Estado Soberano sea sometido, contra su voluntad, a la jurisdicción de otro Estado soberano²¹.

Ahora bien, el progresivo triunfo del respeto al Estado de Derecho en el campo internacional, así como un mayor involucramiento de los Estados Nacionales en actividades comerciales a lo largo de la segunda mitad del Siglo XX²², ha llevado a que la Comunidad Internacional pasara de aceptar un concepto de inmunidad *absoluta* –todo acto realizado por un Estado extranjero no era enjuiciable ante los tribunales de un tercer Estado

¹⁹ A este respecto, basta remitirse a la ya citada publicación de DRAGO en donde, refiriéndose al derecho interno, hace expresas referencias a la teoría de la doble personalidad del Estado que, como es sabido, fue una construcción técnica tendiente a limitar un estado general de irresponsabilidad del Poder Público. Sobre la Teoría de la Doble Personalidad del Estado, ver CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, 6ª ed. Actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1998, pp. 279 y ss.

²⁰ Señala RAMAYO, en su análisis histórico de la “Inmunidad Soberana” que fundamento básico, aunque no el único, estaba sintetizado en el principio latino “*par in parem non habet imperium*”, cfr. RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, en E.D. Revista del 8/5/2000, p. 1.

²¹ En este sentido, ver GORDILLO, Agustín, “El Contrato de Crédito Externo”, en Después de la Reforma del Estado, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, IV-25; también el ilustrativo trabajo de GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, E.D. Revista del 26/6/2000, p. 19.

²² Proceso éste que ha descripto con puntilliosidad, FRIEDMAN, Wolfgang, El Derecho en una Sociedad en transformación, trad. Española de Florentino Tornes de la primera edición en inglés de 1959, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pp. 361 y ss. En igual sentido, DERAIS, Yves, “Sovereign Immunity and Financial Obligations”, Business Law International, Issue 3, June 2000, p. 141.

salvo la expresa conformidad del primero— a uno de inmunidad *restringida* —sólo *determinados* actos realizados por un Estado extranjero no son enjuiciables por los tribunales de un tercer Estado salvo su expresa conformidad ²³—.

En el derecho comparado, por ejemplo, la *European Convention on State Immunity* de 1972, la *Federal Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos, sancionada en 1976 y la *State Immunity Act* del Reino Unido del año 1978, son —aunque con sus matices, tal como lo señala RAMAYO ²⁴— textos normativos pioneros en el avance hacia el concepto *restringido* de la Inmunidad Soberana.

En nuestro país, primero la Ley 13.998 de Organización de la Justicia Nacional y luego, el Decreto Ley 1285/58 ²⁵, conocido como Reglamento para la Justicia Nacional, acogían el principio de la inmunidad absoluta de los Estados, en tanto exigían la conformidad del Estado demandado para poder ser sometido a los tribunales argentinos²⁶.

Esta situación —no obstante que desde bastante tiempo antes se venía propugnando su modificación hacia la noción restringida— recién se alteró con lo fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Manauta*” el 22 de diciembre de 1994 ²⁷, donde el Alto Tribunal reinterpreto la norma antes mencionada contenida en el Reglamento para la Justicia Nacional a la luz de la situación existente en el derecho internacional ²⁸, concluyendo que la disposición en cuestión no amparaba la tesis de la *Inmunidad Soberana absoluta*.

²³ Ver la evolución del concepto en RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, ob. cit.; así como los ya clásicos trabajos de CÁRDENAS, Emilio Jorge, “Algunas consideraciones en torno a la noción de Inmunidad Soberana”, en J.A. Sec. Doctrina, 1974, p. 710; y de ONETTO, Claudio Andrés, “Actual concepto de Inmunidad Soberana”, E.D. 93 : 913, entre otros.

²⁴ Cfr. RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, ob. cit, p. 2, apartado 3.

²⁵ Cfr. artículo 24, inciso 1°.

²⁶ Ver, en este sentido, RAMAYO, Raúl Alberto “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, op. cit, pág. 1 y GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, E.D. Revista del 26/6/2000, p. 20.

²⁷ Fallos 317 : 1880.

²⁸ Así, sostuvo la Corte que “...ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional General, por que no se practica de modo uniforme ni hay conciencia jurídica de su obligatoriedad”.

Poco tiempo después de dictado el precedente antes mencionado, el Congreso de la Nación dictó la Ley 24.488 de “*Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos*”, que –si bien se ha señalado que la misma sólo recepta de manera incompleta e insuficiente los cambios operados en la materia²⁹– reglamenta el principio de *Inmunidad Soberana* de los Estados extranjeros, estableciendo una serie de *excepciones* al principio general de inmunidad, lo que ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a sostener que la misma consagra la tesis de la *Inmunidad Soberana restringida*³⁰.

En apretada síntesis, y de forma general, puede decirse que la idea que campea en todas las normas relativas a la *Inmunidad Soberana* es la de restringir la misma a aquellas actividades *estatales* o de *gobierno estricto sensu* o “*iure imperii*”, excluyendo a aquellas otras calificadas como *comerciales* o “*iure gestionis*”³¹. Desde ya que la diferenciación entre lo que debe entenderse –tanto *in abstracto* como *in concreto*– como acto de imperio o como acto de gestión es una cuestión altamente compleja³², con similitudes a las dificultades que dicha distinción tenía en el derecho público interno en épocas de la vigencia de la vieja Teoría de la Doble Personalidad del Estado³³, lo cierto es que el término actividad *comercial* –en el marco de esta doctrina– no excluye de su órbita a actos que, ejecutados por el Estado, según el derecho interno están regidos por el derecho público y no por el derecho privado o comercial. En otros términos: actividad comercial no se identifica con actividad que, según el derecho interno, está regida por el derecho común sino que, también, puede extenderse a

²⁹ Así, RAMAYO, Raúl Alberto “Los Estados Extranjeros en el proceso de ejecución y sus problemas”, *ob. cit.*, p. 3

³⁰ Así, en el caso “Cereales Asunción S.R.L. v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República Paraguaya s/ daños y perjuicios – incumplimiento de contrato”, fallada el 29/9/98, considerando n° 5.

³¹ Ver, al respecto, ONETTO, Claudio Andrés, “Actual concepto de Inmunidad Soberana”, *op. cit.*, E.D. 93 : 913 y MAZZEI, María del Rosario, “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados?”, L.L. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 16/4/99, pp. 8 y ss.

³² Ver al respecto, GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, *op. cit.*, E.D. Revista del 26/6/2000, pp. 21-22 y MAZZEI, María del Rosario, “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados?”, *ob. cit.*, p. 9.

³³ Sobre la dificultad que provocaba la distinción, ver, por todos, BULLRICH, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

otras actividades regidas por el derecho público³⁴. En concreto, la prueba de lo aquí expuesto surge de la propia interpretación que la Corte Suprema dio al concepto de actividad comercial contenido en la Ley 24.488, en el que incluyó a un contrato de concesión de servicio público, regido –claro está– por el derecho administrativo y no por el derecho común³⁵. Como se puede observar, la circunstancia que una determinada operación sea regida –según el derecho interno– por el derecho público o administrativo no coloca, de por sí, a dicha actividad en el ámbito de la inmunidad soberana o de la irresponsabilidad estatal.

Ahora bien, ¿las operaciones de crédito público están amparadas por la Inmunidad Soberana o, por el contrario, deben ser consideradas incluidas en la excepción a dicha inmunidad como actividad comercial?

La cuestión, en el derecho comparado, no dista de ser conflictiva.

En efecto, mientras que –por ejemplo– la ley inglesa expresamente contempla a las operaciones financieras como una de las excepciones a la Inmunidad Soberana, la jurisprudencia francesa e italiana han considerado a tales operaciones amparadas en la mencionada inmunidad³⁶.

Por su parte, la cuestión en los Estados Unidos –país cuyo papel relevante en las finanzas internacionales no puede soslayarse³⁷– parece

³⁴ En este sentido, ver al respecto, GUALDE, Andrea, “La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana”, ob. cit., E.D. Revista del 26/6/2000, pp. 21-22 y MAZZEI, María del Rosario, “¿Se encuentra vigente la doble personalidad del Estado a la luz de la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados?”, ob. cit., pp. 8-9. Por tal motivo, no debe llamar la atención que continuamente la Procuración del Tesoro de la Nación dicte opiniones legales en operaciones internacionales en las cuales califique a determinadas actividades públicas como “comerciales”; mientras que en casos meramente internos las califica como regidas por el derecho público. Ello lo es, exclusivamente, a los efectos de excluir a las mismas de la inmunidad soberana.

³⁵ Cfr. in re “Cereales Asunción S.R.L. v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República Paraguaya s/ daños y perjuicios – incumplimiento de contrato”, fallada el 29/9/98, citada.

³⁶ Ver al respecto, ZUPPI, Alberto Luis, “La Inmunidad Soberana de los Estados y la emisión de Deuda Pública”, L.L. 1992-D-1118, en especial, pág. 1119, en igual sentido, DERAIS, Yves, “Sovereign Immunity and Financial Obligations”, ob. cit., *Business Law International*, Issue 3, June 2000, p. 143.

³⁷ Al respecto, téngase en cuenta que es de uso que las condiciones de emisión de títulos públicos dispongan –alternativamente con la de otras plazas financieras como Londres,

haber evolucionado de una primitiva tendencia favorable a considerar a tales operaciones como amparadas por la *Inmunidad Soberana* –por calificárselas como *iure imperii*³⁸– hacia otra proclive a considerarlas actividad *comercial* y, por ende, excluidas de dicha inmunidad³⁹.

En este último sentido cobra particular relevancia el fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos recaído en el año 1992 la causa “*Republic of Argentina et al. v. Weltover Inc. et al*”⁴⁰, en la cual la Suprema Corte –por medio del voto del Juez SCALIA⁴¹– sostuvo que la emisión de títulos públicos (BONODs) emitidos por el Gobierno Argentino⁴² –y luego unilateralmente reprogramados en su pago por parte del Estado Nacional en el año 1986⁴³– consistió en una actividad *comercial* a los efectos de la

Frankfurt o Zürich– tanto la aplicación de la Ley del Estado de New York como de los tribunales de dicho Estado. En doctrina, ver, por ejemplo, respecto al llamado Plan Brady, SILVA, Roberto E. (h), “El Plan Brady para la República Argentina”, E.D. 148 : 839, en especial, pp. 846-847.

³⁸ Tal fue la doctrina del famoso precedente “*Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*”, 336 F. 2d. 354, fallado el 9/9/64 por la Cámara Federal de Apelaciones del Segundo Circuito.

³⁹ En este sentido, dos son los precedentes relevantes de la Suprema Corte Federal: el caso “*Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba*”, 425 U.S. 682 (1976) y, más recientemente, el caso “*Republic of Argentina et al. v. Weltover Inc. et al*”, 504 U.S. 607 (1992), cuyo texto íntegro traducido al castellano por Alberto ZUPPI puede consultárselo en L.L. 1992-D-1124. Sobre la evolución de la excepción de “actividad comercial” en la jurisprudencia estadounidense luego de fallarse el precedente citado en último término, ver el reporte de DAVIS, John E., “Sovereign Immunity and the Foreign Sovereign Immunity Act”, en *The International Lawyer*, Volume 31, N° 2, Summer 1997, pp. 323-335.

⁴⁰ Ver nota anterior.

⁴¹ Vale recordar que Antonin SCALIA, de tendencia conservadora, es especialista en Derecho Administrativo.

⁴² En sustancia, los BONODs –junto a los Promissory Notes– consistían en títulos públicos emitidos por el Estado Nacional y entregado a los acreedores externos de deudores privados cuya deuda –ahora asumida por el Gobierno Nacional– había sido contratada con el sistema de seguro de cambio, cfr. Comunicación “A” 251 del BCRA. Sobre el origen y naturaleza de los BONODs, ver O’FARRELL, Jorge “Refinanciación de operaciones de seguros de cambio: aspectos jurídicos”, *Doctrina Tributaria Errepar*, Vol. II, p. 104 y GALLO, Juan Antonio, “Refinanciación de operaciones de seguro de cambio: aspectos jurídicos”, *Doctrina Tributaria Errepar*, Vol. II, pág. 106 y sigs; CAMBIASSO, Juan E. Y LEGON, Fernando, “Caracteres y circulación de los BONODs y Promissory Notes”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1984, pp. 607 y ss.

⁴³ Ver, respecto a los hechos y al fallo de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal, ONETTO, Claudio Andrés, “Deuda externa. Inmunidad Soberana del Banco Central”, L.L. 1992-A-702.

inaplicabilidad de la defensa de Inmunidad Soberana que había esgrimido nuestro país. Para así resolver, consideró que lo relevante era determinar si la acción era del tipo de acciones por medio de las cuales un particular se involucra en el comercio; a lo que concluyó que por medio de la emisión de BONODs, el Gobierno Argentino había participado en el mercado como si fuese un particular puesto que tales títulos no dejaban de ser títulos de deuda que cotizaban en el mercado financiero internacional, motivo por el cual juzgó que resultaba irrelevante que la República Argentina los hubiese emitido con fines de estabilización de la moneda argentina⁴⁴.

En nuestra doctrina, ZUPPI realizó una velada crítica del fallo antes mencionado sosteniendo que la calificación de comercial que la Suprema Corte le había conferido al caso en análisis merecía sus reparos puesto que el acto del Gobierno Nacional fue tanto en su naturaleza como en su propósito resultado de la regulación de su política de cambios, acto éste eminentemente soberano por consenso⁴⁵.

La misma reprogramación de pagos dispuesta por el Gobierno Nacional a los BONODs en el año 1986, dio lugar a planteamientos judiciales en la Justicia Federal argentina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación terminó dirimiendo el 10 de diciembre de 1996 en las causas "*Adriano C. Brunicardi v. Banco Central de la República Argentina*"⁴⁶ y "*Gruval S.A. v. Estado Nacional s/ordinario*"⁴⁷, respectivamente. Si bien en tales casos no era procedente la aplicación de normas reglamentarias de la *Inmunidad Soberana* –puesto que el proceso tramitaba ante los tribunales del país emisor–, merece recalcar que la apreciación que tanto la Procuración General de la Nación como la Corte Suprema tuvieron respecto a la naturaleza del acto que había dispuesto la emisión de los BONODs, resulta, sustancialmente diferente a la que se manifestó en el caso "*Weltover*" antes mencionado.

⁴⁴ Este fallo importaría, en nuestro entender, una precisión de la Suprema Corte respecto a que el criterio para determinar la comercialidad del acto no es el de la intención o propósito, sino el de su naturaleza.

⁴⁵ Cfr. ZUPPI, Alberto, Luis, "La Inmunidad Soberana de los Estados y la emisión de Deuda Pública", op. cit., L.L. 1992-D-1118, en especial, p. 1124.

⁴⁶ Fallos 319 : 2886.

⁴⁷ Causa G. 340. XXIV y G. 326. XXIV Recurso de Hecho. Esta causa se resolvió por misión expresa a "Brunicardi".

En efecto, el entonces Procurador General de la Nación –luego de sostener la ilegitimidad originaria de la deuda por haber sido contraída por un Gobierno de Facto y por no haber sido convalidada por el Congreso Nacional luego de la reimplantación del régimen democrático en 1983– recordó opiniones vertidas en el campo del derecho internacional en el sentido que respecto de las deudas públicas, el Estado ejerce un acto de *poder público (iure imperii)*⁴⁸, agregando luego –con invocación de la Doctrina Drago y de alegados “*principios básicos del derecho internacional*”– que la pretensión del actor no podía ser acogida en tanto que la ejecución forzada era impracticable en atención a la naturaleza pública del ente prestatario⁴⁹.

Por su parte, la Corte Suprema consideró que, en tanto los BONODs reconocían su origen en la sustitución unilateral del originario deudor privado por el deudor público –Estado Nacional– su acto de creación constituyó una emanación de la *soberanía nacional “más allá de los términos en que fue anunciado a los acreedores extranjeros”*⁵⁰.

No obstante la alegada mención al carácter de acto *soberano* que había investido la constitución del empréstito, la Corte Suprema expresamente –al finalizar su decisorio– manifestó que “*la naturaleza jurídica del empréstito público no significa la exclusión de toda responsabilidad de orden patrimonial por la modificación unilateral de las obligaciones, en caso de conducta arbitraria o de lesión a derechos individuales dignos de protección*”⁵¹.

Como se podrá observar, en mayor medida el dictamen del entonces Procurador General de la Nación y, en menor grado, el fallo de la Corte Suprema, por vía de la caracterización del acto constitutivo de la deuda pública externa como acto *soberano*, introducen una cierta dosis de confu-

⁴⁸ Cfr. apartado –VII– in fine. Las citas son de RALSTON, Jackson H, “Venezuela Arbitration of 1902”, Washington, 1904, pp. 505-506 y Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, Vol. II, Segunda Parte, p. 37, nota 132.

⁴⁹ Cfr. apartado –IX–, primero y segundo párrafos. Cabe señalar que, en rigor de verdad, DRAGO no sostenía la inejecutabilidad del Estado por sus deudas públicas sino sólo que no era viable un proceso de apremio mas sí uno de pleno conocimiento, cfr. DRAGO, Luis María, “Les Emprunts d’État et leurs rapports avec la politique internationale”, ob. cit., p. 258.

⁵⁰ Cfr. Considerandos 5º) y 17º).

⁵¹ Cfr. Considerando 19º) primer párrafo.

sión e inseguridad no ya respecto a la naturaleza del acto sino a los efectos de tal caracterización, en especial, en orden a la responsabilidad del Estado emisor. Si lo que se pretendía era despojar a la cuestión de cualquier enfoque privatista, nos preguntamos: ¿Era necesario incurrir en la calificación de acto *soberano* o *iure imperii*, máxime si —como hemos visto precedentemente— tal calificación importa, en el campo del derecho internacional, el otorgamiento de *Inmunidad Soberana* al Estado emisor?⁵². Esta calificación, en definitiva, parecería relativizar la declaración sobre la existencia de una eventual responsabilidad del Estado que el Alto Tribunal efectúa —casi por necesidad y en términos confusos e insuficientes, tal como se verá a continuación— al finalizar su fallo.

Amén de lo expuesto, la Corte Suprema parecería limitar la responsabilidad del Estado a dos supuestos, exclusivamente: (i) caso de *conducta arbitraria*; (ii) lesión a derechos individuales *dignos* de protección.

Sin perjuicio que más adelante trataremos el tema relativo a la modificación unilateral de las condiciones de los empréstitos públicos, dos son las preguntas que nos debemos hacer a este respecto:

La primera, ¿por qué la Corte solamente hace mención a la *conducta arbitraria* como fuente de responsabilidad del Estado?, ¿es que —en esta materia— implícitamente excluye la responsabilidad por actos *no* arbitrarios, como, por ejemplo, por hechos lícitos?

La segunda, ¿por qué esa responsabilidad estatal también se limita a supuestos de afectación de *derechos* individuales *dignos de protección*? ¿es que hay *derechos* individuales que —en un Estado Constitucional de Derecho— *no* sean dignos de protección?

Como se puede observar, esta jurisprudencia parecería colocar a las operaciones de crédito público —específicamente, a las externas— en una suerte de *limbo jurídico* donde no queda lo suficientemente en claro

⁵² Esta objeción se refuerza si se advierte —tal como se verá más adelante— que ya existían precedentes de la Corte Suprema calificando a los empréstitos públicos como operaciones regidas por el derecho público y no por el derecho privado, tal como da cuenta el dictamen de la Procuración General de la Nación recaído en la misma causa en el año 1989 y que la Corte Suprema hizo suyo mediante resolución de fecha 13/4/89, declarando la competencia del fuero contencioso administrativo federal.

cuál es el régimen de responsabilidad del Estado en tanto que sujeto emisor de tales operaciones. Mas, puntualicemos bien una circunstancia sumamente relevante: la Corte Suprema no llega al extremo de sostener que el Estado emisor es irresponsable o inmune en tanto que poder soberano. La expresa referencia efectuada a la eventual responsabilidad del Estado al finalizar el fallo, descalifica de plano esta tesis. No obstante, lo que sí nos parece que se deriva de la jurisprudencia en cuestión es una situación de incertidumbre sobre los contornos de dicha eventual responsabilidad reconocida por la Corte a regañadientes y en términos confusos e insuficientes. A estos efectos, recordemos lo que sosteníamos al comienzo de este trabajo con cita de Gastón JÉZE sobre la *intromisión misteriosa*, en esta materia, de la noción de soberanía estatal. Soluciones como ésta no hacen más –en nuestro entender– que coadyuvar a que el riesgo ínsito en la operación sea mayor –con su traslado a la tasa de interés que el acreedor pretenderá percibir– o, en su caso, a que litigios sobre esta materia escapen de los tribunales argentinos⁵³.

Finalmente, cabe mencionar dos circunstancias relevantes:

La primera, que la Ley 11.672 autoriza al Poder Ejecutivo a renunciar a la *Inmunidad Soberana* en operaciones de crédito público a celebrarse con personas extranjeras, sean ellas organismos multilaterales de crédito o no⁵⁴.

⁵³ A este respecto, cabe recordar lo que sostenía GORDILLO en esta materia: “En esa doble preocupación, de obtener el capital externo pero hacerlo de modo tal que los intereses del país no sufran detrimento, está el *quid* económico-político de la cuestión”; así como que “el primer punto que interesa al inversionista es la seguridad de su inversión, seguridad que al parecer sólo considera dada cuando la ley y la jurisdicción del convenio es otra que la del deudor” (cfr. GORDILLO, Agustín, “El Contrato de Crédito Externo”, op. cit., en Después de la Reforma del Estado, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, IV-13 y IV-14, respectivamente).

⁵⁴ Ver, a este respecto, lo fallado por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia en un muy sonado caso el 8/10/83, in re “Presunta Infracción art. 225 del Código Penal”, E.D. 106 : 276, en especial, pág. 282. En igual sentido, ver el muy completo trabajo de GARCÍA PULLÉS, Fernando, “La prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros como cláusula inserta en condiciones generales de la contratación”, Revista Régimen de la Administración Pública, N° 163, 1992, pág. 9 y sigs. Esta, por otra parte, es la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación, tal como dan cuenta LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, “El Rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los Convenios Económico-Financieros Internacionales”, en 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, ed. Oficial, Bs. As., 1993, p. 183 y ss.

La segunda, que la Procuración del Tesoro de la Nación en reiteradísimas oportunidades, y a los efectos de emitir la opinión legal que la práctica financiera internacional exige a los prestatarios⁵⁵, ha calificado a operaciones de crédito público realizadas por el Estado Nacional como operaciones "*iure gestionis*".

Así, en nuestra opinión, estas dos circunstancias demuestran que, más allá de las falencias e imprecisiones que hace gala la jurisprudencia antes mencionada, en el campo del derecho internacional —desde la perspectiva del derecho federal argentino—, el Gobierno Nacional, en tanto que emisor de deuda pública carece de toda inmunidad como poder soberano; ello, claro está, sin perjuicio de las limitaciones que, en orden a la concreta ejecución de sentencias pueda estar sometido⁵⁶, lo que coloca en un pie de igualdad tanto a acreedores nacionales como extranjeros.

IV. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL, DE DERECHO PÚBLICO O DE DERECHO PRIVADO?

Ahora bien, dejando de lado los problemas que las peculiaridades del derecho internacional a traído en orden de delimitar la existencia de responsabilidad del Estado en este campo, corresponde ahora determinar si dicha responsabilidad, desde el punto de vista del derecho interno, es de

⁵⁵ Sobre la opinión legal o certificación, ver GORDILLO, Agustín, "El Contrato de Crédito Externo", op. cit. en Después de la Reforma del Estado, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1996, IV-39/40 y LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, "El Rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los Convenios Económico-Financieros Internacionales", en 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, ob. cit., pp. 176 y ss.

⁵⁶ Se trata de la llamada "inmunidad de ejecución", que en nuestro derecho —tal como lo ha señalado en forma reiterada la Procuración del Tesoro de la Nación— se limita a (i) las reservas de libre disponibilidad a las que hace mención el artículo 6° de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral; (ii) los bienes del dominio público ubicados dentro del territorio de la República Argentina, (iii) los bienes de propiedad de algunas de las partes obligadas afectados a la prestación de un servicio público esencial. Asimismo, se afirma la aplicación de las limitaciones procedimentales de ejecución previstas por las Leyes 3952, 23.982 y 11.672. Sobre el particular, ver LÓPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, "El Rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los Convenios Económico-Financieros Internacionales", ob. cit., p. 188, 189 y ss.

índole *contractual* o *extracontractual*, y, en su caso, si la misma es regida por el derecho *público* o por el derecho *privado*.

En orden a responder al primer interrogante, cabe señalar que —a comienzos del Siglo XX— DRAGO distinguió entre las operaciones contractuales en las que el Estado se obligaba frente a un particular determinado y las obligaciones que asumía frente a los tenedores de títulos públicos constitutivos de un empréstito⁵⁷. Así, mientras que respecto a las primeras consideraba que constituían obligaciones de índole convencional en las que el Estado se obligaba como cualquier particular⁵⁸, a las segundas —respecto a las cuales manifestó que exclusivamente tuvo en consideración al elaborar su Doctrina— las consideraba emanaciones del Poder Soberano del Estado —al igual que lo era la emisión de moneda— que, surgiendo en virtud de autorizaciones legislativas y no existiendo, además, persona determinada en cuyo favor se hubiesen establecido las respectivas obligaciones, no ofrecían los caracteres de los contratos⁵⁹.

Más cercano en el tiempo, GIULIANI FONROUGE⁶⁰, FIORINI⁶¹ y SAYAGUES LASO⁶², consideraron que las operaciones constitutivas de empréstitos públicos constituyen actos *unilaterales* del Estado; con lo cual —para esta corriente y al igual que para DRAGO— la celebración de tales operaciones no supone más que el ejercicio del poder de *imperium* del Estado.

De esta forma, la calificación conferida por la doctrina antes mencionada a tales operaciones podría ser utilizada como base para enmarcar a la responsabilidad del Estado en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Esta corriente doctrinaria ha tenido acogida jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵⁷ cfr. DRAGO, "Les Emprunts d'État et leurs rapports avec la politique internationale", ob. cit., p. 258.

⁵⁸ Nótese la influencia de la doctrina de la Doble Personalidad del Estado.

⁵⁹ Cfr. ob. cit., pp. 258 y ss.

⁶⁰ Cfr. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., Derecho Financiero, Vol. II, 3ª edición ampliada y actualizada, ed. Depalma, Bs. As., 1976, p. 1027 y ss.

⁶¹ Cfr. FIORINI, Bartolomé, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial La Ley, Bs. As., 1968, pp. 527-529.

⁶² Cfr. ob. vol. y pp. cits.

Así, en el caso “*Caja de Valores S.A. v. Provincia de Buenos Aires*”⁶³, donde la actora reclamaba el pago de títulos de la deuda pública interna provincial que la Provincia de Buenos Aires como Estado emisor se había negado a cancelar sobre la base de sostener su falsedad, el Alto Tribunal fundó la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires como Estado emisor en la doctrina de la responsabilidad extracontractual del Estado por su *falta de servicio*⁶⁴, cuando –en rigor de verdad– la circunstancia que la Provincia de Buenos Aires revistiese la calidad de emisor de los títulos resultaba de suyo suficiente para justificar dicha responsabilidad frente al tenedor de los mismos.

Dicha corriente se reafirmaría –poco tiempo– después en los casos “*Brunicardi*” y “*Gruval*” ya mencionados, al considerar la Corte Suprema que la emisión de los títulos de la deuda pública externa allí en juego –así como también la reprogramación unilateral dispuesta por el Estado Nacional– reconocían su origen en el poder *soberano* del Estado emisor⁶⁵.

Ahora bien, la teoría del acto unilateral no ha sido seguida en forma mayoritaria por la doctrina tanto nacional como comparada. En efecto, la opinión mayoritaria considera que el vínculo emergente de la relación es de naturaleza *contractual*.

⁶³ Fallos 318 : 1323, fallado el 29 de Junio de 1995.

⁶⁴ Así, en el considerando 11) *in fine*, sostuvo la Corte: “...máxime si, como sucede en el caso, la Provincia de Buenos Aires no ha logrado acreditar que no le sea imputable la falta de servicio que ocasionó la situación en examen” (el resaltado nos pertenece). Asimismo, en los considerandos 19) y 20) sostuvo el Alto Tribunal: “Que dicha insuficiencia probatoria, unida al hecho, no desconocido, de que los instrumentos objetados han sido suscriptos por el entonces administrador general de la Empresa Social de Energía de Buenos Aires S.A. y por el Ministro de Economía del mismo Estado, compromete la responsabilidad del gobierno emisor”, agregando luego: “Que, en tales condiciones debe responder de modo principal y directo en los términos de la doctrina de Fallos 306 : 2030”. Aclaramos que la jurisprudencia citada en último término por la Corte Suprema es la conocida causa “Vadell”, que –como es sabido– constituye un *leading case* en materia de responsabilidad del Estado por su falta de servicio (responsabilidad extracontractual).

⁶⁵ La responsabilidad reconocida a regañadientes por la Corte en estos casos, además de ser extracontractual, sería más limitada que la usualmente reconocida por el Alto Tribunal respecto a otras actividades estatales generadoras de responsabilidad, a cuyos efectos remitimos a lo dicho en el Capítulo IV del presente trabajo.

Así, BONNARD sostenía que el empréstito se perfecciona por medio de un acuerdo de voluntades entre el Estado y el prestamista, creando a favor de éste último una situación jurídica individual ⁶⁶.

En nuestro país, BIELSA –siguiendo a TROTABAS– sostenía, categóricamente, que “*la idea de soberanía es extraña a un empréstito de carácter esencialmente contractual*”⁶⁷, asimilándolo a un préstamo o mutuo⁶⁸.

Por su parte, MARIENHOFF distinguió entre el empréstito voluntario y el forzoso, asignándole carácter contractual al primero y la calidad de requisición de dinero al segundo⁶⁹. Justificando el carácter contractual de la relación, sostenía el recordado Maestro que mientras los títulos no fuesen adquiridos por el público, la voluntad unilateral del Estado al haber dispuesto su emisión resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico; siendo indispensable que medie la aceptación de los particulares mediante la adquisición de tales títulos, oportunidad en la cual queda configurada la relación convencional ⁷⁰.

También este ha sido el criterio tradicional seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, con las salvedades antes apuntadas, ha considerado a las operaciones de crédito público (en especial, de empréstito) como operaciones de índole convencional, enmarcando a la responsabilidad del Estado emisor en el ámbito de la responsabilidad contractual ⁷¹.

⁶⁶ Cfr. BONNARD, Roger, Précis de Droit Public, 7° edition, Librairie du Recueil Sirey, París, 1946, p. 359

⁶⁷ Cfr. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, 6° edición, Ed. La Ley, Bs. As., 1964, p. 443.

⁶⁸ Cfr. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, op. y vol. cits., pág. 438, donde sostenía que “Aunque se trate de un contrato innominado, la figura jurídica es de préstamo o mutuo”.

⁶⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-B, 4° edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 682.

⁷⁰ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cits., p. 683.

⁷¹ Así, por ejemplo, los casos que registran Fallos 138 : 37; Fallos 138 : 402; Fallos 143 : 175; Fallos 149 : 226; Fallos 149 : 243; Fallos 151 : 59; Fallos 171 : 9; Fallos 192 : 366; Fallos 197 : 601; Fallos 198 : 13; Fallos 198 : 369; Fallos 202 : 29; Fallos 211 : 1290, entre muchos otros.

Por nuestra parte, adherimos a la corriente doctrinaria que considera a la relación existente entre el Estado emisor y el particular, de naturaleza contractual.

En nuestra opinión, la circunstancia que el empréstito público –a la par de la potestad impositiva– sea uno de los medios que la Constitución Nacional habilita al Poder Legislativo para recaudar fondos destinados al Tesoro Nacional, no coloca, de por sí, a estas operaciones al margen del ámbito convencional. A estos efectos, resulta menester distinguir entre (i) los recaudos que constitucional y legalmente se imponen que sean cumplidos para que el Estado pueda válidamente asumir deuda pública –vgr. autorización legislativa del endeudamiento–, y (ii) el *medio* concreto a través del cual el Estado percibe los fondos de los particulares. El primer aspecto, hace al empréstito como recurso del Tesoro Nacional, el segundo, hace al empréstito como operación concreta en donde –salvo que se admitiese el carácter forzoso de un empréstito⁷²– resulta esencial la voluntad del particular de aceptar las condiciones preestablecidas por el Estado emisor, tal como lo señalaba –en opinión antes relatada– el Maestro MARIENHOFF⁷³. De esta forma, se encontraría presente la bilateralidad que –tanto en su formación como en sus efectos– ha exigido la jurisprudencia de la Corte Suprema para enmarcar a una determinada relación en el campo de la responsabilidad contractual⁷⁴.

⁷² Cuestión que –como es sabido– ha motivado grandes cuestionamientos en la doctrina y jurisprudencia, a cuyos efectos, cabe remitir, por ejemplo, a lo fallado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con fecha 7/3/89, in re “Horvath, Pablo c. Fisco Nacional”, E.D. 134 : 133. Sin perjuicio de ello, cabe traer a colación lo señalado por BIDART CAMPOS en el sentido que “las leyes de ahorro obligatorio fueron reputadas por la Corte Suprema como actos unilaterales del Estado que se justifican por el poder tributario acordado constitucionalmente al Congreso –casos Horvath, Pablo c. Fisco Nacional DGI, de 1995 y Morixe Hnos. S.A.C.I.” de 1996”, BIDART CAMPOS, Germán J.; Manual de la Constitución Reformada, Tomo III, ed. Ediar, Bs. As., 1997, p. 109.

⁷³ Según se ha señalado, la doctrina y la jurisprudencia francesas han admitido que el empréstito, aún en caso de tener que ser aprobado por una ley, constituye un contrato (cfr. RICHER, Laurent, Droit des Contrats Administratifs, ed. LGDJ, París, 1995, p. 67).

⁷⁴ Ver, así, el fallo del 31/3/99, in re “Compañía Azucarera Concepción S.A. v. Estado Nacional”, en especial, considerandos n° 13) y 14), éste último con cita del conocido precedente in re “Metalmeccánica”.

Aún puede darse un paso más en el análisis y sostenerse que la intervención legislativa en la materia exclusivamente hace al aspecto *hacendal* de la operación y no supone una delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo para contratar el empréstito puesto que la competencia para contratar la inviste de *iure proprio* en función de la Jefatura Administrativa y, en el caso de empréstitos externos, en razón de su carácter de encargado de las relaciones exteriores de la Nación⁷⁵.

Sentada, pues, la naturaleza *contractual* de la relación —y por ende, de la consecuente responsabilidad del Estado— cabe determinar si la misma se encuentra regida por el *derecho público* o por el *derecho privado*.

La doctrina mayoritaria, tanto nacional como comparada, se pronunció por el carácter *público* de la relación. En especial, aquellos que consideraban que el empréstito constituía un verdadero contrato no dudaban en calificarlo como *contrato administrativo*⁷⁶—si bien con matices diferenciales de otros de igual categoría, tal como era el caso de MARIENHOFF y de BONNARD—. En lo sustancial, la calificación como contrato administrativo es derivada de concurrir un objeto, fin y sujeto públicos⁷⁷; de contener, alternativamente, un objeto público o cláusulas exorbitantes⁷⁸; o bien, de contener sólo cláusulas exorbitantes del derecho común⁷⁹.

⁷⁵ Ello, por ejemplo, de la misma forma que la intervención legislativa que otorga “crédito legal previo” —en los términos de la Ley 13.064— a una determinada obra pública no supone una delegación a favor de la Administración para celebrar el respectivo contrato de obra pública. No obstante, cabe señalar que la Corte Suprema en las causas “Brunicardi” y “Gruval” ya mencionadas, parece inclinarse por la existencia de una delegación legislativa a favor de la Administración, posición que reafirmaría el carácter unilateral de la relación. Sobre el particular, ver RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra y GIRARDI GUTIÉRREZ, Eugenia M.; “Operaciones de Crédito Público Externo. Atribución Presidencial”, en L.L. 1997-C-1268, en especial, pp. 1274-1276.

⁷⁶ Ver así, por ejemplo, las completas referencias a las que hace mención GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, ob. y vol. cit., pp. 1023 y ss.

⁷⁷ Tal, el criterio de BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, ob. y vol. cit., p. 437.

⁷⁸ Así, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. y vol. cit., p. 686.

⁷⁹ Este es el criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés que trae RICHER, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, ob. cit., p. 67. En igual sentido, la opinión autorizada de DE LAUBADÈRE, André, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tomo I, ed. LGDJ, París, 1956, p. 122, donde concluye que si el contrato carece de tales cláusulas exorbitantes del derecho común, el mismo será un contrato privado.

En el campo normativo, cabe señalar que, con motivo de la reforma operada en el año 1889⁸⁰, el Código de Comercio en su artículo 743 expresamente dispuso que los títulos de la renta pública emitidos por la Nación, las Provincias y las Municipalidades estarán sometidos a sus leyes de creación en cuanto a sus efectos orgánicos y, en defecto de regulación por dichas leyes, a las disposiciones del Título XI del citado Código⁸¹. Por su parte, el artículo 744 luego de individualizar los recaudos formales que tales títulos deberán contener, expresamente dispuso que su omisión obliga a los emisores al pago de los daños e intereses, constituyendo, por lo tanto, una verdadera regulación de *derecho común* de la responsabilidad del Estado emisor.

Relevante es, en el caso, la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tradicionalmente la Corte consideró que la naturaleza de la relación derivada de los empréstitos públicos era una relación contractual y de

⁸⁰ En este sentido, SATANOWSKY, Marcos, “Los títulos de crédito público y la legislación comercial”, en J.A. Tomo XLII, P. 16, en especial, p. 18.

⁸¹ Así, por ejemplo, ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Tomo IV, Ed. Depalma, Bs. As., 1979, p. 499, quien expresamente hace mención al carácter supletorio de las normas contenidas en el Código de Comercio. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha resaltado el carácter supletorio de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio respecto a títulos al portador emitidos por las Provincias, así, por ejemplo, in re “Contipel Catamarca S.A. v. Provincia de Salta”, del 13/10/88, en especial, Considerando n° 5), Fallos 311 : 2065; en igual sentido –respecto a letras de tesorería provinciales– in re “Zang, Mauricio y otros v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes”, causa Z.18. XXII. Originario, del 1/11/88 y también, in re “Rea, Rubén Raúl v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes”, causa R.62.XXII. Originario, del 7/3/89; en igual sentido, respecto a certificados de depósito emitidos por un Banco Público provincial, in re “Aquino, Virginia Clara v. Chaco, Provincia del y otro s/ ejecutivo”, causa A.79.XXII. Originario, del 13/8/91, Fallos 314 : 810, en especial, considerando n° 5) y también, in re “Caja Complementaria de Previsión para el Personal de la Jurisdicción Comunicaciones v. La Rioja, Provincia de y otro s/ cobro de pesos”, causa C.359.XXV. Originario, del 23/2/95, publicado en E.D. Revista del 1/11/95, p. 1 y ss., con nota de SPISSO, Rodolfo, “Jurisdicción Originaria de la Corte. Declaración de Incompetencia”. Una crítica a esta jurisprudencia desde el punto de vista de la imprecisión de la teoría del contrato administrativo puede verse en MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina en Derecho Administrativo del 18/9/98, pág. 1 y ss, en especial, p. 4.

derecho privado, ya sea que el que el emisor fuese la Nación⁸² o las provincias, asumiendo –en este último caso– su competencia originaria en función de existir una causa civil o, también, aplicando para resolver la controversia disposiciones propias del derecho común⁸³.

A su vez, tratándose de reclamos vinculados con títulos de la deuda pública –nacional o provincial– la Corte Suprema sostuvo claramente la aplicabilidad primaria de las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil. Así, por ejemplo, dispuso la aplicación directa a títulos públicos provinciales de la prescripción de tres años contemplada en el Código de Comercio para la letra de cambio⁸⁴ –lo que mereció la oportuna aprobación de SATANOWSKY⁸⁵–; consideró ilegítima –por vulnerar las reglas del derecho comercial– la decisión de una Provincia de suspender el servicio de títulos públicos por ella emitidos⁸⁶ y, también, haciendo lugar a un recurso extraordinario en una causa donde se reclamaba el pago de títulos de la deuda pública interna provincial, declaró la inconstitucionalidad de la disposición de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero que establecía limitaciones a la ejecutabilidad de las sentencias dictadas en su contra por importar una reglamentación contraria a lo normado, respectivamente, por los artículos 33, inciso 2º; 42 y 505, inciso 1º del Código Civil⁸⁷.

Como se podrá observar, esta jurisprudencia importaba enmarcar a la relación jurídica entablada –y a la responsabilidad consecuente– en el campo del derecho común; asignando –por lo tanto– al Congreso Nacional el carácter de único órgano legitimado para reglamentar tal relación a la luz

⁸² Por ejemplo, Fallos 188 : 303, in re “Victoriano Villamil v. Nación Argentina”, fallo del 20/11/40.

⁸³ Así, por ejemplo, los casos que registran Fallos 138 : 37; Fallos 138 : 402; Fallos 143 : 175; Fallos 149 : 226; Fallos 149 : 243; Fallos 151 : 59; Fallos 171 : 9; Fallos 192 : 366; Fallos 197 : 601; Fallos 198 : 13; Fallos 198 : 369; Fallos 202 : 29; Fallos 211 : 1290, entre muchos otros.

⁸⁴ Fallos 168 : 108, in re “Don Víctor M. Ruiz v. Provincia de Corrientes sobre cobro de pesos”, fallo del 10/5/33.

⁸⁵ SATANOWSKY, Marcos, “Los títulos de crédito público y la legislación comercial”, op. cit., en J.A. Tomo XLII, pp. 16 y ss.

⁸⁶ Fallos 192 : 366, in re “Aldo Morando v. Provincia de Buenos Aires”, del 6/5/42, en especial, considerando n° 8).

⁸⁷ Fallos 171 : 9, in re “Don Cecilio Espinosa v. Provincia de Santiago del Estero sobre cobro de pesos”, fallo del 11/7/34.

de lo normado por el actual artículo 75, inciso 12 (anterior artículo 67, inciso 11) de la Constitución Nacional⁸⁸. Por su parte, esta postura era coincidente con aquella otra mantenida respecto al carácter de *causa civil* que asigna a las contiendas que persiguen el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de las Provincias⁸⁹; así como también, respecto a la inconstitucionalidad—por violación a lo normado por el artículo 75, inciso 12—de normas constitucionales y legales provinciales que limitaban la ejecución de sentencias condenatorias dictadas contra las Provincias⁹⁰.

Ahora bien, esta situación jurisprudencial que durante varias décadas se había mantenido inalteradamente pacífica, va a sufrir su crisis hacia fines de los años '80 y comienzos de los '90.

En efecto, es primero respecto a los empréstitos provinciales, cuando en la causa "*Contipel Catamarca S.A. v. Provincia de Salta*"—en el año 1988, ante una demanda ejecutiva instaurada reclamando el pago de títulos de la deuda pública interna de la Provincia de Salta que dicha Provincia había unilateralmente dispuesto una prórroga en su pago⁹¹—la Corte Suprema, declarando su incompetencia para entender en instancia originaria, sostuvo—siguiendo al dictamen del entonces Procurador General de la Nación—que la relación entablada era de inequívoca naturaleza administrativa, constituyendo un empréstito público, el cual, pese a hallarse expresado en títulos que circulaban en plaza, constituía un típico contrato administrativo, a lo que no obstaba la aplicación supletoria del Título IX del Código de Comercio⁹². Esta jurisprudencia fue hecha extensiva poco tiempo después por la

⁸⁸ A este respecto, ver, en especial, el caso "Espinosa" antes citado.

⁸⁹ Sobre esta cuestión, ver las críticas que merece la mentada jurisprudencia en GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, "¿Pueden las Provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?", J.A. Revista del 6/11/96, pág. 36 y ss.

⁹⁰ La síntesis de dicha doctrina, puede verse en Fallos 188 : 383; en Fallos 311 : 1795 y en Fallos 321 : 3508, entre muchos otros. Una aplicación reciente del mencionado principio, en la causa "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) v. Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa", causa L. 400, XXXI. Originario, sentencia del 24/11/2000.

⁹¹ Se trataban de bonos provinciales otorgados por la Provincia de Salta a proveedores al amparo de los Decretos provinciales nros. 2355/86 y 309/87. Por su parte, el Decreto provincial de necesidad y urgencia n° 81/88 había dispuesto una prórroga del pago de dichos títulos hasta el 31/12/89. Esta última circunstancia fue la que motivó las demandas mencionadas en el texto del presente.

⁹² Fallos 311 : 2065, en especial, considerandos n° 3) y 5).

Corte Suprema respecto a otros títulos de la deuda pública provincial⁹³, a letras de tesorería provinciales⁹⁴, a certificados de depósito a plazo fijo constituidos en Bancos oficiales provinciales⁹⁵; mientras que fue negada –sobre la base de lo normado en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional– respecto a deudas provinciales instrumentadas en cheques⁹⁶ y en pagarés⁹⁷.

A su vez, respecto a empréstitos federales, en el año 1989 en la causa “*Brunicardi*”, la Corte Suprema –al declarar la competencia de la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal– con remisión a lo dictaminado por la Procuración General de la Nación con expresa invocación de lo resuelto en la causa “*Contipel Catamarca S.A.*”, se pronunció por la “*inequívoca naturaleza administrativa de la relación jurídica*”, agregando que las disposiciones de derecho común o privado sólo eran aplicables en forma supletoria⁹⁸.

Esta corriente –esbozada, como se ha visto, con motivo de cuestiones de competencia⁹⁹– fue luego categóricamente afirmada en 1996 –res-

⁹³ Así, respecto a bonos emitidos por la Provincia del Chubut para renegociar deudas con proveedores y contratistas de obra pública, cfr. in re “*Sideco Americana S.A. v. Provincia del Chubut*”, fallo del 18/6/91, publicado en L.L. 1991-E-581.

⁹⁴ Así, in re “*Zang, Mauricio y otros v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes*”, causa Z.18. XXII. Originario, del 1/11/88 y también, in re “*Rea, Rubén Raúl v. Tucumán, Provincia de s/ cobro de australes*”, causa R.62.XXII. Originario, del 7/3/89.

⁹⁵ Así, in re “*Aquino, Virginia Clara v. Chaco, Provincia del y otro s/ ejecutivo*”, causa A.79.XXII. Originario, del 13/8/91, Fallos 314 : 810, en especial, considerando n° 5) y también, in re “*Caja Complementaria de Previsión para el Personal de la Jurisdicción Comunicaciones v. La Rioja, Provincia de y otro s/ cobro de pesos*”, causa C.359.XXV. Originario, del 23/2/95, publicado en E.D. Revista del 1/11/95, pp. 1 y ss., con nota de SPISSO, Rodolfo, “*Jurisdicción Originaria de la Corte. Declaración de Incompetencia*”.

⁹⁶ Así, in re “*Nicolás de Marco v. Provincia de Tucumán*”, del 17/9/91, Fallos 314 : 1065, en especial, considerandos n° 2) y 3). Cabe señalar que, en este caso, la Provincia demandada había invocado a favor de la incompetencia de la intervención originaria de la Corte Suprema lo resuelto por el Tribunal en los casos “*Zang*” y “*Rea*” antes citados y vinculados con letras de tesorería.

⁹⁷ Así, in re “*Inmar S.A. v. Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ejecutivo*”, del 20/12/94, causa I. 85. XXV. Originario, en especial, considerando n° 13).

⁹⁸ Cfr. in re “*Brunicardi, Adriano Careño v. Estado Nacional –BCRA– s/ cobro de u\$s 20.000*”, del 13/4/89, causa Competencia N° 407. XXII y dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 9/3/89.

⁹⁹ En esta materia, también podemos decir lo que WEIL sostenía respecto al derecho administrativo francés: “*la jurisdicción precedió al derecho*”, cfr. WEIL, Prosper, *Le Droit Administratif*, 11° edition, ed. Presses Universitaires de France, París, 1986, p. 10.

pecto a empréstitos federales— en las sentencias de fondo dictadas en las ya recordadas causas “*Brunicardi*”¹⁰⁰ y “*Gruval*”.

En nuestra opinión, si bien cabe —como principio¹⁰¹— encuadrar a la relación en el campo del *derecho público*, las peculiaridades que revisten los empréstitos públicos —máxime cuando son instrumentados mediante la emisión de títulos negociables— nos obligan a realizar algunas precisiones en torno a su régimen jurídico.

En primer lugar, como enseña MARIENHOFF, las prerrogativas del Estado emisor aparecen con un alcance mucho más limitado que el usualmente reconocido al contratante público en otros contratos administrativos. Así, una vez suscripta por los particulares la emisión de títulos —es decir, cumplida la obligación de la parte privada—, la potestad modificatoria no podría recaer sobre las condiciones de emisión del empréstito¹⁰². Esta ha sido, por otra parte, la posición sostenida por BONNARD¹⁰³. En esta línea de ideas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de resaltar que no es lícito que el Estado emisor unilateralmente pretenda anticipar el plazo de amortización del empréstito, señalando que “*el plazo convenido para la duración de un empréstito, no se establece sólo en beneficio del deudor sino que, también, se tienen muy en cuenta los intereses del acreedor que contempla, legítimamente, para colocar su dinero, las ventajas de un largo plazo, de una amortización lenta y de una renta conveniente*”¹⁰⁴. Si bien estas consideraciones fueron realizadas por el Alto Tribunal en precedentes don-

¹⁰⁰ Cfr. Fallos 319 : 2886.

¹⁰¹ En este sentido, quedarían excluidos —por ejemplo— aquellos empréstitos y operaciones financieras realizadas por Bancos públicos en concurrencia con entidades financieras privadas. De allí que formulemos nuestra crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema ya citada que ha considerado, por ejemplo, que un depósito a plazo fijo realizado en un banco provincial oficial constituye un empréstito público regido por el derecho público provincial. Asimismo, cuando el Estado —Nacional, Provincial o Municipal— constituye un Fideicomiso Financiero en los términos de la Ley 24.441, dicha relación se rige, exclusivamente, por el derecho común —art. 75, inciso 12, Constitución Nacional—, careciendo el Estado de poderes exorbitantes, tal como lo ha señalado, con acierto y rigor jurídico, PEREZ HUALDE, Alejandro, Fideicomiso Público, en Actualidad en el Derecho Público, n° 12, enero-abril 2000, pp. 151-152. Así, las emisiones realizadas por dicho Fideicomiso no resultarán regidas por el derecho público, aún cuando el fiduciante y el fiduciario sean entidades públicas.

¹⁰² cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, ob. y vol. cit., p. 688.

¹⁰³ Ob. cit., p. 359.

¹⁰⁴ Fallos 149 : 226 y Fallos 149 : 243.

de se consideraba a estas operaciones como regidas por el derecho privado, lo cierto es que, en nuestro entender, tal circunstancia no resulta óbice a su aplicación al caso puesto que hacen al elemento “*tiempo*” que, como lo sostenía JÉZE, constituye el elemento esencial de la operación de crédito público¹⁰⁵. Por tal motivo, meras consideraciones de interés público —que en otros contratos administrativos ameritarían el ejercicio de la *potestas variandi*— no resultan suficientes para reconocer la legitimidad del ejercicio de dicha potestad por parte del Estado emisor en el empréstito público¹⁰⁶. Sólo situaciones excepcionales —y en las condiciones en que más adelante nos referiremos— habilitarían al emisor a alterar unilateralmente las condiciones de emisión.

En segundo lugar, aún admitiéndose la posibilidad que en situaciones excepcionales pueda el Estado emisor alterar las condiciones originales de emisión, la competencia para así disponerlo —a tenor de lo que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema— correspondería al mismo órgano que, según el régimen constitucional aplicable, tuviera la competencia para disponer el arreglo y pago de la deuda pública, es decir, el Poder Legislativo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ JÉZE, Gaston, *Le Remboursement des Emprunts Publics d' État*, Marcel Giard Librairie Editeur, Paris, 1925, p. 11. En este sentido, sostenía el mencionado autor que el empréstito público, en definitiva, no es más que el procedimiento por medio del cual el Estado reparte las cargas públicas en el tiempo. Cabe recordar que JÉZE consideraba a los empréstitos públicos regidos por el derecho público.

¹⁰⁶ En este sentido, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de sostener al respecto: “Que, siendo así, y tratándose de un empréstito de carácter público y voluntario al que los interesados concurren libremente atraídos por las condiciones que en aquél se ofrecen y confiados en la seriedad y responsabilidad de la entidad emisora y del Estado que garantiza su fiel cumplimiento, no solamente debe reconocerse valor jurídico a las especificaciones llevadas al conocimiento público invitando a la suscripción sino que, en la interpretación de ellas ha de prevalecer, dentro de los límites de lo razonable por cierto, un criterio amplio que evite la exclusión de ventajas o beneficios que fundadamente tuvieron en cuenta los suscriptores de acuerdo a las condiciones ofrecidas y omita hacer jugar cláusulas exorbitantes que no surjan en forma clara y expresa de tales condiciones. No es, pues, admisible asignar al Prospecto un mero carácter informativo o ilustrativo —como se pretende— susceptible de ser modificado en cualquier momento por la entidad emisora en aspectos sustanciales como el que aquí se trata...”, cfr. in re “S.A. Consolidación I.I.C. y F. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, del 30/9/80, Fallos 302 : 1065, considerando n° 8).

¹⁰⁷ En este sentido, ver, por ejemplo, el caso “Alvarado, don Mariano y su esposa (su sucesión) contra el Gobierno Nacional, por cobro de pesos”, resuelto el 23 de junio de 1906 y obrante en Fallos 104 : 335, en especial, considerando n° 7), donde se dijo —respecto al Gobierno Nacional—: “Que siendo una de las atribuciones del Congreso,

En tercer lugar, tal alteración unilateral únicamente podría tener lugar en función del interés público superior consistente en el mantenimiento de la subsistencia del Estado emisor en tanto que persona pública de existencia necesaria. En tal sentido, una reprogramación unilateral de las condiciones de emisión únicamente podría tener lugar por medio una declaración de emergencia pública dispuesta por medio de ley formal y material y en las condiciones y límites en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado medidas de emergencia¹⁰⁸.

Ahora bien, es esta última circunstancia –la posibilidad de efectuar una reprogramación unilateral al amparo de una ley de emergencia– una de las cuestiones que resultan más conflictivas en esta materia; en especial, respecto a reconocerles esa competencia a las Provincias.

En este sentido, cuadra recordar que, tradicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha manifestado reticente a este reconocimiento, sobre la base de considerar que las relaciones entre acreedor y deudor son de resorte exclusivo del Congreso Nacional¹⁰⁹. Por otra parte, la jurisprudencia del Alto Tribunal dictada respecto al artículo 19 de la Ley 23.982, ha invalidado numerosas disposiciones locales que excedían las medidas que dicha ley autorizaba adoptar a las Provincias¹¹⁰.

arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación, ese poder público estaba habilitado para establecer en la ley las condiciones del retiro o conversión de los títulos de deuda pública que había emitido el Estado, en términos obligatorios para los tenedores de los mismos y para el Poder Ejecutivo que debía efectuar la conversión (art. 67, inciso 6°, Constitución Nacional)". En idéntica línea de ideas, véase lo fallado por la Corte Suprema en el ya citado caso "Brunicardi", donde el Alto Tribunal justifica la reprogramación efectuada por el Estado Nacional en la competencia del Congreso para "decidir la financiación, refinanciación y el rescate de tal deuda", sustentando la legalidad de lo actuado por el Poder Ejecutivo "en la ratificación dada por el Congreso en ocasión de la aprobación del presupuesto anual y de la cuenta de inversión", cfr. Fallos 319 : 2886, en especial, considerandos n° 6) in fine y 11) in fine, respectivamente.

¹⁰⁸ Ver, en este sentido, por ejemplo, la argumentación utilizada por la Corte Suprema en la causa "Brunicardi" ya tantas veces citada donde se convalidó la reprogramación de los BONODs en función de la doctrina de la emergencia, cfr. Fallos 319 : 2886, en especial, considerando n° 20).

¹⁰⁹ Solución ésta no exenta de sus motivos histórico-políticos, tal como da cuenta TANZI, Héctor J., "Historia Ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1862-1892)", en Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene, n° 33, Bs. As., 1997, pp. 297 y ss.

¹¹⁰ Ver, así, por ejemplo, lo fallado en la causa "Pescasur S.A. v. Santa Cruz, Provincia de s/ ordinario – acción declarativa", causa P. 450-XXIII. Originario, fallo del 17/11/94,

No obstante, cabe señalar que en materia de deuda pública interna, en el año 1992 la Corte Suprema –si bien sin efectuar argumentación alguna en torno a la competencia provincial para así decidirlo y con remisión a la doctrina de la emergencia– ha convalidado la constitucionalidad de la reprogramación unilateral de títulos emitidos por la Provincia de Salta dispuesta por medio de un reglamento de necesidad y urgencia¹¹¹.

Más recientemente, en el año 1999, la Corte Suprema convalidó la declaración de emergencia dispuesta por la Provincia de Santa Fe en materia previsional para empleados públicos provinciales, sobre la base de considerar que dicha materia no había sido delegada al Gobierno Federal, motivo por el cual era de competencia provincial el dictado de la medida en cuestión en tanto y en cuanto no vulnerase los límites establecidos por la jurisprudencia de la Corte en materia de legislación de emergencia¹¹².

Amén que el encuadramiento de la relación en el campo del derecho público ameritaría facultar a las Provincias a adoptar medidas como las mencionadas, lo cierto es que el concreto ejercicio de dicha competencia no podría afectar el crédito público de la Nación, cuyo resguardo –por ser una competencia delegada– corresponde al Gobierno Nacional.

En doctrina, tanto DIAZ CISNEROS como DANA MONTAÑO habían tenido ocasión de señalar la preocupación que causaba la posibilidad de un eventual incumplimiento de la deuda pública provincial

publicado en E.D. 161 : 646, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J, “El Régimen de la Ley 23.982 en relación con las obligaciones provinciales”.

¹¹¹ Así, in re “Amui Azize, Jorge César v. Salta, Provincia de s/ sumario”, causa A.108.XXII. Originario, del 6/10/92, publicado en Fallos 315 : 2300 y en E.D. 152 : 257, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, “Las emergencias y la teoría del acto propio”, en donde la Corte Suprema convalida la medida con expresa remisión a lo fallado en el conocido caso “Videla Cuello” y en función de los defectos de fundamentación de la tacha esgrimida por el actor. Asimismo, dicha convalidación también tuvo lugar en la causa “Laugle, Daniel Carlos v. Salta, Provincia de s/ cobro de australes, ejecución”, causa L. 24. XXII. Originario, fallo del 6/10/92.

¹¹² Así, lo fallado en la causa “Cena, Juan Manuel v. Santa Fe, Provincia de”, fallo del 18/11/99, publicado en Revista de Administración Pública n° 255, Buenos Aires, Diciembre de 1999, pág. 83 y sigs. Ahora bien, este fallo –en realidad– no es innovador toda vez que, en 1937, la Corte ya había tenido ocasión de validar una emergencia previsional dispuesta para el régimen de los funcionarios judiciales de la Provincia de Tucumán, ver, así, causa “Tiburcio López y otros v. Provincia de Tucumán, inconstitucionalidad de la rebaja de sus jubilaciones de magistrados”, fallo del 27/12/37, Fallos 179 : 394.

frente al crédito de la República. De allí que propugnasen la intervención del Gobierno Federal en las operaciones de crédito realizadas por las Provincias¹¹³.

Esta inquietud ha sido receptada por la normativa federal vigente en tanto establece un peculiar régimen de aprobación –por parte del Gobierno Federal– respecto a los empréstitos provinciales cuando los mismos fuesen emitidos en moneda extranjera o con garantía de coparticipación federal de impuestos¹¹⁴.

A su vez, y en lo que hace a empréstitos externos que las Provincias pudiesen celebrar, cabe señalar que el nuevo artículo 124 de la Constitución Nacional, claramente pone como un límite a la facultad provincial de celebrar convenios internacionales que los mismos no afecten las facultades delegadas al Gobierno Nacional ni el crédito público de la Nación¹¹⁵.

De allí pues que, en nuestra opinión, la facultad de las Provincias de declarar, unilateralmente, una reprogramación de pagos en materia de deuda pública no podría ser válidamente ejercida si –con tal proceder– se afectase el crédito público de la Nación, puesto que ello importaría reconocer que las Provincias pueden comprometer –con su conducta– competencias expresamente delegadas al Gobierno Nacional¹¹⁶.

Ahora bien, esta circunstancia –primacía del crédito público nacional– de modo alguno transforma, jurídicamente, al Estado Nacional en una

¹¹³ DIAZ CISNEROS, César, “La Doctrina Drago y la faz internacional de los empréstitos provinciales”, op. cit., pág. 91 y DANA MONTAÑO, Salvador, “Empréstitos Públicos Provinciales y Municipales”, ob. cit., pp. 310 y ss.

¹¹⁴ Se trata del régimen establecido por la Ley 19.328, el Decreto 3532/75 y la Resolución ex MEyOySP 1075/93. Al respecto, ver DI PIETROMICA, Viviana y RETEGUI, Alejandro, “Contratos de préstamos a las provincias con garantía de Coparticipación Federal de Impuestos”, en Periódico Económico Tributario, 1998, pp. 25 y ss.

¹¹⁵ Esta última limitación –la no afectación del crédito público de la Nación– no estaba en el proyecto original y fue introducida en la Comisión de Redacción por iniciativa del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Ver, al respecto, por ejemplo, lo señalado por el Convencional Antonio María HERNÁNDEZ en la Reunión del 4/8/94, en Convención Nacional Constituyente, Versión Taquigráfica, p. 3864.

¹¹⁶ Señalaba el Convencional IRIBARNE: “A mi juicio, deben existir mecanismos de control del endeudamiento para mantener la transparencia fiscal, la estabilidad, el crédito público, que no son bienes del Ministerio de Economía ni de ningún funcionario, sino que se trata de bienes a ser resguardados por la Nación, y por ende, por todas las Provincias”, cfr. Convención Constituyente, Versión Taquigráfica, Reunión citada, p. 3686.

suerte de garante o avalista de las deudas asumidas por las Provincias, de forma tal que un acreedor pueda reclamar al Gobierno Federal el pago de las mismas ante el incumplimiento provincial ¹¹⁷.

V. EL ARTÍCULO 66 DE LA LEY 24.156 Y LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL POR OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO ILEGÍTIMAS

Sobre la base de la competencia que la Constitución Nacional le confiere al Congreso de la Nación para arreglar el pago de la deuda interna y externa, en el artículo 66 de la Ley 24.156, el legislador reguló la responsabilidad del Estado Nacional en caso de emisiones de deuda pública ilegítimas, limitando —como se verá— la responsabilidad del Gobierno Federal.

Dispone el artículo 66 que:

“Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las normas dispuestas en la presente ley son nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes las realicen.

Las obligaciones que se derivan de las mismas no serán oponibles ni a la administración central ni a cualquier otra entidad contratante del sector público nacional” ¹¹⁸.

Como puede observarse, ante una operación de crédito público realizada en contravención a lo normado en la Ley 24.156, el artículo en cuestión dispone dos consecuencias: (i) la inoponibilidad de las obligaciones que

¹¹⁷ Esta postura fue claramente sostenida por el Estado Nacional en el año 1932 al rechazar, por vía de decreto presidencial, el reclamo interpuesto por el Manufactures Trust Company ante el Gobierno Nacional frente al incumplimiento de un empréstito por parte de la Provincia de Santa Fe; tal como nos lo recuerda DANA MONTAÑO, Salvador, “Empréstitos Públicos Provinciales y Municipales”, ob. cit., p. 153.

¹¹⁸ Esta disposición guarda cierto correlato con lo dispuesto —para contratos administrativos en general— por los párrafos 4° y 5° del artículo 5° de la Ley 24.629, conocida como de “Segunda Reforma del Estado”, donde se dispone que: “Será nulo todo acto o contrato otorgado por cualquier autoridad, aun cuando fuere competente, que no hubiere sido precedido del cumplimiento de las normas previstas en la ley 24.156, en su reglamentación y en la presente ley, si del mismo resultare la obligación

se deriven de dicha operación al Estado Nacional, y (ii) la responsabilidad personal de quienes la realicen.

Ahora bien, ¿cuáles son los alcances de la norma en cuestión respecto a la responsabilidad del Estado Nacional, emisor de deuda pública? ¿la mentada *inoponibilidad*, importa una virtual exoneración de toda responsabilidad del Estado Nacional por las consecuencias de la operación celebrada en infracción a los requerimientos legales?

Para responder a este interrogante, primeramente debemos reparar en que los recaudos establecidos al respecto por la Ley 24.156 hacen a los aspectos autorizatorios y hacendales de la operación de crédito público –vgr. autorización de la operación por el Congreso de la Nación, intervención previa de los organismos competentes en la materia, tales como el Banco Central de la República Argentina, la Oficina Nacional Crédito Público, etc.¹¹⁹–, es decir, constituyen, en nuestro entender, actuaciones *interadministrativas e interorgánicas* y –por lo tanto– no dirigidas, directa e inmediatamente a los administrados sino a los órganos administrativos que tienen a su cargo la instrumentación y formalización de la operación de crédito público.

Sentado lo expuesto, parecería ser que una interpretación del artículo 66 que propugnase la absoluta irresponsabilidad del Estado Nacional frente a los tenedores de títulos públicos por las obligaciones que se derivan de dicha operación, vgr. la devolución del capital suscripto con más sus intereses y accesorios en la forma, tiempo y mecanismos establecidos en las condiciones de emisión, resultaría –cuando menos– cuestionable de cara a elementales principios de justicia, tales como el principio de *apariencia* y de protección de la *confianza legítima*, de fundamental importancia en operaciones como las del caso.

En efecto, pensemos en un caso donde el Estado Nacional, aún habiendo mediado infracción a los recaudos exigidos por la Ley 24.156, realiza una emisión de títulos públicos, los cuales son puestos en circulación

del Tesoro nacional de pagar sumas de dinero. El funcionario que autorice u otorgue los actos nulos prohibidos en el presente artículo, será personalmente responsable frente a terceros”.

¹¹⁹ A este respecto, ver, en especial, los recaudos establecidos por los artículos 59, 60 y 61 de la Ley 24.156.

en los mercados de valores y adquiridos y transados por el público inversor. ¿Sería legítimo que el Estado Nacional se negase a cumplir con las obligaciones asumidas en las condiciones de emisión invocando la violación –por parte de los funcionarios intervinientes en la formalización de la emisión– de los recaudos previstos por la Ley 24.156?

La protección de los valores antes mencionados nos llevan a una respuesta negativa.

En este sentido, cuadra señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “S.A. Consolidación I.I.C. y F. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”¹²⁰, ha tenido ocasión de señalar que la incompetencia alegada por la entidad pública emisora de títulos públicos respecto a las facultades del órgano que había emitido el Prospecto de la emisión resultaba inoponible al tenedor de los títulos, toda vez que –señaló– “ello no podría hacerse valer respecto de terceros que de buena fe confiaron en que el documento emanaba del organismo emisor”¹²¹, máxime si –como ocurría en el caso– había tenido intervención aprobatoria “...la Comisión Nacional de Valores sin que la entidad lo desautorizara en ningún momento...”¹²². Adicionalmente, en dicha causa, la Corte Suprema sostuvo que “...si a juicio de la entidad emisora hubo error o discordancia entre las fechas fijadas en el Prospecto y las normas reglamentarias en la materia”, “...no puede pretenderse que esa situación interna del ente emisor pueda hacerse valer contra terceros de buena fe que se atuvieron a las informaciones del Prospecto...”¹²³.

Esta doctrina fue luego reafirmada por el Tribunal en el año 1995 al fallar en el ya citado caso “Caja de Valores S.A. v. Provincia de Buenos Aires y otra”, donde la Corte realzó la relevancia del hecho que los títulos públicos objetados como falsos hubiesen sido suscriptos por el Ministro de Economía de la Provincia emisora, motivo por el cual entendió comprometida la responsabilidad del gobierno emisor. Para así resolver, la Corte Suprema –con remisión a la causa antes mencionada– sostuvo que “Así lo determina el accionar que cabe exigir a las entidades demandadas y la confianza que deben inspirar a los ciudadanos las

¹²⁰ Fallos 302 : 1065, fallo del 30/9/80.

¹²¹ Considerando n° 5)

¹²² Considerando n° 5)

¹²³ Considerando n° 9), tercer párrafo, el resaltado nos pertenece.

*garantías ofrecidas por el Estado. Resultaría impropio perder de vista que el interés que despierta en la población un empréstito de carácter público y voluntario como el que da origen a este caso encuentra su razón de ser, por un lado, en las condiciones favorables y especiales que en aquellos se ofrecen y, por otro, en la confianza, seriedad y responsabilidad de la entidad emisora y del Estado que lo garantiza”*¹²⁴.

Como se puede observar, para la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación en materia de empréstitos públicos, la *confianza* depositada por el inversor en el cumplimiento por parte del Gobierno emisor de las obligaciones comprometidas en los títulos públicos emitidos y garantizados por éste, resultan –de suyo– una circunstancia suficiente para que el Estado emisor no pueda exonerarse de responsabilidad alegando el incumplimiento –de parte de sus órganos– de las normas que rigen su accionar¹²⁵.

Así, en el dilema de privilegiar la “*legalidad*” frente a la “*confianza*” depositada por el adquirente de títulos públicos en que el Gobierno emisor que los ha lanzado al mercado ha respetado el ordenamiento jurídico que rige su actuación, la Corte se inclina –claramente– a favor de este segundo valor¹²⁶. Es, adicionalmente, esa *apariencia* de legalidad que otorga la circunstancia que el emisor sea una entidad pública –cuya actuación, dicho

¹²⁴ Fallos 318 : 1322, considerandos n° 19) y 20), respectivamente.

¹²⁵ A estos efectos, téngase en cuenta que –tal como lo hemos señalado en el texto– las normas establecidas en la Ley 24.156 de cumplimiento en materia de crédito público, imponen trámites y actos interadministrativos e interorgánicos dirigidos, por tal motivo, exclusivamente a los órganos y personas públicas estatales y no a los administrados. De esta forma, el obligado al cumplimiento es el sujeto estatal y no el particular. En esta línea de ideas, la jurisprudencia se ha manifestado contraria a admitir validez a que la Administración se niegue a pagar un certificado de obra pública por carecer de partida presupuestaria, puesto que –se entendió– se trataría de una circunstancia exclusivamente imputable al Estado y no al particular, motivo por el cual las consecuencias de dicha omisión no podrían hacerse recaer sobre éste, cfr. CNCont. Adm, Sala II, 19/9/98, in re «Ute Macolm SRL y otro v. Ministerio de Defensa», en especial, considerando n° 6) in fine, con ejemplar cita de MARIENHOFF, publicado en L.L. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 18/6/98, p. 36 y ss, en especial, p. 39.

¹²⁶ Legalidad vs. Confianza, es –en definitiva– el gran dilema que rodea la actuación del Estado, tal como lo señala COVIELLO, Pedro, «La Confianza Legítima», E.D. Revista del 4/5/98, p. 12.

sea de paso, recordemos que se presume legítima— lo que justifica una solución como la propugnada¹²⁷.

Ahora bien, en nuestro entender, la solución que propugna el artículo 66 de la Ley 24.156 sería admisible —con las limitaciones y aclaraciones que más adelante puntualizaremos— en aquellos casos en los cuales (i) la falta de cumplimiento de tales presupuestos legales fuese ostensible para un inversor común —supuesto que corresponderá analizar en cada caso— o bien (ii) quien adquiere los títulos sea un profesional que habitualmente se dedica a invertir en esta clase de activos y que, por tal carácter, previo a decidir la inversión ha tenido la oportunidad de efectuar un análisis o auditoría de la legalidad de la emisión, supuesto éste donde la noción de culpa profesional adquiere campo de aplicación¹²⁸.

Si bien en tales casos se justifica que el acreedor no pueda pretender el mantenimiento de las condiciones pactadas, la mentada inoponibili-

¹²⁷ Reparemos en que, tal como lo enseña COVIELLO, el instituto de la «confianza legítima» tuvo su origen en la jurisprudencia alemana como una reacción contra la rígida aplicación del principio de legalidad en aquellos casos en que su seguimiento habría determinado la nulidad de un acto favorable al administrado. Así, el Tribunal Administrativo Superior de Berlín —en fallo luego confirmado por la Corte Federal— pudo resolver en un caso que no correspondía la revocación de un acto administrativo por lo cual la Administración tuvo que continuar pagando una pensión, cfr. COVIELLO, Pedro, «La Confianza Legítima», ob. cit., E.D. Revista del 4/5/98, p. 1. Se trata —como se ha dicho— de la solución «maximalista» en materia de protección de la confianza (mantenimiento de la estabilidad y eficacia del acto ilegal), hoy vigente como principio, por ejemplo, en el derecho suizo (cfr. CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 439 y ss). Adicionalmente, parecería ser que, en el criterio de la Corte Suprema, en las operaciones de empréstito público, el interés público está mayormente comprometido en el cumplimiento de las obligaciones asumidas que en la vigencia de la legalidad; diferenciándose, así, este tipo de contrataciones de aquellas otras —vgr. obras públicas— donde la falta de cumplimiento de los recaudos legales determinaban la ilegalidad del contrato. Sobre la dialéctica relativa al mayor compromiso del interés público en el mantenimiento de un contrato nulo que en su revocación por ilegalidad, ver el profundo y erudito trabajo de MURATORIO, Jorge I., «*Los Contratos Administrativos viciados de nulidad absoluta* (Acción de lesividad. Alternativas)», L.L. Revista del 4/9/95, p. 1 y ss.

¹²⁸ Cfr. C.C. artículo 902. Tal sería el caso, por ejemplo, de una entidad financiera que decidiera suscribir en firme la emisión de los títulos para luego, por su parte, negociarlos en los mercados de capitales. En tales casos, la práctica financiera indica que las entidades realizan una auditoría sobre la legalidad de los procedimientos de emisión de deuda pública (“due diligence”) que les permite advertir la suficiencia —o no— de las autorizaciones y demás requisitos legales.

dad al Estado Nacional no puede importar, de modo alguno, la inaplicabilidad de los principios que rigen el enriquecimiento sin causa.

En efecto, téngase en cuenta que —en tales casos— el particular ha adelantado los fondos al Estado emisor, con lo cual —en principio— el receptor de tales fondos habría obtenido un beneficio que, de considerarse nula la emisión¹²⁹, resultaría incausado. De allí pues que, en tal caso, resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1052 y siguientes del Código Civil que, receptando el principio de justicia que enmarca al instituto del enriquecimiento sin causa¹³⁰, regula las consecuencias patrimoniales de la anulación de actos jurídicos bilaterales; principios y normas éstas que han sido aplicados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de contratos administrativos anulados judicialmente¹³¹.

¹²⁹ Así, BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 442. En este sentido, útil es señalar que el autor citado sostenía que, ante la ausencia de la autorización legislativa, el empréstito no era nulo sino anulable, toda vez que si el Congreso posteriormente otorgaba la aprobación, el vicio quedaba saneado. Este criterio, respecto a la falta de “crédito legal previo” en materia de licitaciones de obra pública, fue el seguido por la Procuración General de la Nación y por el voto del Juez BELLUSCIO en el conocido caso “Libendisky, Jorge S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, fallo del 12/3/87, publicado en Fallos 310 : 548 y en E.D. 125 : 270 con nota de BIANCHI, Alberto, “El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación”; sobre los efectos de la falta de crédito legal previo en materia de licitación, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, p. 44 y ss.

¹³⁰ En nuestro entender las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre el particular se corresponden no exclusivamente al campo del derecho privado, sino del derecho público también por enmarcarse en elementales principios de justicia. Sobre las dificultades que el instituto ha tenido en su aceptación en el campo del derecho administrativo, ver MODERNE, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Dalloz, Paris, 1995, p. 37 y ss.

¹³¹ Así, por ejemplo, in re “Empresa Constructora Schmidt c/ Provincia de Mendoza”, L.L. 8-789 e in re «Stammei», del 17/11/87, J.A. 1989 -II-89. No obstante, cabe señalar que, recientemente, la Corte Suprema ha denegado la procedencia de indemnización por enriquecimiento sin causa en supuestos de contratos anulados por no haberse seguido los procedimientos de contratación reglados, ver así, in re “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima v. Santiago del Estero, Provincia de s/ cobro de pesos”, causa M.265.XXXIII. Originario, publicado en E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina en Derecho Administrativo del 28/7/2000, pág. 14 y sigs; y también, in re “Ingeniería Omega S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 5/12/2000, publicado en E.D. Suplemento de Jurisprudencia y Doctrina en Derecho Administrativo del 30/3/2001, pág. 12 y sigs. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en el ya citado caso “Brunicardi”, la Procuración General de la Nación, al sostener la ilegalidad del empréstito —por haber sido contratado por un gobierno de

De esta forma, la circunstancia que la ley disponga la responsabilidad personal del funcionario interviniente, tal como lo ha declarado la jurisprudencia española, no excluye la compensación del Estado por vía del instituto del enriquecimiento sin causa¹³².

VI. COROLARIO

Como corolario de lo expuesto, amén que el tema en cuestión –por sus peculiaridades y trascendencia– exigirían un desarrollo mayor al realizado por nosotros, tres son las reflexiones que éste nos motiva:

La primera, que si bien un más certero y preciso desarrollo de los principios de responsabilidad del Estado en esta materia ayudarían a otorgar mayor seguridad jurídica a las operaciones y, consecuentemente, a una mejor calificación de la deuda pública argentina, no debemos pasar por alto que el papel preponderante en la materia lo tiene la confianza que el inversor tenga en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del Estado emisor. Así, de nada servirá al crédito de la Nación un desarrollo pleno del instituto de la responsabilidad del Estado emisor si, a la par de ello, el Estado no cumple con sus compromisos. La confirmación de la actual vigencia de la vieja y gallarda tradición que el Estado Argentino ha honrado sus obligaciones internacionales, será el mejor reaseguro del desarrollo del crédito nacional.

La segunda, que si además de a un Estado de Derecho, aspiramos a la plena vigencia de un Estado Democrático, la plena responsabilidad del Estado es un requisito necesario pero no suficiente. Para el logro de la plenitud del Estado Democrático es menester la existencia real y concreta de la responsabilidad política. En nuestro entender, todas aquellas posiciones que pretenden ya hiperresponsabilizar al Estado por cualquier daño, ya, tornarlo irresponsable, pretenden suplir –por vía de las instituciones jurídicas– la gran carencia de nuestro sistema: una real y efectiva responsabilidad política de los gobernantes y servidores públicos. Sólo un desarrollo y

facto– invocó la aplicación, al caso, del instituto del enriquecimiento sin causa, cfr. Fallos 319 : 2886, en especial, pág. 2895, apartado –VI– in fine.

¹³² Ver, en este sentido, REBOLLO PUIG, Manuel, El enriquecimiento injusto de la Administración Pública, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 403 y ss.

afianzamiento de esta última responsabilidad nos consolidará como un verdadero Estado Democrático. Pensemos la importancia de lo expuesto ante una materia como la tratada en el presente trabajo, donde suele ocurrir que los gobiernos que contraen las deudas no son los que las terminan cancelando.

La tercera, y definitiva, hace ya al planteamiento general de la temática de la responsabilidad del Estado. La experiencia demuestra que el ingenio del hombre de leyes podrá idear teorías para justificar desde la más absoluta de las responsabilidades hasta la más sutil –pero fatal– de las irresponsabilidades públicas. Mas, el requerimiento de las personas concretas para la solución de los problemas que se plantean en sus relaciones con el Estado, es –generalmente– ajeno a dichas teorías. Lo requerido es, en definitiva, una gran dosis de sentido común. En rigor de verdad, el *mensaje* de la responsabilidad del Estado no puede estar dirigido exclusivamente a los hombres de leyes sino al hombre común, quien es el que, en definitiva, termina sufriendo las consecuencias del uso –y del abuso– del instituto.

REVERSIÓN DE BIENES EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

Carlos García Soto

SUMARIO

1. NOCIÓN
2. ANTECEDENTES
3. FINALIDAD
4. ÁMBITOS
5. REGULACIÓN EN LA LEY DE CONCESIONES
6. CONCLUSION

1. NOCIÓN

Una de las consecuencias fundamentales de la extinción de una concesión administrativa es que algunos de los bienes utilizados para la prestación de la obra o servicio pueden pasar automáticamente a ser propiedad de la Administración concedente, a través de la figura de la reversión.

La reversión de bienes consiste en la obligación del concesionario de entregar a la Administración la obra o servicio y todos los instrumentos necesarios: bienes, acciones y derechos para asegurar la continuidad de esa obra o servicio una vez extinguida la concesión, por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 46 de la Ley de Concesiones o en las demás Leyes que regulen concesiones especiales.

"La construcción clásica de la reversión –dice García de Enterría– es la siguiente: la Administración otorga las concesiones a los particulares por un plazo determinado; la reversión de la concesión a la Administración concedente al final de este plazo se instrumenta así como la efectividad final de un término resolutorio"¹. La reversión implica, así, la entrega, al

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, El dogma de la reversión de la concesión, en *Dos estudios sobre la usucapión* en Derecho Administrativo, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 27.

vencimiento del plazo concesional, de la prestación del servicio público, dentro de lo cual se encuentran ciertos bienes indispensables para su funcionamiento.

Para que el servicio público que el concesionario venía prestando siga siendo operativo, es necesario que ciertos bienes afectos a la concesión no sean separados de ésta, sino que se mantengan a su servicio, de manera que la continuidad en la gestión de la obra o servicio vaya en beneficio del interés público sin interrupciones evitables. Hay bienes, en efecto, que se convierten en indispensables para que la prestación sea viable. La eliminación de ellos, o su sustitución por otros, ocasionaría quebrantos en la eficacia, lo cual debe ser evitado por la Administración.

Así, dijo la Corte en Sentencia del 12-12-63 que "como la actividad del Estado es permanente, ha sido también supuesto y admitido, por tal razón, la continuidad de la actividad administrativa de la explotación confiada temporalmente al concesionario, la cual pasará directamente al Estado; por tanto, es imprescindible que se tomen providencias y se dejen trazados y establecidos los mecanismos, con miras a la continuidad de la explotación, la cual debe hacerse mediante operaciones técnicas, que aseguren la conservación de la riqueza y los medios de mantenerla y operarla bajo las mismas condiciones contempladas en la Ley, en su reglamento, en las ordenanzas, decretos y resoluciones y demás leyes aplicables a la explotación". (...) De otro modo, "se rompería la unidad de la concesión y al extinguirse el plazo para que fue concedida, se produciría una discriminación de los bienes, separando unos y dejando otros; no habría entonces motivación para haberse aceptado la reversión, cuya finalidad original es mantener sin interrupción la explotación. Y porque si llegara a admitirse este proceder se produciría una paralización de las actividades declaradas de utilidad pública"². Esto implica que la Administración pueda tomar medidas que miren a vigilar que los bienes que van a ser sujetos reversión se conserven en condiciones adecuadas. En esa misma sentencia, la Corte dijo que "la legitimidad de las medidas precautelativas son de uso corriente en todas las legislaciones cuando se trata de impedir el deterioro o la sustracción de elementos vinculados a las actividades de servicio público"³.

² Sentencia de la CSJ-SPA de 12-12-63.

³ *Ibidem*.

La reversión aparece en el contrato de concesión cuando éste se encuentra ya de salida del mundo jurídico. Como ha establecido nuestro Supremo Tribunal en la Sentencia citada, "es una expectativa de derecho a favor de la Nación, que sólo se materializa al fin del término de la concesión"⁴. "Surge —en palabras de Vásquez Franco— como consecuencia de la terminación normal del contrato de concesión por vencimiento del plazo y, por supuesto, del efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales. Es el momento de la efectividad final del término resolutorio inicialmente convenido, como forma normal de extinción de las concesiones temporales"⁵. Sin embargo, esto no obsta a que en determinados casos, alguna Ley o contrato regule para una materia en particular, que la reversión también encuentre lugar en caso de extinción del contrato por incumplimiento del concesionario o por cualquier otra causa. Incluso, puede ocurrir que el ente concedente tenga que pagar una indemnización al concesionario. En tal supuesto, también debe operar la reversión pero debe preverse en el cálculo de la indemnización el valor no amortizado de los bienes que pasan a propiedad del ente concedente. En definitiva, lo normal será que ocurra cuando el contrato termine por una causa normal.

La reversión implica una entrega gratuita de bienes, libres de gravámenes, porque, mediante ella, sólo se entregarán aquellos que ya hayan sido amortizados y sean indispensables para la gestión del servicio; son los bienes llamados de retorno. Los bienes propios del concesionario y no indispensables para la prestación de la obra o servicio, y por ello no afectos a la reversión no pueden pasar a manos de la Administración, y aquéllos útiles a la reversión, más no imprescindibles deben ser pagados mediante indemnización por parte de la Administración.

La cláusula de reversión no es de la esencia de los contratos de concesión, de modo que hace falta una disposición expresa de la ley o del contrato para que pueda concebirse su existencia. Los bienes que ha aportado el concesionario para la gestión del servicio son de su propiedad antes y después de la culminación del contrato, siempre que no esté expresado por Ley o en el contrato que ciertos bienes serán revertidos al ente concedente. Lo fundamental, pues, es que la reversión se establezca de antemano.

⁴ *Ibidem*.

⁵ VÁSQUEZ FRANCO, Gladis, *La concesión administrativa de servicio público*, Temis, Bogotá, 1991, p. 129.

2. ANTECEDENTES

Al revisar la historia de las concesiones en Venezuela, resalta como figura emblemática las concesiones de hidrocarburos, de las cuales la primera en ser otorgada es de fecha 6 de septiembre de 1854 para explotar asfalto natural. Al año siguiente, se concedió la primera concesión de petróleo crudo y las primeras concesiones de importancia datan de 1907. Durante buena parte del siglo pasado se siguieron otorgando concesiones, siendo unificado el régimen con la Ley de Hidrocarburos de 1943, a la cual se le hicieron modificaciones en 1955 y 1967. Las últimas concesiones en otorgarse son de 1956 y 1957 y con la Ley de nacionalización de 1975 se cancelaron todas las concesiones existentes en la materia⁶.

En 1971 se dictó una Ley que ha resultado de una trascendencia enorme para la industria de los hidrocarburos y para el régimen de las concesiones sobre ellos. La *Ley sobre bienes afectos a reversión en las concesiones de hidrocarburos*, cuyo proyecto fue presentado el 29 de marzo de 1971 por la fracción parlamentaria del Movimiento Electoral del Pueblo (MEP), "fue promulgada el 30 de julio de 1971, y en ella se establecía que todo lo relativo a los bienes corporales e incorporales, adquiridos con destino o afectos a las labores de exploración, explotación, manufactura, refinación o transporte en las concesiones de hidrocarburos o al cumplimiento de las obligaciones que de ellas se derivaban, era materia de utilidad pública y por lo tanto, se regiría por esa ley. (...) Las disposiciones de la ley de reversión tenían carácter público y serían aplicadas de inmediato a todos los concesionarios de hidrocarburos"⁷. Desde 1959, según Mommer, el Estado había anunciado una política de *no más concesiones*. Por otra parte, se temía que los concesionarios dejaran deteriorar los bienes sujetos a reversión, los cuales iban a revertir entre 1983 y 1985. Por eso, el Gobierno venezolano se planteó la posibilidad de adelantar las reversiones⁸.

El para entonces presidente Pérez, creó una Comisión Presidencial de la Reversión con el objeto de idear una fórmula para adelantar la rever-

⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Anibal R., *Diccionario del petróleo venezolano*. Los Libros de El Nacional, Caracas, 1999, p. 37.

⁷ RODRÍGUEZ GALLAD, Irene, *Leyes de hidrocarburos*, en *Diccionario de Historia de Venezuela*. Fundación Polar, Caracas, 1997, p. 947.

⁸ MOMMER, Bernard, *Ese chorro que atraviesa el siglo*, en *Venezuela siglo XX. Visiones y testimonios*. Fundación Polar, Caracas, 2000, Tomo II, p. 544.

sión de los bienes afectos a las concesiones de hidrocarburos. El trabajo de dicha Comisión concluyó en un proyecto de ley para la nacionalización de la industria de hidrocarburos, proyecto al cual el Ejecutivo Nacional hizo unas modificaciones y que terminó siendo la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de hidrocarburos de fecha 29 de agosto de 1975, constituyéndose al día siguiente Petróleos de Venezuela.

Pero el régimen de los bienes afectos a las concesiones no sólo se reguló a través de la reversión, sino que también utilizó la técnica expropiatoria. En este sentido, dice Linares Benzo que "la reserva al Estado de determinadas industrias trajo como consecuencia la expropiación de bienes de los particulares dedicados a las actividades reservadas, en la mayoría de los casos como concesionarios, pero que, al establecerse la extinción anticipada de las concesiones, se decidió acudir al mecanismo de la expropiación a fin de que el Estado adquiriera los bienes necesarios para continuar con el ejercicio de la actividad reservada, lo que hizo que la reserva apareciera con una política de nacionalización de las industrias objeto de reserva"⁹.

3. FINALIDAD

La finalidad de la reversión de bienes se encuentra, por una parte, en que es una técnica que sirve como contraprestación de los beneficios económicos obtenidos por el concesionario durante la ejecución del contrato. En ese sentido, se entiende que al término de la concesión el administrador concesionario ha podido amortizar los bienes afectados a la concesión, y la reversión se referirá sólo a esos bienes amortizados. Por otra parte, asegura la continuidad en la prestación del servicio, porque a través de la reversión la Administración concedente puede continuar explotando la concesión, directa o indirectamente con los bienes revertidos. García de Enterría ha resaltado la naturaleza exclusivamente económica de la reversión:

"Con todo, la naturaleza exclusivamente económica de la cláusula de reversión es hoy indiscutible. En función de dicha naturaleza se precisa el momento en que la reversión deberá producirse (...) y de acuerdo con ella se miden sus concretos efectos, que corresponde determinar al propio

⁹ LINARES BENZO, Gustavo J., Regulación y economía: juntas y bien revueltas, en *Venezuela siglo XX*, cit., p. 368.

contrato, en el que ha de precisarse los bienes que por estar afectos al servicio deben ser entregados gratuitamente a la Administración concedente (*biens de retour*), salvo en el caso de que no hayan podido ser totalmente amortizados, y aquellos otros que por su utilidad para el servicio puedan revertir a la Administración, previo pago de su precio al concesionario (*biens de reprise*)" ¹⁰.

4. ÁMBITO

En principio, al término de la concesión, los bienes afectados a ella siguen siendo parte del patrimonio del concesionario. Sin embargo, si la Ley o el contrato establecen expresamente la reversión de bienes al finalizar la concesión, dichos bienes serán revertidos a la Administración-concedente. Así lo ha establecido la doctrina del Procuraduría General de la República:

"El concesionario posee un verdadero derecho de propiedad sobre su patrimonio sin perjuicio de las limitaciones que resulten de normas legales o de las mismas cláusulas de la concesión. Es doctrina pacífica que al vencimiento del término de la concesión, los bienes del concesionario sigan siendo de su exclusiva pertenencia, sin que opere ningún traspaso de propiedad a la Administración concedente. Este es al menos, la regla de principio en esta materia.

Sin embargo, es frecuente que la ley o cláusulas expresas de la concesión establezcan el traspaso de todo o parte de los bienes a la administración concedente, con o sin indemnización al concesionario. En estos casos, el concesionario tiene la obligación de mantener en buen estado los bienes afectados al servicio, y la Administración puede adoptar a este fin medidas cautelares" ¹¹.

Cuando la concesión está prevista legalmente se entiende que abarca todos los bienes necesarios para asegurar la continuidad de la obra o

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1998, Tomo I, p. 745.

¹¹ DOCTRINA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Caracas, 1994, pp. 26-27.

servicio objeto de la concesión. Badell Madrid ha hecho esta clasificación de los bienes sujetos a reversión:

"Para determinar el alcance material de la reversión, siguiendo a la doctrina francesa, es necesario distinguir los distintos tipos de bienes que pueden estar destinados al servicio:

En primer lugar, están los denominados *bienes revertibles* (*biens de retours*), es decir, aquellos que deben pasar a ser propiedad de la autoridad concedente una vez extinguida la concesión. Estos son los bienes indispensables o imprescindibles para la prestación del servicio. Pertenecen a esta categoría las obras e instalaciones que el concesionario se obligó a construir, los bienes y derechos aportados por el concesionario o adquiridos por cualquier título de derecho público (e.g. expropiación o servidumbre administrativa) o de derecho privado (e.g. compraventa).

Dentro de los bienes revertibles están comprendidos también aquellas dependencias o bienes que son del dominio público que fueron puestos a disposición del concesionario para la prestación del servicio; sin embargo, más que objeto de reversión propiamente dicha, son bienes en que simplemente cesa la ocupación del concesionario, por el carácter de accesoriedad y que, en consecuencia, deben referirse a la autoridad concedente.

En segundo lugar, están los llamados *bienes de rescate* (*biens de reprise*), que son aquellos que, tratándose de una reversión total, a juicio de la autoridad concedente, son útiles para la explotación del servicio. En esta categoría, el elemento esencial y determinante es la idea de la afectación del servicio público.

En efecto, como señala VILLAR PALASÍ, la reversión está precedida por el *principio de unidad pertenencial*, según el cual las obras e instalaciones objeto de reversión se delimitan por su afectación al servicio público de que se trate.

En adición, rige el *principio de unidad reversional*, por el cual todos los bienes afectados a la prestación del servicio deben ser revertidos a favor del beneficiario sin posible división.

Por último, están los *bienes propiedad del concesionario (biens propers)*, comprendidos por los bienes que no forman parte de los dos grupos anteriores; son los bienes adquiridos por el concesionario que no forman parte de la explotación del servicio público. Tales bienes pueden ser adquiridos por el concedente mediando una indemnización¹².

5. REGULACIÓN EN LA LEY DE CONCESIONES

Actualmente, la reversión encuentra regulación legal en el artículo 48 de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones dictada mediante Decreto Ley N° 318 de 17 de septiembre de 1999 (G.O. N° 5394 Extraordinario de 25-10.99), el cual establece:

"El contrato establecerá el plazo de la concesión, las inversiones que deberá realizar el concesionario y los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el mencionado plazo.

Asimismo, el contrato expresará las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario no sujetas a reversión, las cuales podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.

Durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente deberá adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes revertidos se verifique en las condiciones convenidas".

¹² BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la concesiones en Venezuela*, Caracas, 2002.

Con respecto a esta norma, es necesario observar que se pretende que el concesionario disponga del tiempo suficiente durante la concesión para amortizar las inversiones que realice y los bienes afectos a la concesión. Por otra parte, el artículo dice que aquellas obras, instalaciones y bienes, no sujetas a reversión, pero que luego sean consideradas de interés público, serán revertidas mediante el pago del precio. La norma transcrita establece que en el contrato debe establecerse cuáles bienes deben considerarse sujetos a la reversión, de lo cual se infiere que la figura de la reversión debe estar presente en todos los contratos de concesión.

Por su parte, el artículo 60 regula el derecho de uso y goce por parte del concesionario de los bienes públicos afectos a la concesión y la afectación al dominio público de aquellos bienes destinados a la concesión:

"Desde el momento de perfeccionarse el contrato de concesión, el concesionario tendrá derecho al uso y goce de los bienes de dominio público o privado del ente concedente que sean destinados a la ejecución y desarrollo de las obras o servicios objeto de dicho contrato.

Los bienes o derechos que por cualquier título adquiriera el concesionario para ser destinados a la concesión pasarán a formar parte del dominio público desde que se incorporen o sean afectados a las obras, sea por adherencia o por destinación. Quedan a salvo las obras, instalaciones o bienes que por no estar afectos a la concesión permanecerán en el patrimonio del concesionario según lo establezca el respectivo contrato".

Para Rachadell la Ley ha debido establecer que las obras que se realicen, en la medida en que vayan ejecutando, pasan al dominio público, por una parte; por la otra, que los bienes del concesionario que sean necesarios para la prestación continua del servicio o la administración de la obra, están sujetos a la reversión¹³.

¹³ RACHADELL, Manuel, Aspectos financieros de las concesiones, en *Régimen legal de las concesiones. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 89.

La reversión opera en cualquier supuesto de extinción del contrato de concesión. A los efectos de las potestades de la Administración en la ejecución del contrato, la reversión operaría en el caso de que la Administración resuelva unilateralmente la concesión. En el caso de que la resolución tenga su causa en el interés público, el ente concedente estará en la obligación de cancelar la correspondiente indemnización al concesionario. Si la resolución es provocada por el incumplimiento del concesionario, en criterio de Rachadell, "debería consagrarse expresamente la reversión, por dos razones: de un lado, porque en este caso el concesionario debe pagar una indemnización al ente concedente, y en ésta se incluye la reversión de los bienes afectados a la concesión, aún cuando éstos no hayan sido amortizados todavía; del otro, porque la figura de la reversión –repetimos– ha sido concebida en interés de los usuarios, y si el concesionario que ha incumplido tuviera derecho a retirar los bienes afectos a la concesión, se paralizaría la prestación del servicio" ¹⁴.

6. CONCLUSIÓN

La reversión de bienes es una institución completamente de recibo en el orden jurídico concesional venezolano. Su inclusión en la Ley de Concesiones la hace aplicable a cualquier tipo de concesión, con lo que no haría falta que sea prevista en los regímenes sectoriales en materia de concesiones, aún cuando en Venezuela es reconocida en algunos de ellos, como ocurre en los sectores eléctrico o de recursos hídricos, por ejemplo.

¹⁴ *Ibidem*, cit., p. 90.

**LOS INDICIOS DE DEFRAUDACIÓN
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL
A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Luis Fraga Pittaluga

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Concepto
2. Efectos
 - 2.1. Derecho implícitamente recogido en la estructura
 - 2.2. Derecho que afecta la distribución de la carga de la prueba
 - 2.3. Presunción de inocencia vs. presunción de legitimidad de los actos administrativos

II. LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

1. Concepto y presupuestos de procedencia
 - 1.1. El dolo
 - 1.2. Simulación, maniobras o engaño
 - 1.3. Incumplimiento de la obligación tributaria
 - 1.4. Beneficio económico para el infractor o un tercero y daño patrimonial al Fisco
2. La defraudación tributaria en el COT de 2001
3. Diferencias entre la evasión, el fraude, la elusión y la economía de opción
 - 3.1. Evasión fiscal y elusión
 - 3.2. Evasión fiscal y fraude a la ley tributaria
 - 3.3. Evasión fiscal y economía de opción

III. LOS INDICIOS DE DEFRAUDACIÓN EN EL COT DE 2001 Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Consideraciones generales sobre los indicios
 - 1.1. Concepto
 - 1.2. Naturaleza jurídica
 - 1.3. Presupuestos

- i) Plena prueba del hecho indicador
 - ii) Conexión lógica entre el hecho indicador y el hecho desconocido
- 1.4. Eficacia probatoria
- i) Legalidad
 - ii) Legitimidad
 - iii) Pertinencia y conducencia
 - iv) Conexión evidente entre el hecho indicador y el investigado
 - v) Pluralidad de indicios graves, concordantes y convergentes
 - vi) Inexistencia de otras pruebas contrarias
2. Diferencias entre indicios y presunciones
3. Indicios de defraudación y presunción de inocencia
- 3.1. Aplicabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito de la defraudación tributaria
 - 3.2. Prueba de la defraudación
 - i) Carga de la prueba
 - ii) Objeto de la prueba
 - iii) Mérito probatorio de los indicios en cuanto a la defraudación tributaria

INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre de 2001 fue promulgada la Reforma del Código Orgánico Tributario, a través de la Ley Nro. 42 la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001. Más que una simple reforma, nos encontramos con una profunda modificación del Código Orgánico Tributario de 1994, o mejor dicho, con un cambio de proporciones incommensurables en el instrumento fundamental de regulación de las relaciones entre los ciudadanos y las diversas Administraciones Tributarias.

Esta modificación tiene su origen en el mandato contenido en la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1999, en la cual se ordenó reformar el Código Orgánico Tributario para establecer:

1. La interpretación estricta de las leyes y normas tributarias, atendiendo al fin de las mismas y a su significación económica, con el objeto de eliminar ambigüedades.
2. La eliminación de excepciones al principio de no retroactividad.
3. Ampliar el concepto de la renta presunta con el objeto de dotar con mejores instrumentos a la Administración Tributaria.
4. Eliminar la prescripción para delitos tributarios graves, los cuales deben ser tipificados en el Código Orgánico Tributario.
5. La ampliación de las penas contra asesores, bufetes de abogados, auditores externos y otros profesionales que actúen en complicidad para cometer delitos tributarios, incluyendo periodos de inhabilitación en el ejercicio de la profesión¹.

¹ Esta vergonzosa norma, que parece una especie de retaliación producto de algún resentimiento oculto contra ciertos gremios profesionales, fue parcialmente acatada en el COT de 2001. El artículo 86 del COT de 2001 señala que se aplicará la misma sanción que al autor principal del ilícito, sin perjuicio de la graduación de la sanción que corresponda, a los coautores que tomen parte en la ejecución del ilícito. Por su parte, el artículo 87 señala que se aplicará la misma sanción que al autor principal del ilícito disminuida de dos terceras partes a la mitad, sin perjuicio de la graduación de la sanción que corresponda, a los instigadores que impulsen, sugieran o induzcan a otro a cometer el ilícito o refuercen su resolución. Asimismo, el artículo 88 establece que se aplicará la misma sanción correspondiente al ilícito de defraudación tributaria, disminuida de dos terceras partes a la mitad: a) A aquellos que presten al autor principal o coautor su concurso, auxilio o cooperación en la comisión de dicho ilícito mediante el suministro de medios o apoyando con sus conocimientos, técnicas y habilidades, así como a aquellos que presten apoyo o ayuda posterior

6. La ampliación de las penas y la severidad de las sanciones contra los delitos de evasión fiscal, aumentando los períodos de prescripción.
7. La revisión de atenuantes y agravantes de las sanciones para hacerlas más estrictas.
8. La ampliación de las facultades de la Administración Tributaria en materia de fiscalización.
9. El incremento del interés moratorio para disuadir la evasión fiscal ².

cumpliendo promesa anterior a la comisión del ilícito, y b) A los que sin promesa anterior al ilícito y después de la ejecución de éste, adquieran, tengan en su poder, oculten, vendan o colaboren en la venta de bienes respecto de los cuales sepan o deban saber que se ha cometido un ilícito. Afortunadamente, el párrafo único de esta misma norma se encarga de aclarar, cosa que nos parece un acierto importantísimo para mitigar el exceso que se deriva de la Disposición Transitoria Quinta, que no constituyen suministros de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios, *las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos, en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos*. En todo caso y sin perjuicio de lo establecido en esta última norma, señala el artículo 89 que a los profesionales y técnicos que con motivo del ejercicio de su profesión o actividad participen, apoyen, auxilien o cooperen en la comisión del ilícito de defraudación tributaria, se les aplicará la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por un término igual a la pena impuesta.

² Esta previsión de la Disposición Transitoria Quinta es especialmente desafortunada y carente de alguna explicación racional. Con respecto a la misma debemos señalar, en primer lugar, que yerra el constituyente con particular candidez, al pensar que un interés moratorio alto puede desestimular la evasión fiscal. Lo cierto es que quien con dolo simula, oculta, realiza maniobras o ejecuta cualquier otra forma de engaño para inducir a error a la Administración Tributaria obteniendo para sí o para un tercero un enriquecimiento indebido a expensas del sujeto activo a la percepción del tributo o quien con intención dañosa comete fraude a la ley para evitar que ocurra el hecho imponible o generador y, por ende, que nazca la obligación tributaria, poco o ningún temor tiene con respecto al interés moratorio, pues, en el mejor de los casos, el verdadero elemento disuasor, estaría constituido, en este supuesto, por la aplicación de una pena privativa de la libertad que va desde seis (6) meses hasta siete (7) años, *ex* artículo 116 del COT. Por otra parte, bajo la vigencia del COT de 1994, el interés moratorio era bastante alto, si se considera que estaba fijado en la tasa máxima activa bancaria incrementada en tres (3) puntos porcentuales. Ahora se fija en una y media veces la tasa activa promedio de los seis principales bancos comerciales y universales del país con mayor volumen de depósitos. En tercer término, el interés moratorio va a castigar con la misma intensidad al evasor y a quien es sujeto activo de un ilícito tributario de menor entidad, uniformidad ésta que viola la garantía constitucional de la igualdad material, que exige un trato desigual para los desiguales. En cuarto lugar, un interés moratorio de tal entidad –y esto puede predicarse de igual forma con respecto al previsto en el COT de 1994– resulta desproporcionado y confiscatorio, al lesionar el patrimonio del sujeto pasivo de la imposición más allá del límite que éste debe tolerar como consecuencia de su deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. De allí que esta previsión sea inconstitucional, pues la prohibición de que existan tributos confiscatorios, establecida en el artículo 317 de la Constitución de 1999, alcanza no sólo

10. La extensión del principio de solidaridad, para permitir que los directores y asesores respondan con sus bienes en caso de convalidar delitos tributarios³.
11. La introducción de procedimientos administrativos más expeditos⁴.

Algunos de estos cambios fueron recogidos en el nuevo Código; otros, afortunadamente, no. Algunas normas muy criticadas que existían ya en el Código de 1994, lejos de ser eliminadas o reformadas para suprimir o moderar al menos sus graves vicios de inconstitucionalidad, fueron en efecto modificadas pero, paradójicamente, para agravar su contrariedad al nuevo texto constitucional.

Otras en cambio, y es preciso reconocerlo, fueron reformadas con resultados bastante positivos, al menos si se le compara con la regulación anterior. Este es el caso, en términos generales y salvo algunas observaciones que haremos más adelante, del artículo 117 de Código Orgánico Tributario de 2001, el cual recoge parcialmente el contenido del artículo 94 del Código Orgánico Tributario de 1994.

El Código Orgánico Tributario de 1994, regulaba siete supuestos que constituían, según la letra expresa de su artículo 94, *presunciones sobre la intención de defraudar*⁵. El nuevo Código Orgánico Tributario de 2001, en su artículo 117, aumenta los supuestos a quince, pero ahora no se trata de *presunciones de la intención de defraudar* sino de *indicios de defraudación*.

al tributo en sí, sino también a sus accesorios, al respecto *Vid. FRAGA PITTALUGA, L.* "Breves reflexiones sobre la interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos en la Constitución de 1999". *V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*. Livrosca, Caracas, 2000, pp. 125 y ss.

³ Sin ánimo de entrar en precisiones técnicas que corresponden a los penalistas, repugna hablar en Derecho de la "convalidación" de un delito. No existe semejante cosa y tal vez quiso referirse el constituyente a las diversas figuras de participación en la comisión de hechos punibles. En todo caso, la previsión es redundante con respecto a los "directores" pues esto ya era regulado en el artículo 26 del COT de 1994.

⁴ Imaginamos que sin perjuicio de las garantías formales de los ciudadanos previstas en la propia Constitución, tales como el derecho a la defensa, el derecho a promover y evacuar pruebas, el derecho de acceso al expediente administrativo, el derecho a la notificación, etc.

⁵ A lo largo de nuestro trabajo aludiremos a la defraudación tributaria y a la evasión tributaria o fiscal, como conceptos idénticos, pues consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico no existen bases argumentales para establecer una diferenciación entre ambos.

El cambio no ha sido sin duda caprichoso ni es meramente semántico; antes por el contrario, es un intento claro e inequívoco de morigerar el contenido y alcance de una norma que era radical y absolutamente inconstitucional, sobre todo a la luz de la nueva Constitución de 1999, en la cual se consagra de manera expresa, por primera vez en nuestra historia, el derecho constitucional a la presunción de inocencia, la cual era igualmente reconocida bajo la Constitución de 1961, pero a través de la cláusula residual contenida en su artículo 50, lo cual supuso todo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial para explicar y justificar su plena vigencia y sustantividad, no sólo en el plano penal, sino también en el campo de las infracciones y sanciones administrativas.

Aún cuando existe coincidencia generalizada en que el delito de defraudación debe ser combatido sin descanso, no hay diferencia cualitativa entre esta lucha y la que debe librar el Estado para perseguir cualquier otra conducta disvaliosa que sea producto de la intención de causar un daño a las personas, a la propiedad, a la administración de justicia, etc.

Asimismo, todas las abundantes justificaciones que abonan para acometer una batalla sin cuartel contra este flagelo que erosiona los ingresos públicos derivados de la tributación, no pueden colocarse, jamás, por encima de los derechos y garantías de los ciudadanos. No es más importante, ni más valioso, ni distinto el interés público involucrado en el combate de la defraudación, que el presente en el propósito de proteger, a toda costa, el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales y, en especial, de los derechos inherentes a la persona humana.

En palabras de GARCÍA AÑOVEROS, siempre refiriéndose el sistema español, "...la lucha contra el fraude fiscal no es un mandato de la Constitución, más allá del mandato que, mediante el expediente legal oportuno, afecta la lucha contra cualquier fraude, infracción o delito, sea o no tributario (...) y que la potestad sancionadora de la Administración Tributaria no es distinta ni de más rancia nobleza o calidad que la potestad sancionadora de la Administración en general"⁶.

⁶ GARCÍA AÑOVEROS, J. "Una nueva Ley General Tributaria. Problemas Constitucionales. *Garantías Constitucionales del Contribuyente*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp.103-105.

En las líneas que siguen nos proponemos hacer algunas breves reflexiones sobre la presunción de inocencia y su aplicación en el plano de las infracciones y sanciones tributarias, en especial en el tema de la evasión fiscal. Nos interesa analizar particularmente, si este derecho constitucional ha sido quebrantado por el legislador tributario al consagrar los llamados “indicios de defraudación” o si, en cambio, ambas instituciones pueden convivir en armonía. De ser así, queremos averiguar cómo puede lograrse tal interacción. Con miras al objetivo trazado, hablaremos en un primer capítulo de la presunción de inocencia, de su concepto y de sus efectos fundamentales. Luego, analizaremos la evasión fiscal, su concepto, sus presupuestos de procedencia y sus diferencias con otros institutos. Seguidamente abordaremos el estudio de los indicios de defraudación previstos en el COT de 2001, con vista al derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Como puede advertirse, el desarrollo de nuestro breve estudio pasa por analizar el fenómeno de la defraudación tributaria. Sin embargo, nada está más lejos de nuestra intención que invadir un terreno que consideramos mejor cultivado por los penalistas. En consecuencia, el propósito principal de nuestras reflexiones se orienta hacia los aspectos constitucionales y probatorios que se vinculan con la persecución y castigo de la defraudación tributaria.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Concepto

La presunción de inocencia es un derecho constitucional por virtud del cual, toda persona acusada de haber cometido un delito, una falta o una infracción administrativa, se considera inocente mientras no se demuestre lo contrario ante un juez imparcial, a través de un proceso rodeado de todas las garantías y con base en la aportación, evacuación y valoración de las pruebas de cargo legales, legítimas, pertinentes y conducentes que así lo establezcan.

Originalmente concebida como una garantía propia del proceso penal, dentro del cual se encontraba circunscrita y en el cual tuvo su origen

primigenio, una vez que el sistema inquisitorio fue desplazado por el acusatorio, la presunción de inocencia evolucionó hasta convertirse en un derecho universal, un derecho fundamental aceptado y reconocido incluso ante el silencio de los textos constitucionales o de las leyes penales de cada país. La presunción de inocencia, nos dice el Tribunal Constitucional español "...ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata tal y como ha precisado [este tribunal] en reiteradas sentencias"⁷.

Hoy en día la presunción de inocencia es reconocida de manera expresa en nuestra Constitución de 1999 en su artículo 49, numeral 2, en el cual se expresa que "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...omissis) 2. Toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario".

La norma constitucional citada sigue la orientación marcada por otras Constituciones occidentales y por Tratados y Acuerdos Internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13); la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (artículo 11.1), el Convenio Europeo de fecha 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVII).

Al asumir el rango de derecho constitucional, su aplicación a todo el universo de situaciones en que se manifiesta el *ius puniendi* del Estado, no admite duda alguna en la actualidad. De allí que se le reconozca como una garantía tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionador, sin importar la categoría de delitos o infracciones administrativas objeto de persecución y castigo y sin que haya ningún valor superior capaz de obviarla o disminuirla. Nuestra Constitución incluye la presunción de inocencia como una garantía indisolublemente vinculada al *debido proceso* y señala que éste y naturalmente aquélla, se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

⁷ Cfr. S. TCE, del 28 de julio de 1981.

Particularmente gráfica en este sentido es la sentencia del Tribunal Constitucional Español, de fecha 26 de abril de 1990, en la cual se señaló:

“...En efecto, no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepción en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2. de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción está basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (...) toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par de certeza de los hechos imputados, obtenida mediante prueba de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el artículo 24.2. de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción (...)” (negritas y cursivas nuestras).

Las afirmaciones del Tribunal Constitucional español han sido sistematizadas por la doctrina del siguiente modo:

- “La presunción de inocencia comporta que toda persona acusada de delito o falta se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
- La declaración requiere que, con las garantías del proceso debido, el juicio de culpabilidad sea producto de la convicción del juzgador, en una valoración en conciencia del resultado de las pruebas.

- La actividad probatoria llevada a cabo debe respetar los derechos fundamentales, entre los que cabe incluir el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.
- No deben admitirse en juicio las pruebas obtenidas ilícitamente, violando alguno de los derechos fundamentales⁸.

Pero veamos de seguidas, con más detalle, qué importantes efectos se producen en materia sancionatoria, cuando opera la presunción de inocencia.

2. Efectos

2.1. Derecho implícitamente recogido en la estructura de cualquier tipo penal o ilícito administrativo

Como derecho constitucional, reconocido universalmente e individualmente por la mayoría de las legislaciones del mundo, la presunción de inocencia es una norma implícita en la estructura de cualquier tipo penal o ilícito administrativo, con prescindencia de lo que diga la norma correspondiente o la ley dentro de la cual la misma esté inserta. Pasa de ser un principio informador que ha de tener en cuenta el juez, a convertirse en un mandato constitucional de carácter sustantivo.

Por su categoría de derecho inherente a la persona humana y de derecho constitucional extensible a las personas jurídicas, la presunción de inocencia no puede ser disminuida en sus efectos y consecuencias, ni soslayada, desconocida o condicionada en ningún caso. Ella no admite matices, aplicaciones casuísticas o derogaciones particulares en resguardo del maleable concepto del interés público o de cualquier otra razón de mérito u oportunidad, a las cuales son tan afectos los gobernantes con poca vocación democrática que cortejan animadamente con el despotismo. La presunción de inocencia es un derecho absoluto e inmutable, no susceptible de renuncia, salvo en el caso de la confesión legítimamente rendida.

⁸ LÓPEZ DÍAZ, A., El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria. *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário. A criminalização das infracções fiscais*. AFP-ILADT, Lisboa, 1998, Livro 2, p.133.

Independientemente del delito, la infracción o la falta tipificada en la ley, quien es acusado o denunciado como autor (o en razón de cualquier otro supuesto de participación en la comisión del hecho), debe presumirse inocente hasta que la prueba contraria, plena, pertinente, legal, conducente y legítima, haya sido aportada, evacuada y debidamente valorada por el juez.

Ninguna presunción, ficción o indicio puede subvertir el principio anterior sin violar frontalmente el derecho constitucional a la presunción de inocencia, con prescindencia, se insiste, de que así lo prevea la norma sancionadora correspondiente o la ley en la cual la misma esté contenida.

2.2. Derecho que afecta la distribución de la carga de la prueba

El efecto fundamental de la presunción de inocencia gravita sobre la distribución del *onus probandi*. Quien acusa prueba, pues nadie está obligado a probar su inocencia, en tanto ello supondría la exigencia de la *probatio diabolica*, totalmente rechazada por la justicia y el sentido común.

En principio, la carga de la prueba recae normalmente sobre quien alega y se redistribuye cuando la contraparte se excepciona. Por tanto, de acuerdo con las reglas comunes de distribución de la carga de la prueba, quien atribuye a otro la comisión de un delito o un hecho ilícito, debe probarlo, pero si éste se excepciona alegando su inocencia, debería, en principio, probar la excepción. Sin embargo, en este último caso, dada la exclusión de la *probatio diabolica* y en mérito de la presunción de inocencia, se redistribuye nuevamente la carga de la prueba, colocándose entonces en cabeza del acusador.

Adicionalmente, el derecho a la presunción de inocencia, que de suyo comporta la inversión automática de la carga de la prueba, es reforzado por dos principios cardinales del derecho probatorio. El primero de ellos deriva del aforismo latino *negativa non sunt probanda* y supone que el hecho negativo absoluto no debe ser probado por quien lo afirma.

Se trata de un principio general que conforma también uno de los datos esenciales para distribuir la carga de la prueba. Es importante no confundir este principio con la circunstancia de que se niegue un hecho.

Como bien señala DEVIS ECHANDÍA, la negación o afirmación puede ser simple modalidad de redacción porque es lo mismo negar la existencia de un hecho que afirmar su inexistencia; en consecuencia, no es lógico distribuir la carga de la prueba atendiendo sólo a la formulación negativa o afirmativa de los hechos. Además, tan posible es probar que existe el hecho afirmado como el contrario que está implícito en su negación. De manera que sólo las negaciones indefinidas, como no haber ejecutado nunca un hecho, son las de imposible prueba. Así, será la naturaleza del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba y en todo caso esto tampoco será determinante porque puede suceder que una de las partes esté en capacidad de probar los hechos afirmados o negados por ambas⁹.

Nuestra jurisprudencia, por ejemplo, ha relevado de prueba a quien afirma un hecho negativo como ocurre en materia tributaria cuando se alega la atenuante de no haber incurrido en infracción alguna de las leyes fiscales en los tres años anteriores¹⁰. Aquí, como luce claro, es imposible para quien invoca la eximente probar la indicada circunstancia por su evidente carácter de hecho negativo absoluto; en cambio, bien fácil es para la Administración evidenciar que sí se ha cometido alguna infracción. Nadie debe probar que no ha cometido una infracción, porque la prueba de tal cosa como hemos dicho es injusta y repugna al sentido común.

El segundo principio es el de facilidad de la prueba. En primer término y tal como señalan las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, es un imperativo del propio interés de las partes (carga) probar sus respectivas afirmaciones de hecho, de tal suerte que quien pida la ejecución de una obligación debe probarla y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación (art.506 CPC). Sin embargo, como acertadamente ha señalado el Tribunal Supremo español, tal regla puede verse matizada e incluso alterada aplicando el criterio de la facilidad, pues en ocasiones la prueba de un dato de hecho puede resultar fácil para una de las partes y difícil para la otra y ello tiene trascendencia en uno u otro sentido, para las reglas que reparten la carga de la prueba en virtud de las exigencias del principio de la buena fe en su vertiente procesal¹¹.

⁹ DEVIS ECHANDIA, H. *Compendio de Derecho Procesal*. Ed. ABC, Bogotá, 1985, T.I, pp.456-457.

¹⁰ Cf. S. CSJ/SPA, 17.12.81, RDP Nro.9, p.146 y 27.01.81, RDP Nro.5, p.144.

¹¹ Cf. S. TSE del 27.01.89.

El derecho de conseguir la prueba, dice MORELLO, “implica muchas veces que la otra parte tenga la carga de suministrarla porque le resulte más fácil, de acuerdo con reglas de la experiencia”¹². PARRA QUIJANO, por su parte, dice que “la verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue”¹³.

En el ámbito de nuestro interés, cuando la Administración Tributaria sostiene que en un caso dado se ha cometido el delito de defraudación, debe contar con los elementos probatorios que le han servido para llegar a tal conclusión. Ello así, es la Administración Tributaria y no el supuesto infractor, quien debe aportar todas las pruebas de cargo dirigidas a demostrar la comisión del hecho.

Pero destruir la presunción de inocencia no es tarea que pueda ser ejecutada de cualquier forma ni con cualquier clase de medio probatorio. En primer lugar, la prueba idónea para destruir la presunción de inocencia ha de ser:

- Legal, en el sentido de que sea admitida en derecho, bien bajo el sistema de la prueba tasada, bien bajo el sistema de la prueba libre.
- Pertinente, porque si no existe coincidencia entre los hechos litigiosos objeto de la prueba y los que se pretenden probar con los medios promovidos, hay impertinencia¹⁴.
- Conducente, por cuanto el medio escogido debe ser capaz de llevar a la convicción del juzgador el hecho que se quiere probar.
- Legítima, porque la prueba ha de ser obtenida con absoluto respeto de los derechos y garantías constitucionales.
- Plena, porque la presunción de inocencia tiene el rango de derecho fundamental y por tanto un valor superior al *ius*

¹² MORELLO, M. *La prueba. Tendencias modernas*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.13 y ss.

¹³ PARRA QUIJANO, J. “Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba”. *Revista de Derecho Probatorio*. Editorial Jurídica ALVA, Caracas, 1997, Nro.8, p.133.

¹⁴ CABRERA ROMERO, J.E. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1989, T.I., p.72.

puniendi del Estado, de tal suerte que sus efectos no pueden ser destruidos o mediatizados por pruebas insuficientes, incompletas o relativas, que no aporten un convencimiento total y concluyente al juzgador.

En segundo término, la prueba ha de ser promovida y evacuada dentro de un proceso contradictorio, imparcial y transparente, rodeado de todas las garantías para las partes y en especial para el procesado, en el cual se haya dado a éste la oportunidad para conocer con suficiente antelación, controlar y contradecir oportunamente las pruebas de cargo.

2.3. Presunción de inocencia vs. presunción de legitimidad de los actos administrativos

El acto administrativo es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración en ejercicio de la potestad administrativa¹⁵ o como establece el artículo 7 de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, una declaración de carácter general o particular (criterio material) emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley (criterio formal) por los órganos de la Administración Pública (criterio orgánico).

En una definición más amplia y omnicomprensiva, a la cual nos adherimos sin reserva, el profesor DROMI expresa que el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa¹⁶.

Los actos administrativos gozan de tres peculiares atributos, a saber, la presunción de legitimidad, la ejecutividad y la ejecutoriedad.

Cuando el acto administrativo contiene todos los requisitos necesarios para producir las consecuencias jurídicas que de su ejecución se derivan, puede considerarse que el acto es legítimo. En efecto, el acto administrativo emana de una autoridad que está sujeta en su actuar a la ley; su pronunciamiento debe realizarse con apego a una serie de procedimien-

¹⁵ DIEZ, M.M., *El Acto Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956, p.77.

¹⁶ DROMI, R., *El Procedimiento Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996, p.138.

tos y él mismo debe revestir una forma predeterminada; su emisión, finalmente, está sujeta a control, por lo que requiere, en general, la intervención de varios órganos. Todas estas circunstancias conducen a la llamada presunción de legitimidad del acto administrativo, cuya causa remota se ha ubicado en la idea de que los órganos administrativos son instrumentos desinteresados que sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro del orden jurídico¹⁷.

Así, al manifestar su voluntad concreta a través de actos administrativos, la Administración no necesita demostrar *a priori* al apego de éstos al ordenamiento jurídico para hacerlos efectivos; corresponderá entonces al particular afectado destruir la apariencia legítima del acto, sometiéndolo al control de la jurisdicción y demostrando, dentro del proceso respectivo, los vicios que le impute.

Ahora bien, el que el acto se presuma válido no significa que su contenido también lo es. El acto presumido válido despliega toda su fuerza vinculante hasta tanto tal validez no sea puesta en entredicho, pues cuando ello ocurre, precisamente se discute la vigencia de tal presunción. Así, entre la presunción de legitimidad del acto y la validez de su contenido, existe la misma diferencia que hay entre el ser y el deber ser.

En adición a lo expuesto es necesario destacar que la presunción de legitimidad de las actuaciones de la Administración no tiene la misma fuerza en el plano sancionatorio, pues ante la presunción innominada de legitimidad de los actos administrativos, ordinarios o de contenido tributario, se alza el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que obliga a la Administración en general y a la tributaria en particular, a demostrar, en los términos arriba expuestos, el delito o la infracción de que se trate.

En el ordenamiento jurídico español ya han habido pronunciamientos expresos sobre el tema; en concreto, en la sentencia ya citada de fecha 26 de abril de 1990, el Tribunal Constitucional español señaló:

“Las actas y diligencias son la documentación de las actuaciones practicadas por la inspección de los tributos en la que se hacen constar los hechos relevantes para la liquidación

¹⁷ DIEZ, M.M., ob. cit. p. 218.

tributaria que se produzcan en el procedimiento inspector, así como las manifestaciones de las personas con las que actúe la inspección, y en la que se recojan asimismo los resultados de la comprobación e investigación llevada a cabo, proponiendo la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo o retenedor o declarando correcta la misma. En consecuencia, ningún obstáculo hay para considerar a las actas y diligencias de inspección como medios probatorios (...) tampoco cabe objeción legal alguna a su calificación como documentos públicos (...)

El segundo aspecto que debemos analizar es el de la eficacia que la norma legal impugnada otorga a las actas y diligencias de la inspección de tributos y más concretamente si aquella eficacia probatoria (...) entra o no en contradicción con la presunción de inocencia, ya que ésta, como ha quedado dicho, alcanza no sólo a la culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados (...).

Ha de excluirse a limine que el artículo 145.3 de la LGT establezca una presunción legal que dispense a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados, puesto que el precepto parte justamente de la existencia de un medio probatorio válido en Derecho” (destacado y cursivas nuestras).

Por tanto, aun cuando el acto administrativo establezca la comisión de una infracción administrativa o sirva de fundamento para la iniciación de un proceso penal, la Administración no queda en modo alguno relevada de probar, pues ni la presunción de legitimidad del acto ni el valor probatorio atribuido a ciertas actuaciones administrativas tales como las actas fiscales, tienen el poder de destruir la presunción de inocencia, que, reiteramos a riesgo de ser redundantes, es un derecho fundamental.

II. LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Desde que existe la obligación de pagar impuestos, existen maniobras y artilugios de toda índole para sustraerse de dicha obligación. Es consustancial a la naturaleza humana el rechazo al pago de los tributos. Aun cuando en las comunidades modernas los ciudadanos están más conscientes de su responsabilidad social y de su deber de contribuir con el sostenimiento de las cargas públicas, el tributo sigue siendo un invitado indeseable, un mal necesario que precisamente por ser concebido como tal, debe ser impuesto, o sea, forzosamente exigido.

Este comprensible rechazo que supone entregar a otro una parte de nuestra riqueza, explica la existencia y la tendencia generalizada hacia el uso de toda clase de acomodos, algunos legítimos y otros no, destinados a minimizar el impacto fiscal en nuestra vida económica. Nadie está obligado a organizar sus negocios de la forma que pague más impuestos y, correlativamente, todos han de tener el derecho de estructurar sus asuntos de tal manera que el pago de los tributos no suponga la expropiación del patrimonio ni la frustración de las legítimas expectativas de superación económica.

De allí que sea una libertad consustancial a la vida dentro de un Estado de Derecho, poder planificar los propios negocios de suerte que se obtengan ahorros fiscales, siempre que ello se haga, claro está, a través de los caminos que el propio ordenamiento jurídico ofrece. Los problemas comienzan cuando esta legítima aspiración de no pagar más tributos de los estrictamente necesarios, se convierte en un desenfrenado deseo de evitar la aplicación de la ley tributaria mediante cualquier clase de ardid o artilugio, frontalmente reñido con la ley o aparentemente apegado a ésta.

Es en este comportamiento social viciado donde se origina el fenómeno de la evasión tributaria. No cabe la menor duda que la evasión fiscal, como cualquier otra conducta disvaliosa que tiene su origen en el engaño y en la intención de causar un daño a otro para obtener un beneficio propio o para un tercero, es totalmente reprochable y debe ser castigada. Nadie discute la imperiosa necesidad de acometer esta loable tarea con toda la urgencia del caso.

Ahora bien, si la lucha contra la evasión no es un tema que pueda ofrecer discusión alguna, en tanto existe concierto –salvo en los evasores–

sobre la necesidad de castigar duramente este delito, no puede predicarse lo mismo con respecto a la determinación de lo que conceptualmente es la evasión fiscal, por una parte, y, por la otra, sobre los mecanismos admisibles para combatirla dentro de un Estado de derecho en el cual se respeten a plenitud los derechos y garantías de *todos* los ciudadanos, incluso de aquellos que han delinquido o se está en el proceso de determinar si lo han hecho. Precisar qué es la evasión y cómo puede probarse en un Estado de Derecho, es el propósito de las líneas que siguen.

1. Concepto y presupuestos de procedencia

En el más amplio sentido, la evasión fiscal supone cualquier acción u omisión tendiente a evitar, reducir o retardar el cumplimiento de la obligación tributaria, sin importar la legalidad o ilegalidad del medio usado a tal fin. Este concepto, excesivamente laxo, contiene dentro de sí situaciones muy diversas, unas reñidas con la ley y otras perfectamente legítimas y, por tanto, no susceptibles de ser sancionadas.

En puridad de conceptos, la evasión se produce cuando a través de cualquier medio se engaña o induce a error al ente exactor, a los fines de evitar fraudulentamente el cumplimiento de la obligación tributaria, cuando ésta ya ha nacido como consecuencia de la materialización del hecho imponible, todo con el propósito deliberado de obtener un beneficio económico ilegítimo, para sí o para un tercero, a expensas o en detrimento de los derechos del Fisco.

1.1. El dolo

Como puede advertirse, la evasión exige, en primer lugar, una conducta *intencional* del sujeto infractor, encaminada a distorsionar u ocultar la existencia del hecho imponible. Al remarcar la intencionalidad del tipo, queremos poner de bulto que no hay evasión sin dolo, es decir, sin intención de causar un daño, de suerte que si la obligación tributaria ya nacida, no es satisfecha por el sujeto pasivo o el responsable, según el caso, por simple infracción culpable de la ley (producto de la negligencia, la impericia o la imprudencia), se habrá producido una contravención, esto es, la disminución ilegítima del ingreso tributario; pero en ningún caso la defraudación.

Naturalmente, como en cualquier otro caso, además de aportar los elementos probatorios que comprueben la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la evasión, la Administración Tributaria está obligada a demostrar, especialmente, la intención del infractor, pues ésta no se presume.

1.2. Simulación, maniobras o engaño

El evasor no es un simple infractor de la ley que actúa con negligencia, imprudencia o impericia o que simplemente incumple por ignorancia. Se trata en cambio de un infractor sofisticado, que conoce la ley perfectamente y que ha logrado descubrir cómo violarla aparentando cumplirla; un infractor que aplica conocimientos científicos o técnicos, ya sean propios o de un tercero que colabora con él, para urdir un complejo plan que le permitirá sustraerse del cumplimiento de la obligación tributaria. De allí las tremendas dificultades que derivan de la persecución de este delito.

La violación de la ley materializada a través de la evasión, no es la violación tosca y fácilmente constatable del simple contraventor; es, por el contrario, mucho más sutil y elaborada. Por esa razón el hecho típico exige la presencia de la simulación, la maniobra o cualquier otra forma de engaño a través de la cual se distorsione u oculte la realidad de los hechos. La distorsión ocurre cuando el sujeto crea una situación artificial que modifica parcialmente la realidad. La ocultación se produce cuando el sujeto infractor sustituye totalmente la realidad de lo ocurrido por una representación falsa, es decir, simulada, de manera que la existencia del hecho imponible resulta encubierta. En este último caso, un negocio simulado sustituye el negocio que encuadra en el supuesto hipotético de la norma tributaria.

1.3. Incumplimiento de la obligación tributaria

En tercer lugar, para que se produzca el hecho típico, es preciso que la obligación tributaria haya nacido, es decir, que haya ocurrido el hecho generador. Si no hay obligación tributaria, no puede haber evasión. Este elemento es de capital importancia para diferenciar la evasión tributaria y el fraude a la ley tributaria, pues en el primer caso, nace la obligación tributaria pero el sujeto infractor evita fraudulentamente su cumplimiento, mientras que en el segundo, opera también el fraude, pero a los fines de que no se produzca el hecho generador.

1.4. Beneficio económico para el infractor o un tercero y daño patrimonial al Fisco

En cuarto lugar, la evasión tributaria requiere para perfeccionarse la causación de dos efectos de contenido económico. De un lado, el infractor debe perseguir un beneficio económicamente cuantificable para sí o para un tercero. No hay evasión si el beneficio es meramente probable, futuro e incierto, ni tampoco cuando éste no es económicamente evaluable. En principio, este beneficio se materializa al obtener el ahorro ilegítimo que comporta la insatisfacción de la obligación tributaria y ello se traduce, normalmente, en el no desembolso del importe dinerario que supone el pago del tributo. Sin embargo, el beneficio económico para el infractor o para el tercero, puede derivar también e indistintamente del aprovechamiento indebido de una deducción, un desgravamen, una exención, una exoneración o cualquier otro beneficio fiscal.

Por otra parte, el beneficio ilegítimo obtenido por el infractor, ha de tener como contrapartida el correlativo perjuicio patrimonial para el ente exactor. Algunas legislaciones excluyen la existencia de la evasión cuando no hay beneficio económico alguno para el infractor ni, por la misma razón, perjuicio alguno para el Fisco. Incluso algunas legislaciones, como el nuevo Código Orgánico Tributario de 2001, fijan una cantidad a partir de la cual se considera que el daño patrimonial se ha producido, lo que pone de bulto la importancia de este elemento en la configuración del hecho típico.

2. La defraudación tributaria en el COT de 2001

De acuerdo con el artículo 116 del Código Orgánico Tributario de 2001, la defraudación tributaria (hecho típico que nosotros asimilamos a la evasión tributaria), es un delito que se produce cuando mediante simulación, ocultación, maniobra o cualquiera otra forma de engaño, se induce en error a la Administración Tributaria, obteniéndose para sí o para un tercero un enriquecimiento indebido superior a dos mil unidades tributarias (2.000 UT), a expensas del sujeto activo a la percepción del tributo.

La regulación del COT sigue de cerca, como puede advertirse, los contornos fundamentales que la doctrina mayoritaria ofrece con respecto a la evasión. Se trata de un delito de acción, doloso, que se materializa mediante simulación, engaño o maniobra orientada a inducir al error al sujeto

activo de la obligación tributaria, con el fin último de obtener un beneficio económico indebido a expensas del Fisco, que debe ser superior a dos mil unidades tributarias (2.000 UT) para que el hecho típico se configure adecuadamente.

No hay diferencias sustanciales entre la nueva regulación y la del Código Orgánico Tributario de 1994, salvo por lo que respecta al establecimiento de una base cuantitativa para que se materialice el hecho típico, que como acabamos de señalar, es de dos mil unidades tributarias (2.000 UT).

Donde sí aparece una diferencia muy importante, es en el tema de la sanción aplicable, pues se pasa de la sanción pecuniaria a la pena privativa de la libertad. En efecto, en el COT de 1994, la evasión era castigada con multa de dos hasta cinco veces el monto del tributo omitido, sin perjuicio de las sanciones previstas en el Código Penal. Se prevenían además las penas accesorias de comiso de las mercancías u objetos, y de los vehículos y demás elementos utilizados para la comisión de la infracción y la clausura del establecimiento donde se hubiere cometido la infracción, por un máximo de seis (6) meses, cuando dicho establecimiento fuere elemento esencial para la comisión de la infracción.

Ahora la defraudación será penada con prisión de seis (6) meses a siete (7) años. Esta sanción será aumentada de la mitad a dos terceras partes, cuando la defraudación se ejecute mediante la ocultación de inversiones realizadas o mantenidas en jurisdicciones de baja imposición fiscal. Cuando la defraudación se ejecute mediante la obtención indebida de devoluciones o reintegros por una cantidad superior a cien unidades tributarias (100 U.T), será penada con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. A la pena privativa de la libertad se agregan las multas correspondientes a la comisión de ilícitos materiales e ilícitos formales, que fueren aplicables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81, segundo aparte, del COT. Por otra parte, la pena restrictiva de la libertad, una vez impuesta, no prescribe, *ex* artículo 58 *ejusdem*.

La gravedad de las sanciones que podrían ser impuestas por la comisión de este delito, ponen de manifiesto la importancia que tiene la correcta delimitación del hecho típico y la necesidad, insoslayable, de que en cada caso concreto la acusación se base en pruebas de cargo sólidas e incontestables, que creen plena convicción en el juez.

3. Diferencias entre la evasión, el fraude, la elusión y la economía de opción

La comprensión de los perfiles fundamentales de la evasión tributaria, requiere diferenciar esta conducta disvaliosa de otras con las cuales suele confundírsele con frecuencia. La distinción es vital porque algunas de estas conductas ni siquiera son ilícitas y, por ende, no pueden ser objeto de sanción alguna.

3.1. Evasión fiscal y elusión

Evasión y elusión fiscal son dos conceptos frecuentemente confundidos y usados como sinónimos, aun cuando desde hace mucho tiempo la doctrina se ha encargado de deslindarlos cuidadosamente. En ambas figuras predomina el deseo del sujeto pasivo de la norma tributaria, de escapar a sus consecuencias para obtener un ahorro fiscal. Pero mientras en la evasión el escape se produce mediante maniobras fraudulentas cuando ya el hecho imponible ha ocurrido, en la elusión lo que se busca es, justamente, que el hecho generador no se produzca. Adicionalmente, en la elusión no hay intención dañosa, ni maniobras o engaño para inducir en error a la Administración Tributaria. Desde este punto de vista la diferencia entre evasión y elusión es, sin la menor duda, lo suficientemente importante como para que ambos conceptos no puedan ser tratados como equivalentes.

Según HERMES MARCELO HUCK "...para huir del alcance de la norma y del tributo que ella impone, el contribuyente puede escoger entre dos caminos alternativos: o se desvía del campo de la tributación, huyendo del alcance la norma tributaria, o, ya sujeto a su incidencia, hace uso de medios ilícitos para impedir, reducir o retardar la recaudación del impuesto debido a través de la deformación del hecho imponible o por la reducción de la base de cálculo del tributo"¹⁸.

Si la elusión es lícita o ilícita, depende del derecho positivo de cada país, pues lo que sí es absolutamente indiscutible es que si la escogencia de formas jurídicas legítimas con el propósito de evitar la ocurrencia del hecho imponible, no está tipificada como delito o infracción tributaria, aún cuando

¹⁸ HUCK, H.M. *Evasão e Elisão. Rotas nacionais e internacionais de planejamento tributário*. Editora Saravia, São Paulo, 1997, p. 34.

tales formas jurídicas sean manifiestamente inadecuadas, no es posible sancionar la elusión tributaria.

En algunas legislaciones el combate de la elusión tributaria se ha llevado a cabo a través del llamado método de la interpretación económica de la ley tributaria. En este sentido, la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1999, estableció que el Código Orgánico Tributario debía ser modificado para consagrar “1. La interpretación estricta de las leyes y normas tributarias, atendiendo al fin de las mismas y a su significación económica, con el objeto de eliminar ambigüedades”. Este mandato fue recogido en el Código Orgánico Tributario de 2001, en cuyo artículo 16 se dispone que: “(...omissis) Al calificar los actos o situaciones que configuren los hechos impositivos, la Administración Tributaria, conforme al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en este Código, podrá desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando éstos sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias”.

El punto es que no existe tal método de interpretación económica de las leyes. Las leyes se interpretan bajo los métodos admitidos en derecho, a saber, gramatical o exegético; lógico subjetivo o teleológico; histórico; y, objetivo o de la *ratio legis*, y la aplicación de cualesquiera de estos métodos es lo procedente en el Derecho Tributario y puede conducir a resultados restrictivos o extensivos de los supuestos previstos en la norma, tal como lo postula el artículo 5 del propio COT de 2001, siempre que no haya violación o relajamiento del contenido nuclear de la disposición interpretada.

En cuanto a la interpretación de las leyes tributarias según su significación económica, no podemos extendernos por ahora en este punto porque escapa del propósito de nuestra investigación, pero sí podemos decir que esta “metodología”, promocionada en los albores del siglo pasado en Alemania bajo el influjo de la obra de ENNO BECKER, choca frontalmente contra el principio de la reserva legal tributaria, por cuya virtud las Administraciones Tributarias sólo pueden determinar las obligaciones tributarias nacidas con ocasión de la ocurrencia de los hechos impositivos definidos, única y exclusivamente, en la ley. La “metodología” de la interpretación

económica de la ley tributaria, otorga a la Administración lo que se ha denominado como el “poder calificador”, es decir, la facultad de desconocer lo que las formas jurídicas usadas por el contribuyente revelan, para urgir la verdadera operación económica encubierta por esas formas jurídicas, las cuales se presumen usadas con propósitos evasivos.

Las doctrinas del derecho tributario que propugnan el uso del poder calificador de la Administración Tributaria, introducen una nueva regla de interpretación de la ley a través de la cual se obvia o desconoce el ropaje jurídico de una operación para escudriñar su verdadera sustancia económica. Se dice que hay que ir más allá del hecho imponible y atender no al hecho jurídico que aparece tipificado por el legislador, sino más bien al hecho jurídico que realmente se configura mediante el resultado económico que es una realidad anterior a la norma y que ha sido recogida por la ley fiscal.

Es bueno reconocer de entrada, que una parte nada despreciable del universo de contribuyentes, en nuestro país y en otras latitudes, es proclive al uso y también al abuso de ciertas formas jurídicas que persiguen alcanzar el máximo ahorro fiscal posible, lo cual no es criticable, a menos que el ahorro se transforme en una disminución ilícita de los ingresos fiscales (contravención) o en una defraudación. De antaño se sabe que el Fisco es un socio obligado de todo empresario, que, en principio, no aporta nada a la empresa pero que recoge muchas utilidades, por lo que su antipatía es generalizada. Por esa razón, muchos intentan que la participación de este socio improductivo se reduzca en la mayor medida posible, sin quebrantar las leyes.

Sin embargo, lo que en ocasiones comienza como una legítima estrategia de *economía de opción*, corre el riesgo de convertirse, casi en forma imperceptible, en contravención o en maniobra fraudulenta que conspira contra el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Este tipo de conductas, más frecuentes de lo deseado, provocan una reacción desproporcionada por parte de las autoridades fiscales, quienes ven en todo negocio complejo, en toda operación en la que intervienen varias compañías del mismo grupo, en una simple fusión de sociedades, en la constitución de una empresa *off shore*, un claro intento de evasión que debe ser perseguido. En ocasiones el resultado será positivo pues efectivamente se habrá desmantelado una estructura artificial, creada con el único

propósito de defraudar; pero en otros casos, muy frecuentes también, se estarán cuestionando operaciones totalmente legítimas en la que si bien se busca la reducción de la carga fiscal, no hay infracción.

El peligro de esta metodología es que conduce a que la Administración Tributaria sustituya el concepto legal del hecho imponible por el concepto económico del objeto del tributo. La Administración Tributaria queda entonces facultada para moldear las normas hasta que éstas encajen en el caso concreto, no importa cuantas contorsiones interpretativas deba sufrir la disposición correspondiente. En Venezuela nunca había prosperado esta tendencia y la jurisprudencia ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su inconveniencia¹⁹.

Sin embargo, una decisión de la extinta Corte Suprema de Justicia, abrió definitivamente la puerta a esta metodología de interpretación aceptando en materia tributaria la preeminencia de la sustancia económica sobre la forma jurídica. En su decisión la Corte Suprema de Justicia dijo que cuando el contribuyente realiza operaciones abusando de la forma jurídica con el propósito de eludir o atenuar el efecto normal de la ley tributaria, en detrimento de los derechos del fisco, el juzgador debe apartarse de la forma de los negocios para atribuirles su verdadero significado y alcance a través de la realidad de los hechos, porque un tributo como el impuesto sobre la renta debe gravar la verdadera y no la aparente capacidad económica del sujeto pasivo²⁰.

No hay duda de que la Corte fue muy vanguardista en la aplicación de la teoría de la preeminencia de la sustancia económica, sobre la forma jurídica; pero, lamentablemente, esta actitud valiente y renovadora en el ámbito de la defensa de los intereses del Fisco, no ha tenido correspondencia alguna, en el campo de los derechos y garantías de los contribuyentes. De todos es conocido que la Corte vino ratificando desde 1993, que en materia de impuesto sobre la renta el rechazo de costos y gastos por falta de retención del impuesto o por enteramiento tardío del mismo, es procedente; se ha dicho que esta no es una norma sancionatoria sino un simple requisito para la deducción del gasto. Pero si se examina esta tesis a la luz de la interpretación económica de la ley tributaria, se arriba de inmediato a

¹⁹ Cf. CSJ/SPA, 05.12.85, caso Loffland Brothers de Venezuela.

²⁰ Cf. S. CSJ/SPA/ET, 3.2.99, caso Hidrocarburos y Derivados, C.A., HIDECA.

la conclusión de que la Corte no fue congruente porque un gasto efectivamente realizado, que por mandato de la ley debe ser restado de la renta bruta para obtener el enriquecimiento neto, es rechazado por el incumplimiento de una formalidad externa. Es decir, aunque la interpretación económica de la operación tiene que llevarnos a establecer que se ha producido un gasto, la forma nos obliga a negar su existencia.

En definitiva, el problema de la llamada interpretación económica de la ley tributaria y de las facultades que la misma otorga a la Administración Tributaria, es que el funcionario de turno sólo tendrá que afirmar que estamos ante *determinada realidad económica subyacente* y con ello justificará, al margen de la forma jurídica, el gravamen de una operación que no es como parece ser sino como el funcionario cree que es. En este caso y comoquiera que las actuaciones de la Administración Tributaria disfrutan de una presunción de certeza que –salvo en materia sancionatoria– corresponde destruir al contribuyente, es muy probable que el criterio aplicado por el funcionario y la realidad creada por él, sean los que a la postre se impongan, aunque en definitiva se haya traicionado la recta aplicación de la ley.

Lo cierto es que la interpretación económica de la ley tributaria en franco desconocimiento de las formas jurídicas lícitamente escogidas por el contribuyente para ejecutar sus negocios, puede conducir a una hipertrofia de los supuestos previstos en las leyes fiscales como generadores de la obligación de pagar tributos.

Nuestra jurisprudencia había sostenido desde hace tiempo que las leyes impositivas son leyes como cualquier otra y deben ser interpretadas como tales, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 4 del Código Civil, no existiendo un método de interpretación especial para las mismas²¹, lo cual confirma el propio artículo 6 del COT de 2001, al establecer que las leyes tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho y, dentro de esos métodos, no está el de la interpretación económica.

Ahora, con esta forma de entender las leyes fiscales, la obligación de pagar un tributo no derivará ya del presupuesto previsto única y exclusi-

²¹ Cf. S. CSJ/SPA, 05.12.85, caso Loffland Brothers de Venezuela.

vamente en la ley, conforme al principio de la reserva legal tributaria, sino de las habilidades detectivescas de los funcionarios de la Administración Tributaria para exhumar supuestas realidades económicas que han sido habilidosamente sepultadas por el contribuyente bajo el parapeto de las formas jurídicas. En nuestro ordenamiento jurídico el principio general es que los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, principio que llevado al derecho tributario puede expresarse en el sentido de que nadie tiene la obligación de elegir el camino más gravoso para sus intereses; antes por el contrario, el ahorro fiscal es un mecanismo perfectamente lícito y éticamente irreprochable, pues nadie está obligado a administrar su fortuna y rentas de tal manera que proporcione al Fisco el máximo de ingresos.

Organizar los negocios de la forma más eficiente posible para reducir al máximo la carga tributaria, es una conducta perfectamente lícita. La verdad es que el sustrato económico de la operación no genera por sí mismo ninguna consecuencia fiscal. No es el trasfondo económico, sino la ley y el derecho el fundamento próximo del tributo. Es verdad que la ley, de acuerdo con el principio de la capacidad contributiva, debe crear el gravamen teniendo en cuenta las circunstancias económicas, pero no bastan los hechos y sus efectos económicos para legitimar la exigencia del impuesto. Compartimos la opinión de quienes piensan que los intérpretes del derecho no tienen ninguna autoridad para erigirse en legisladores y exigir un gravamen allí donde la ley no lo ha establecido, por muy justificado que pueda considerarse a la luz de las circunstancias económicas concurrentes.

Es este punto resulta oportuno traer a colación las conclusiones del profesor OSWALDO ANZOLA, expuestas en un magnífico trabajo que aparece publicado en el Libro Homenaje al Dr. JOSÉ ANDRÉS OCTAVIO. El profesor ANZOLA dice que: a.- El legislador puede escoger como hecho imponible la forma jurídica, por ejemplo el uso del papel sellado y si lo hace, al intérprete de la ley no le quedará otra cosa distinta que acoger la forma a los fines impositivos, independientemente de lo que contenga el documento. b.- Por el contrario, si en un caso dado el legislador ha escogido como hecho imponible un hecho de naturaleza económica que no ha sido definido en el texto legal, el intérprete está obligado a recurrir a la ciencia económica para descubrir el significado de ese hecho a los fines de poder aplicar el tributo. Pero conviene decir que esta es una situación que ocurre en cualquier caso, siempre que el legislador hace uso de conceptos que no son jurídicos

y cuyo correcto significado ha de buscarse en otras disciplinas del saber. c.- Finalmente, dice el profesor ANZOLA que cuando se atacan las formas jurídicas adoptadas por el contribuyente mediante el uso del llamado método de interpretación económica, lo que se hace es calificar los hechos ocurridos en la práctica de manera que ellos correspondan a lo querido por las partes, labor que tampoco es propia del derecho tributario, sino que ocurre constantemente en otras ramas jurídicas, como por ejemplo en el derecho laboral en el cual el juez puede desconocer la existencia de una prestación de servicios independiente entre dos personas jurídicas regida por el derecho mercantil, que encubre en el fondo una relación de subordinación regida por el derecho laboral ²².

Queda claro entonces que la llamada interpretación económica de la ley tributaria destinada a combatir la elusión tributaria, no habilita a la Administración Tributaria para crear un hecho imponible distinto al previsto en la ley, ni para torcer los negocios de los particulares en forma tal que cuadren en el presupuesto de la norma impositiva.

3.2. Evasión fiscal y fraude a la ley tributaria

La evasión fiscal no ha de confundirse con el fraude a la ley tributaria. Este último es una especie del fraude a la ley, y se produce cuando se obtiene un ahorro fiscal utilizando para ello la cobertura de una norma legislativa, pero con un fin distinto para el cual la misma fue especialmente creada. Expresa PALAO TABOADA que el fraude a la ley tributaria supone "...la consecución de un resultado económico por medios jurídicos distintos a los normales, medios jurídicos que natural y primariamente tienden al logro de fines diversos y que no están gravados o lo están en medida más reducida que aquellos medios normales o usuales"²³.

En la configuración del fraude a la ley tributaria existen dos normas jurídicas: De un lado, la norma de cobertura que el sujeto utiliza modulando artificiosamente sus negocios para encuadrarlos en el supuesto de hecho de la misma, con el objeto de aprovechar el menor impacto fiscal que ésta

²² ANZOLA, O., La ley tributaria: Su interpretación y los medios legales e ilegales para evitar o reducir sus efectos. *Libro Homenaje a José Andrés Octavio*. AVDT, Caracas, 1999, pp. 25 y 26.

²³ PALAO TABOADA, C., El fraude a la ley en el Derecho Tributario. *RDFHP*, 1966, N° 66.

ofrece; de otra parte, la norma defraudada, que es la normalmente aplicable en el caso concreto, pero de la cual se ha excluido el sujeto al manipular de manera anormal sus actividades, todo con el propósito de evitar el impacto fiscal que ordinariamente deberían soportar las mismas.

En este sentido también es clásica la definición de PÉREZ ROYO “...el fraude de ley presupone la existencia de una norma, cuya aplicación se trata de eludir, la norma defraudada, mediante la modulación artificiosa del comportamiento, a través del abuso de las normas jurídicas, que da lugar a la aplicación de otra norma diferente más beneficiosa...”²⁴.

La diferencia capital entre el fraude a la ley tributaria y la evasión fiscal, es que en el primero no hay discordancia entre el negocio ejecutado y la realidad; no hay pues, simulación, engaño o maniobra para inducir a error a la Administración Tributaria, sino simplemente el uso de una norma más beneficiosa fiscalmente que no es la normalmente aplicable al caso concreto.

3.3. Evasión fiscal y economía de opción

Podríamos comenzar por señalar, de una vez, que estas figuras se diferencian, simple y llanamente, porque una es un delito y la otra no. En la economía de opción al igual que la defraudación tributaria, el resultado final es un ahorro fiscal; pero lo cierto es que hasta aquí llegan las semejanzas con la evasión tributaria, puesto que dicho ahorro es totalmente legítimo porque no hay simulación, engaño o maniobra para inducir a error a la Administración Tributaria. Antes por el contrario, el negocio realizado es legítimo, transparente, abierto y coincide con el propósito real de quienes intervienen en él. Pero además, no hay fraude a la ley tributaria, pues el sujeto se ampara en una norma perfectamente aplicable al caso concreto y que constituye una *opción legítima* ofrecida por el propio ordenamiento jurídico. Por tanto, ni hay deformaciones atípicas del negocio jurídico, ni se viola el espíritu de la ley tributaria. La economía de opción se resume en el principio universal de que nadie tiene que organizar sus negocios de la forma que pague más impuestos.

²⁴ PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario*. Parte General, Civitas, Madrid, Sexta Edición, pp. 277 y ss.

Tampoco puede confundirse la economía de opción con el fraude fiscal, según se advierte en el clásico estudio de LARRAZ: “Importa mucho no confundir el *fraus legis fisci* con otra figura peculiar del Derecho Tributario, la cual, en defecto de denominación ya acuñada, llamaré ‘economía de opción’. La economía de opción tiene de común con el *fraus legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad. De ningún modo se da simulación. También coinciden en no contrariar la letra legal y en procurar un ahorro tributario. Pero, fuera de estos trazos comunes, fraude de la ley y economía de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley, en tanto que sí atenta el *fraus legis*. La opción se ofrece, a veces, explícitamente por la propia ley”²⁵.

III. LOS INDICIOS DE DEFRAUDACIÓN EN EL COT DE 2001 Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La defraudación tributaria supone, en muchos casos, elaboradas maniobras, complejos artificios, negocios simulados, inescrutables estructuras legales, entre otras cosas. Por tanto, reconstruir el trayecto recorrido por el infractor para sustraerse de la ley y precisar que su conducta es deliberada, resulta sin duda una tarea de considerables dimensiones. Para aliviar esta difícil labor el Código Orgánico Tributario de 2001, establece en su artículo 117, quince supuestos a los cuales califica como *indicios* de defraudación:

1. Declarar cifras o datos falsos u omitir deliberadamente circunstancias que influyan en la determinación de la obligación tributaria.
2. No emitir facturas u otros documentos obligatorios.
3. Emitir o aceptar facturas o documentos cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real.
4. Ocultar mercancías o efectos gravados o productores de rentas.
5. Utilizar dos o más números de inscripción o presentar certificado de inscripción o identificación del contribuyente falsos o adulterados en cualquier actuación que se realice ante la Ad-

²⁵ LARRAZ, J., *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

- ministración Tributaria o en los casos en que se exija hacerlo.
6. Llevar dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos.
 7. Contradicción evidente entre las constancias de los libros o documentos y los datos consignados en las declaraciones tributarias.
 8. No llevar o exhibir libros, documentos o antecedentes contables, en los casos en que los exija la Ley.
 9. Aportar informaciones falsas sobre las actividades o negocios.
 10. Omitir dolosamente la declaración de hechos previstos en la ley como imponibles o no se proporcione la documentación correspondiente.
 11. Producir, falsificar, expender, utilizar o poseer especies gravadas cuando no se hubiere cumplido con los registros o inscripción que las leyes especiales establecen.
 12. Ejercer clandestinamente la industria del alcohol o de las especies alcohólicas.
 13. Emplear mercancías, productos o bienes objeto de beneficios fiscales, para fines distintos de los que correspondan.
 14. Elaborar o comercializar clandestinamente con especies gravadas, considerándose comprendidas en esta norma la evasión o burla de los controles fiscales, la utilización indebida de sellos, timbres, precintos y demás medios de control, o su destrucción o adulteración; la alteración de las características de las especies, su ocultación, cambio de destino o falsa indicación de procedencia.
 15. Omitir la presentación de la declaración informativa de las inversiones realizadas o mantenidas en jurisdicciones de baja imposición fiscal.

Ahora bien, ya hemos visto como tanto en materia penal ordinaria, como en el ámbito administrativo sancionatorio rige el derecho constitucional a la presunción de inocencia. También hemos visto que la defraudación tributaria, calificable como uno de los delitos tributarios más graves, requiere la intención dañosa del agente, la cual en ningún caso puede presumirse sino que, por el contrario, ha de ser plenamente probada por quien acusa. Por tanto, nos corresponde determinar de seguidas si los indicios de defraudación regulados en el COT de 2001, pueden convivir con el derecho cons-

tucional a la presunción de inocencia y, de ser así, cuál es su importancia y significación a los fines de probar la defraudación. Para acometer esta difícil tarea, comenzaremos por analizar brevemente los indicios en la dogmática general de la probática jurídica.

1. Consideraciones generales sobre los indicios

1.1. Concepto

El indicio es un hecho conocido y probado (una realidad constatable del mundo exterior) del cual se deduce la existencia de un hecho desconocido que quiere ser probado, a partir de la conexión lógica, directa e inequívoca que existe entre ambos hechos, establecida a través de las máximas o reglas de experiencia que aplica el juzgador al caso concreto. La etimología misma de la palabra indicio sugiere gráficamente su significado: de *inde dico*, “de allí digo”.

En la estructura del indicio hay un hecho indicador, es decir, un hecho probado que revela una realidad indiscutible (*V. gr.* fulano de tal tiene dos juegos de contabilidad). Luego, hay un hecho no conocido, cuya existencia se induce o, según el caso, se deduce a raíz del hecho indicador, en mérito de reglas o máximas de experiencia (*V. gr.* Si una persona lleva dos libros de contabilidad, al menos uno no refleja la realidad) que permiten establecer una conexión entre ambos (*V. gr.* Si fulano de tal lleva dos juegos de contabilidad es probable que haya cometido defraudación).

No cabe la menor duda de la importancia del indicio como medio de prueba, pues es el único mecanismo posible para reconstruir los hechos cuando hay ausencia total de pruebas históricas de los mismos o cuando la demostración empírica no es posible. Su importancia es superlativa, por ejemplo, cuando es preciso demostrar que en la ocurrencia de determinados hechos ha mediado la intención dañosa de un sujeto²⁶. No obstante lo expuesto y a pesar de sus incuestionables bondades, la prueba de indicios es una prueba compleja e indirecta, que aporta un conocimiento oblicuo de la realidad a través de la valoración subjetiva del juez. Por ello, además de

²⁶ Dice la doctrina más autorizada que “...un caso paradigmático de prueba indirecta es la de los hechos psicológicos, pues ni las motivaciones ni las intenciones pueden ser observadas o deducidas”. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 102.

su cuidadoso y ponderado empleo, nunca ha de privilegiársele sobre las pruebas directas.

1.2. Naturaleza jurídica

Para una buena parte de la doctrina, los indicios son una prueba incompleta o de segunda categoría. Simples hechos a partir de los cuales, habida cuenta de su concordancia y gravedad, se configura una sospecha, una probabilidad, pero no una prueba, de manera que a partir de ellos no es posible llegar al convencimiento del juez. Esa es la razón por la cual existe una tendencia generalizada a despreciar el valor de los indicios y a concebirlos como hechos que apoyan una conclusión determinada, pero que en ningún caso podrían ser su único fundamento.

Sin embargo, para otro sector muy importante de la doctrina y también para muchas de las legislaciones adjetivas del mundo occidental, incluyendo la de Venezuela, los indicios son un medio de prueba, *pero sólo* cuando se cumplen todos los requisitos para la eficacia probatoria de los mismos y cuando éstos son valorados de acuerdo con ciertas reglas comunes.

En defensa de esta conclusión, autores tan importantes como CARNELUTTI y DEVIS ECHANDÍA, se preguntan ¿Cómo es posible negar que el indicio es un hecho del cual el juez extrae el conocimiento, o sea la prueba? Para ambos autores, tanto en el indicio como en la prueba histórica, el juez debe realizar operaciones deductivas, pues, según CARNELUTTI, "...siempre que el juez no perciba por sí el hecho a probar no puede adquirir su conocimiento más que mediante una deducción...", de manera que la estructura de la prueba es idéntica tanto si se argumenta con un testimonio o con un indicio²⁷.

Asumiendo entonces que los indicios son medios de prueba, cabe agregar que se trata de una prueba crítica o lógica y, naturalmente, indirecta. En la prueba indiciaria el juez no percibe el hecho indicado, sino el hecho indicador, de allí el carácter oblicuo, mediato e indirecto de la labor historificadora. Entre ambos hechos y usando las máximas de experiencia, el juez

²⁷ Citado por DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general de la prueba judicial*. Víctor de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1981, T. II, p.604.

traza una conexión lógica, una relación de causalidad entre ambos hechos, pudiendo entonces deducir la existencia del hecho indicado a partir del hecho indicador. Es importante advertir que el hecho indicador *no representa* el hecho indicado, sólo permite deducir su existencia con arreglo a las máximas de experiencia aplicadas por el juez.

En este punto conviene señalar que no ha de confundirse el indicio con la presunción *hominis* o judicial, por la naturaleza inductiva o deductiva, según el caso, del argumento que con respecto a ambos se aplica, ni al principio, de identidad o de causalidad, que debe usarse para construir el argumento probatorio en ambos supuestos. El indicio es un hecho material al cual se aplican máximas de experiencia a los fines de establecer la ocurrencia de un hecho desconocido. La presunción judicial es la consecuencia de aplicar las máximas de experiencia a un hecho conocido para deducir otro desconocido. El indicio es prueba, la presunción judicial no, es un procedimiento lógico destinado a conformar el argumento probatorio.

Como explica la doctrina, las presunciones *hominis* o presunciones simples "...son un conjunto de razonamientos o argumentaciones mediante las cuales, a partir de hechos conocidos, se concluye afirmando otros desconocidos. Se fundan por tanto sobre pruebas (es decir sobre hechos ya acreditados) (...) Lo que esta caracterización de las presunciones simples pone de manifiesto es que no son un medio de prueba *sensu estricto*, sino más bien un procedimiento de prueba consistente en inferir, a partir de un hecho probado (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido"²⁸.

No confundir ambos conceptos es de vital importancia, porque, por una parte, los indicios, *per se*, no autorizan a presumir nada, a partir de ellos se infiere o deduce la ocurrencia de un hecho, el cual resulta de esta forma probado; por la otra, las presunciones judiciales no prueban nada, ellas se construyen sobre hechos probados.

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Macial Pons, Madrid 1999, pp.151-152. En este mismo sentido dice DEVIS ECHANDÍA que si la presunción es el resultado de la operación lógica del juez y se forma con las reglas generales de la experiencia, no puede ser una prueba, no es aceptable confundirla con los indicios, que son hechos y que tienen indudablemente el carácter de prueba...» Cfr. DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., T. II, p. 610.

1.3. Presupuestos

La prueba indiciaria requiere la concurrencia de varios presupuestos para ser válida. Dichos presupuestos funcionan como elementos estructurales de la prueba de indicios y son susceptibles de ser controlados y contradichos por las partes dentro del proceso.

i) Plena prueba del hecho indicador

El presupuesto más importante para que se materialice la prueba de indicios, es la plena prueba del hecho indicador. Si hemos dicho que a partir de un hecho conocido el juez es capaz de deducir o inducir, según el caso, la existencia de un hecho desconocido, es fácil comprender que el hecho base (hecho conocido o indicador) debe ser demostrado en forma plena e inequívoca, sin que exista resquicio de duda, a través de cualquier medio de prueba legal, legítimo, pertinente y conducente a tal fin.

Si tal prueba no existe o si es incompleta, insuficiente, parcial o dudosa o si adolece de cualesquiera de los defectos que hacen inadmisibles los medios de prueba (ilegalidad, ilegitimidad, impertinencia o inconducencia), no será posible en modo alguno extraer el hecho desconocido. A partir de la incertidumbre no es posible establecer certeza alguna.

Por tanto, la primera fase de control y valoración que ha de recaer sobre la prueba de indicios, tiene por objeto justamente la prueba del hecho indicador. Lo primero que ha de examinarse es el hecho base y la plena prueba del mismo, debidamente rendida y desahogada dentro del proceso. Cualquier defecto de actividad que cuestione la plena prueba del hecho indicador, fulmina toda posibilidad de valorar el indicio como prueba.

Se ha discutido si el hecho base puede ser probado también con indicios. Al margen de las interesantes discusiones dogmáticas que esto plantea, nos parece que los efectos prácticos de asumir tal posibilidad, sobre todo en el plano penal y de las sanciones administrativas, son extremadamente graves. La prueba del hecho indicador con indicios, puede convertirse en un círculo diabólico de inducciones y deducciones sobre hechos a su vez inducidos o deducidos y así sucesivamente hasta desembocar en la demostración, totalmente artificiosa, de hechos inexistentes. Si el hecho indicador se prueba con indicios, cuyos hechos indicadores, a su vez,

fueron probados con indicios, la cadena de inducciones y deducciones puede continuar *ad infinitum* sin que en todo el proceso de construcción del argumento probatorio exista, en definitiva, un hecho conocido.

ii) Conexión lógica entre el hecho indicador y el hecho desconocido

Los hechos calificados como indicios de hechos desconocidos, deben guardar con éstos una conexión lógica, una relación de causalidad directa, inmediata, congruente y suficiente. Es preciso que del hecho conocido pueda realizarse la inducción o la deducción lógica del hecho desconocido. En definitiva, el valor probatorio del indicio depende del grado de conexión lógica entre el hecho indicador y el hecho desconocido. Probado el hecho indiciario, se aplica al mismo una máxima de experiencia la cual da lugar a una relación lógica de causalidad entre éste y el hecho que se quiere probar.

En este punto es importante referirnos a aquel supuesto en el cual es el legislador quien, aparentemente, establece la conexión entre el hecho indicador y el hecho desconocido. Se trata de los supuestos en los cuales la ley, *a priori*, enumera una serie de hechos que, una vez probados, se erigen en indicios de de determinado hecho desconocido.

Ahora bien, el que el legislador haya seleccionado los hechos conocidos a partir de los cuales se infiere el hecho desconocido, no significa en modo alguno que el juez pueda prescindir de establecer la conexión lógica entre ambos, es decir, que abdique de usar las máximas de experiencia en la valoración de la prueba, pues, de lo contrario, tendríamos que concluir que los indicios enumerados en la ley no son tales, sino verdaderas presunciones legales.

Cuando el legislador enumera apriorísticamente unos hechos que califica como indicios de la ocurrencia de otro hecho desconocido, sólo está realizando una simple enunciación de hechos indicadores, que por sus particulares características podrían estar conectados con el hecho cuya ocurrencia precisa ser establecida. Pero ello no significa, ni que éstos hechos conducen necesariamente, sin ningún proceso lógico inductivo o deductivo adicional, a la determinación del hecho desconocido, ni que

tales hechos son los únicos que permiten establecer la existencia del hecho que se investiga.

En definitiva, la enumeración de indicios realizada por el legislador, no releva al juez de su obligación de llevar a cabo, con toda la profundidad que sea menester, el razonamiento lógico que conecte el hecho conocido y plenamente probado, con el hecho desconocido a ser probado. Nada agrega ni quita esta enunciación a la estructura de la prueba de indicios, porque sin la aplicación de las máximas de experiencia del juez que sustenten el proceso lógico inductivo o deductivo a partir del cual el hecho indicador lleva al hecho desconocido, no hay prueba de indicios.

Es preciso insistir en esta afirmación a riesgo de importunar al lector, pues bajo ningún respecto el juez puede considerar aliviada su obligación cuando existen enumeraciones legales de hechos indiciarios. Tan cierto es lo anterior que es posible, y la experiencia así lo demuestra, que el hecho que se investiga no haya ocurrido, a pesar de la concurrencia de los indicios señalados por la ley o, viceversa, que aun cuando tales indicios no han podido ser probados o, simplemente, no se han dado, el hecho investigado que a partir de ellos se aspiraba deducir o inducir, sí se verificó en la realidad. Por ejemplo, es perfectamente posible que una persona lleve un doble juego de contabilidad y que, a pesar de ello, jamás haya cometido defraudación tributaria, siendo lo contrario perfectamente posible también, es decir, que quien haya defraudado al Fisco, sólo lleve un juego de contabilidad.

Recuérdese que, como señala con acierto DEVIS ECHANDÍA, "...de la máxima general de experiencia se deduce una consecuencia aplicable al hecho indiciario que lo relaciona con el investigado, y de aquél se induce en virtud de aquella máxima, la posibilidad lógica del hecho que se investiga"²⁹.

1.4. Eficacia probatoria

La prueba de indicios requiere la concurrencia de una serie de requisitos para tener eficacia probatoria. El valor probatorio del indicio se produce en una escala ascendente, según vayan siendo satisfechos los requisitos que a continuación se enumeran.

²⁹ DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., T. II, p. 625.

i) Legalidad

La prueba de indicios debe ser legal, en el sentido de que cuando se aspire su promoción y evacuación en un proceso dado, no ha de existir norma legal expresa que la excluya. Venezuela sigue el sistema de la prueba libre, de tal suerte que no es preciso que los medios de prueba admisibles estén señalados de manera taxativa en la ley; en todo caso, los indicios son una prueba expresamente regulada en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, ciertas pruebas podrían ser expresamente excluidas por el legislador en algunos casos particulares, de manera que esta es la primera constatación que ha de hacerse con respecto a la prueba de indicios, es decir, si para el proceso de que se trate, no hay norma que la prohíba. En el ámbito tributario, la prueba de indicios es expresamente admitida a los fines de demostrar la defraudación (artículo 117 COT).

ii) Legitimidad

La prueba de indicios ha de obtenerse con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. Esta garantía opera en el momento de la prueba del hecho base. La Constitución de 1999, se alinea con una de las tendencias procesales más avanzadas del mundo, al excluir de todo proceso o procedimiento aquellas pruebas que han sido obtenidas con violación de trámites esenciales o en ausencia total del debido proceso. Así, el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, dice que *serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso*. Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal dispone en su artículo 214 que “No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las comunicaciones, los papeles, los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimientos ilícitos”.

Ahora bien, qué significa obtener una prueba violando el debido proceso. Toda prueba recabada sin cumplir los procedimientos administrativos o judiciales que resulten aplicables al caso concreto o con violación o relajamiento de alguna formalidad esencial de los mismos, es absolutamente nula y, por ende, no puede ser apreciada ni valorada por autoridad algu-

na, careciendo de todo valor para los fines de la decisión que haya de adoptarse.

Asimismo, toda prueba obtenida violando garantías y derechos constitucionales, es absolutamente nula en los términos antes señalados. En consecuencia, una prueba sería ilegítima cuando ha sido conseguida: i) sin el debido conocimiento de los interesados; ii) sin permitir a los interesados la aportación y evacuación de la contraprueba correspondiente y cuando, habiéndolo permitido, la contraprueba no es examinada por el órgano decisor; iii) en violación de la garantía constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (artículo 48 de la Constitución); iv) mediante el robo, hurto o apropiación indebida de documentos de cualquier índole, sean propiedad de los interesados en el procedimiento o de terceros ajenos al mismo; v) mediante el forjamiento o elaboración de pruebas *ad hoc* preparadas con la finalidad de apoyar los hechos descritos en un acto administrativo de trámite o definitivo, cualquiera que sea el contenido sustancial del mismo; vi) en violación del derecho a no autoinculparse (artículo 49, numeral 5, de la Constitución).

Queda claro que esta enumeración no es en modo alguno taxativa, sino meramente enunciativa, pues han de considerarse como nulas, como antes lo hemos dicho, las pruebas obtenidas con violación de *cualesquiera* garantías o derechos constitucionales.

iii) Pertinencia y conducencia

Los indicios que pretenden promoverse como prueba de determinado hecho, han de guardar no sólo una conexión lógica con el hecho desconocido, sino también con los hechos debatidos en el proceso de que se trate (pertinencia). Asimismo, los indicios han de tener la cualidad necesaria para llevar al proceso la prueba de los hechos discutidos (conducencia). Ni la pertinencia ni la conducencia de un medio de prueba, pueden ser establecidos apriorísticamente por el legislador, pues tales cualidades del medio probatorio sólo atinan a descubrirse cuando se confronta éste con los hechos debatidos en el proceso. Si, por ejemplo, la ley enumera una serie de supuestos que constituyen indicios de defraudación, ello no significa que la prueba de indicios siempre va a ser pertinente y conducente para probar la evasión fiscal en un juicio dado, con prescindencia del caso de

que se trate. La pertinencia y la conducencia, como hemos dicho, habrá de determinarla el juez en cada caso.

iv) Conexión evidente entre el hecho indicador y el investigado

La médula de la prueba de indicios es la vinculación entre el hecho indicador y el hecho investigado. Esta vinculación, como hemos precisado con anterioridad, no puede venir establecida por la ley, pues si así fuere, estaríamos en el plano de las presunciones legales y no de los indicios. La conexión entre el hecho base y el hecho desconocido debe establecerla el juez. En principio, el juez abordará este cometido haciendo uso de la inducción, en cuyo caso examinará el hecho base para aplicar las máximas de experiencia pertinentes y determinar la ocurrencia del hecho desconocido. Sin embargo, puede el juez invertir el orden del razonamiento para construir el argumento probatorio, en cuyo caso hará uso del método deductivo; en este supuesto, a partir de la máxima de experiencia aplicable y de las consecuencias que de ella emanan (premisa mayor), analizará el hecho conocido (premisa menor), estableciendo así la vinculación entre éste y el hecho investigado (conclusión).

En realidad, la valoración de la prueba de indicios, por su extrema complejidad, exige una combinación de inducción y deducción, pues ninguno de los dos métodos es suficiente para establecer la vinculación causal entre el hecho indicador y el hecho investigado. Debe tenerse en cuenta que siendo la prueba de indicios de carácter indirecto, es preciso que la conexión lógica entre el hecho base y el hecho desconocido, sea evidente, que aparezca de manera clara e inequívoca, pues ante la duda la prueba tiene que ser rechazada, sobre todo en el campo sancionatorio (*in dubio pro reo*)³⁰.

v) Pluralidad de indicios graves, concordantes y convergentes

La mayoría de las legislaciones que admiten esta prueba, exigen que exista pluralidad o cúmulo de indicios. En este sentido, el Código de

³⁰ Con respecto a la prueba, este principio es claramente recogido en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que: "Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y puntos de mera forma".

Procedimiento Civil señala en su artículo 510 que el juez apreciará "...los indicios que resulten de autos en su conjunto", lo que sugiere claramente la necesidad de que haya pluralidad de indicios.

Recuérdese que los indicios son hechos conocidos que permiten inferir la existencia de un hecho desconocido. Mientras más indicios existan, más alta es la probabilidad de establecer la ocurrencia del hecho investigado. Aunque no puede fijarse un número predeterminado de indicios contingentes necesarios para que haya plena prueba del hecho investigado (porque como se dice "los indicios se pesan pero no se cuentan"), lo cierto es que la certidumbre del hecho investigado es directamente proporcional al número de indicios.

Si el cúmulo de indicios tiene importancia en el ámbito del proceso ordinario, no cabe la menor duda que dicha relevancia se acrecienta exponencialmente en el campo sancionatorio, penal o administrativo. El indicio capaz de probar en estos supuestos es siempre contingente, de manera que en todo caso debe tratarse de varios indicios y por ello la responsabilidad nunca podrá ser determinada legítimamente con base en un indicio aislado o único.

Adicionalmente, los indicios tienen que ser concordantes en el sentido de que no pueden contrariarse, excluirse o enervarse entre sí; así ocurriría en el caso que ocupa nuestras reflexiones si se sostuviera que el presunto infractor no ha emitido facturas (art. 117, numeral 2) y, al propio tiempo, que ha emitido facturas cuyos montos no coinciden con las operaciones reales (art. 117, numeral 3).

Finalmente, los indicios han de ser convergentes, lo que significa que deben conducir, en términos generales, a una misma conclusión. En el caso de los indicios enumerados en el COT, tenemos que todos ellos han sido seleccionados por el legislador como hechos base a partir de los cuales puede deducirse o inducirse, en mérito de las máximas de experiencia aplicadas por el juez, la comisión del delito de defraudación tributaria. Por tanto, la convergencia de estos indicios en la determinación de la defraudación es, en principio, un producto de la preselección que ha hecho el legislador. Sin embargo, como ya hemos tenido la oportunidad de señalar, lo anterior no significa en modo alguno que el juez está facultado para prescindir del examen individual de cada indicio en el contexto del juicio, ni que

éstos indicios conducen indefectiblemente a la prueba de la defraudación –pues serían presunciones legales–, ni tampoco que sean los únicos hechos que pueden erigirse en indicios de evasión fiscal.

vi) Inexistencia de otras pruebas contrarias

El valor probatorio de los indicios depende en buena medida de que no existan otras pruebas legales, legítimas, pertinentes y conducentes que mironen o debiliten los hechos indiciarios, al punto de sembrar dudas en el juzgador sobre su ocurrencia. Recuérdese que el presupuesto fundamental de la prueba indiciaria es la plena e inequívoca demostración del hecho base, pues el conocimiento indirecto y oblicuo del hecho investigado que se adquiere a través del hecho indiciario, no puede basarse en especulaciones o conjeturas, ni puede tenerse como apropiadamente obtenido cuando hay otras pruebas que infirman la existencia del hecho supuestamente conocido.

Por otra parte, ha de descartar el juez la existencia en el expediente de pruebas que sean contradictorias o que enerven la posibilidad de que el hecho investigado haya ocurrido. Este supuesto no debe confundirse con el anterior, pues en este caso el defecto en la convicción del juez no se ubica en la demostración del hecho base, sino en la posibilidad misma del hecho desconocido. Esta situación puede darse incluso cuando el hecho base ha sido plenamente demostrado, pues no debe perderse jamás de vista que la prueba del hecho indiciario no supone de suyo la prueba del hecho desconocido, en tanto que de ocurrir así no estaríamos ante indicios sino frente a presunciones legales, como repetidamente hemos señalado.

2. Diferencias entre indicios y presunciones

La presunción “...es un proceso lógico conforme al cual, acreditada la existencia de un hecho –el llamado hecho base–, se concluye en la confirmación de otro que normalmente le acompaña –el hecho presumido– sobre el que se proyectan determinados efectos jurídicos”³¹.

Si ese proceso de deducción lógica es el producto de la especulación de quien examina el hecho base y aplica la norma jurídica, estaremos

³¹ ESEVERRI-MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales y derecho tributario*. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 7.

frente a la presunción judicial u *hominis*. Por el contrario, si tanto el hecho base como el hecho presumido, vienen señalados por la ley, estaremos ante la presunción legal. En este último caso, hablaremos de una presunción absoluta cuando la ley no admita prueba en contra de la misma (*presunción iuris et de jure*), y de una presunción relativa cuando la prueba contraria sea posible (*presunción iuris tantum*).

Como puede colegirse de lo expuesto, es bastante difícil diferenciar los indicios de las presunciones, pues en la estructura de ambos existe un hecho base del cual se extrae, mediante un proceso lógico, un hecho desconocido. Ahora bien, las presunciones son el método lógico en sí por cuyo intermedio se descubre el hecho desconocido; en un caso -la presunción legal- el método es determinado por el legislador, mientras que en el otro -la presunción *hominis*- el método es fijado por el juez. Por el contrario, el indicio no es un método, sino una prueba, un hecho del mundo exterior a partir del cual se obtiene un conocimiento mediante la aplicación de un proceso lógico-inductivo o lógico deductivo.

Señala MUÑOZ SABATÉ que: "El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquella. El indicio (...), es lo que nosotros llamamos dato inferior, o hecho base (en ciertos casos, *facta concludentia*) y el Código Civil denomina 'hecho demostrado' (art. 1253). Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es monobásica se compondrá de un solo indicio; si es polibásica, de varios. (...) En el lenguaje corriente indicio es sinónimo de signo, señal o huella. Indicio es la cosa, el suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro suceso, otro hecho desconocido. Debemos pues prescindir en absoluto de considerar el indicio como una forma lógica de pensar, al modo de la presunción. Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego. Sin embargo, para dejar definitivamente resueltos de una vez todos los problemas, nos parece necesario aludir a otro concepto relacionado con el anterior y apenas si desarrollado por la doctrina: el concepto de indicación. Así, en términos sencillos, indicación es la inferencia lógica que parte de un indicio como hecho-base. Ahora bien, como que la presunción también es una inferencia lógica que parte de uno o varios indicios, habremos de reservar el termino indicación para aquel tipo de inferencia cuyos resultados no rebasen los niveles medios de proba-

bilidad que caracterizan el razonamiento presuntivo. La indicación es, pues una inferencia conjetural, aunque algo más que una posibilidad puramente metafísica. Buscando otra definición desde un ángulo más reductivo, diremos que toda inferencia obtenida de un indicio y que no sea presunción, será forzosamente inferencia indicativa”³². Esta opinión es compartida por el procesalista venezolano ARÍSTIDES RENGEL RÖMBERG³³.

3. Indicios de defraudación y presunción de inocencia

Luego de todo lo que ha quedado expuesto en las líneas anteriores, surgen muchas interrogantes, siendo las que siguen las más importantes: ¿Si existe el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cómo podría establecerse la defraudación a partir de meros indicios? ¿Si la defraudación es el delito tributario más grave y exige la intención dañosa del agente, cómo puede basarse la acusación en indicios?

No cabe la menor duda que estas interrogantes son hartamente difíciles de responder. Sin embargo, es imprescindible intentarlo pues de lo contrario, dos cosas igualmente graves pueden ocurrir: O el castigo de la defraudación tributaria se convertirá en una tarea imposible de llevar a cabo con resultados positivos, o tal castigo se ejecutará al margen de la Constitución y la ley. Obviamente, cualquier respuesta a las preguntas planteadas tiene que ofrecer una solución a este dilema, porque la defraudación tributaria ha de ser perseguida y castigada, pero con estricto respeto a los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos. Veamos de seguidas cómo puede lograrse este cometido.

3.1. Aplicabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito de la defraudación tributaria

Como hemos expuesto desde el principio, la persecución de la evasión fiscal es un cometido fundamental del Estado, pero no es más importante ni de mayor urgencia o valía que el combate orientado a perseguir y

³² MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1993, pp. 261-262.

³³ RENGEL RÖMBERG, A., *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el nuevo Código de 1987. IV El procedimiento ordinario. Las pruebas en particular*. Organización Gráficas Capriles, C.A., Caracas, 1999, p. 460.

castigar cualquier otro delito. Por la misma razón, si la presunción de inocencia, como derecho fundamental que es, no puede ser desconocida en el proceso penal ordinario, ni en el procedimiento administrativo sancionatorio, no existe razón alguna para que se le disminuya y mucho menos para que se le excluya en el campo del proceso penal tributario. Su vigencia plena en el mismo es a todas luces indiscutible, sobre todo bajo la vigencia de la Constitución de 1999, que como vimos, inserta este derecho en el concepto más amplio del debido proceso, el cual debe ser respetado en toda actuación judicial o administrativa (artículo 49 CN).

El aludido derecho constitucional, como hemos tenido la oportunidad de observar precedentemente, no resulta afectado en modo alguno por la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Esta presunción sólo significa que la Administración no necesita demostrar *a priori* al apego del acto administrativo al ordenamiento jurídico para hacerlo efectivo. Adicionalmente, el que el acto se presuma válido no supone que su contenido también lo es, pues éste despliega toda su fuerza vinculante hasta tanto tal validez no sea puesta en entredicho.

Asimismo y esto es lo que nos interesa destacar con mayor énfasis, la presunción de legitimidad de los actos de contenido tributario, no tiene la misma fuerza en el plano sancionatorio y, en particular, en el ámbito de la persecución y castigo de un delito como la evasión fiscal, toda vez que en este caso la presunción innominada de validez de los señalados actos administrativos, sin desaparecer, cede ante el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que obliga a la Administración Tributaria a demostrar la defraudación.

Por otra parte, y este tal vez es el propósito fundamental de nuestras reflexiones, el hecho de que el Código Orgánico Tributario contemple una norma en la que se enumeran quince supuestos que constituyen indicios de defraudación, nada implica con respecto a la plena y absoluta vigencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En efecto, tal como señalamos en la introducción de este trabajo, el artículo 117 del COT de 2001, es una versión mejorada del artículo 94 del Código Orgánico Tributario de 1994. En este último instrumento se consagraban *presunciones sobre la intención de defraudar* y ello significaba, simple y llanamente, que la ocurrencia de alguno de los supuestos allí pre-

vistos hacía presumir, salvo prueba en contrario, que el sujeto imputado había incumplido la obligación tributaria con la intención dañosa de defraudar.

Había entonces, por encima y desmedro del derecho constitucional a la presunción de inocencia, una inversión automática de la carga de la prueba, que obligaba al presunto infractor a demostrar que de haber incumplido la obligación tributaria, no había sido con la intención de defraudar. La inconstitucionalidad de esta norma era escandalosa, tanto bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que reconocía el derecho a la presunción de inocencia a través de la cláusula residual contenida en su artículo 50, como y especialmente, bajo la vigencia de la Constitución de 1999.

Pero además, la comentada disposición violaba de manera frontal las reglas de distribución de la carga de la prueba en materia sancionatoria, al volcar el *onus probandi* en el acusado, de suerte que en este ámbito se producía una velada regresión a los procesos penales inquisitorios.

Pero las violaciones no cesaban allí, antes por el contrario, las presunciones de intención defraudatoria quebrantaban gravemente dos importantes principios del derecho probatorio, ya analizados; a saber, el que excluye la prueba del hecho negativo absoluto y el de facilidad de la prueba. El primero se transgredía abiertamente porque el acusado era compelido a probar que no había tenido la intención de cometer defraudación; afirmación de hecho que, como se advierte sin mucho esfuerzo intelectual, constituye una negación abierta, abstracta y absoluta, insusceptible de demostración por quien la realiza. El segundo era violado porque si la Administración Tributaria afirmaba la comisión del ilícito e imputaba el mismo a una persona quien se suponía había tenido la intención de cometerlo, de seguro contaba con los elementos probatorios necesarios para sostener tal acusación, o al menos así se aspira dado el absoluto apego a la legalidad con que deben conducirse los órganos públicos quienes, se supone, no actúan alegre y despreocupadamente endilgando responsabilidades tan graves sin contar con fundamentos para ello.

Las razones anteriores nos impulsan a concluir que el legislador tributario quiso salvar la inconstitucionalidad denunciada, erradicando las presunciones legales de dolo. Así, con el objeto de alcanzar este loable propósito, trocó las mismas en indicios, efectuando con ello un cambio de

enfoque digno de elogio que, insistimos, no es desde luego casual y no se reduce a un mero prurito semántico.

Como ya tuvimos la oportunidad de expresar, entre las presunciones legales y los indicios existen diferencias abismales. Sólo baste recordar aquí la diferencia que pone de bulto el hecho de que el cambio producido tuvo por objeto central purgar el grave vicio de inconstitucionalidad que pesaba sobre el artículo 94 del COT de 1994. En este sentido, mientras las presunciones legales suponen la inversión de la carga de la prueba, los indicios no alteran en absoluto la distribución del *onus probandi*, el cual permanece incólume. En el caso que nos concierne, la carga de la prueba siempre recaerá sobre quien acusa y no sobre el acusado.

De este modo, los indicios de defraudación regulados en el COT de 2001, pueden convivir armónicamente con la presunción de inocencia, la cual resulta ahora plenamente reivindicada en el ámbito sancionatorio tributario. En consecuencia, quien es acusado de defraudación tributaria se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario.

3.2. Prueba de la defraudación

i) Carga de la prueba

Como consecuencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de los principios que orientan la distribución de la carga de la prueba en materia sancionatoria, del principio probatorio que excluye la prueba de los hechos negativos absolutos y del principio probatorio de facilidad de la prueba, la carga de demostrar la defraudación tributaria recae, siempre y en todo caso, sobre quien acusa y no sobre quien es acusado. No caben matizaciones de ninguna especie sobre este postulado, pues cualquier morigeración del mismo es sin discusión alguna inconstitucional e ilegal. Tampoco hay áreas o materias excluidas, de suerte que las sanciones tributarias no poseen ninguna cualidad o importancia especial que las excluya del referido principio general.

ii) Objeto de la prueba

El objeto de la prueba responde a la pregunta ¿qué debe probarse? En el caso concreto de la defraudación tributaria, es preciso que quien

acusa demuestre todos los elementos estructurales del hecho típico. Retomando lo que fue expuesto más arriba (Cap. II, & 1), corresponde a quien acusa demostrar:

1. Que en un caso concreto se produjo el hecho generador o presupuesto hipotético establecido por la ley tributaria.
2. Que nació la obligación tributaria y que la misma fue incumplida.
3. Que el incumplimiento es imputable a la conducta intencional del sujeto pasivo quien ejecutó actos destinados a inducir a error al ente exactor, y no a una mera actuación culposa del mismo, calificable como simple contravención.
4. Que de la conducta disvaliosa del infractor, se deriva un beneficio económico indebido para él o para un tercero y el correlativo perjuicio patrimonial para el Fisco, el cual es superior a dos mil unidades tributarias (2.000 UT).

Los hechos señalados en los números 1, 2 y 4, son, en principio, de fácil demostración. Los problemas aparecen cuando se trata de demostrar la intención de cometer el hecho punible y es allí donde el auxilio de la prueba indiciaria resulta fundamental.

La intención de dañar es un proceso volitivo que no puede ser demostrado hasta tanto el agente no lleve a cabo actos que exterioricen su propósito. Sin embargo, aun en el caso de que el sujeto activo del delito cumpla ciertas y determinadas actuaciones que sugieran su vinculación con la comisión del hecho punible, tal vinculación no es más que el producto de conjeturas, hasta tanto no haya plena prueba de la conducta dolosa.

En el caso de la defraudación tributaria, hemos dicho que la misma supone, en muchos casos, elaboradas maniobras, complejos artificios, negocios simulados e inescrutables estructuras legales, entre otras cosas. Por tanto, reconstruir el trayecto recorrido por el infractor para sustraerse de la ley y precisar que su conducta es deliberada, resulta sin duda una tarea de considerables dimensiones.

Para aliviar esta pesada carga el Código Orgánico Tributario de 2001, enumera una serie de hechos que, ordinariamente, pueden ser asociados con el propósito encubierto, pero deliberado, de no cumplir con las

obligaciones tributarias. De este modo, sin tener que ejecutar la tarea, de seguro infructuosa, de escudriñar la voluntad oculta del presunto defraudador, el acusador puede concentrarse, principalmente, en probar de manera fehaciente los hechos base que estructuran los indicios enumerados en el COT y construir a partir de ellos el argumento probatorio orientado a demostrar la defraudación.

Ello no significa que la defraudación sólo pueda o deba probarse mediante indicios; recuérdese que los indicios son una prueba indirecta que ofrece un conocimiento oblicuo del hecho investigado, de manera que cada vez que sea posible demostrar la evasión fiscal por medios probatorios directos, así habrá de hacerse. Obviar este esfuerzo probatorio puede resultar en el naufragio de la acusación, pues en caso de duda el juez debe sentenciar, indefectiblemente, a favor del reo (*in dubio pro reo*).

iii) Mérito probatorio de los indicios en cuanto a la defraudación tributaria

El conocimiento de los hechos por el juez dentro del proceso, suele materializarse a través de la prueba *directa*, es decir, por intermedio de la observación empírica. Esta prueba tiene un alto grado de certeza si no median equivocaciones o distorsiones en la observación.

Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las cuales el conocimiento de los hechos a través de la observación empírica, no es posible; sencillamente porque en la mayoría de los casos el juez no los ha presenciado y en consecuencia debe obtener el conocimiento de los mismos de manera oblicua o indirecta, sobre la base de hechos probados que permiten establecer, mediante procedimientos lógico-críticos, la existencia de los hechos desconocidos. Es allí donde entran en auxilio del juez las pruebas deductivas y las indirectas.

Las pruebas deductivas se basan en enunciados universales que se aplican a los hechos conocidos para determinar a partir de ellos la ocurrencia de hechos desconocidos; el razonamiento lógico en este caso es de mayor a menor. La fuerza probatoria de la prueba deductiva depende entonces de que las premisas lógicas en las cuales la misma se basa, sean verdaderas y aun en este caso, no hay seguridad absoluta sobre la certi-

dumbre de la conclusión, pues se admite la existencia de conclusiones falsas, basadas en premisas verdaderas.

En cuanto a las pruebas indirectas, éstas se basan en la inferencia lógica de los hechos investigados a partir de un razonamiento inductivo sobre los hechos conocidos; es decir, que va de lo particular a lo general. A los hechos acreditados se aplican máximas de experiencia para determinar la ocurrencia de un hecho desconocido. Mientras en la prueba deductiva el tránsito de las premisas hacia la conclusión supone el análisis, este mismo camino en la prueba indirecta, supone la síntesis.

Con lo expuesto queremos significar que el margen de error en la reconstrucción histórica de los hechos que se lleva a cabo a través de pruebas deductivas o indirectas, es alto; lo suficiente como para que el juez actúe con absoluta ponderación cuando sólo tiene acceso a este tipo de pruebas. Esta prudencia debe ser aún mayor cuando lo que se está tratando de juzgar es la comisión de un hecho punible castigado con pena privativa de la libertad y con otras sanciones accesorias, pues el daño que puede causar una equivocación tiene proporciones inconmensurables.

En el caso que ocupa nuestras reflexiones es claro que la prueba indiciaria resulta fundamental, pues, como hemos observado, la determinación del proceso volitivo que impulsa a un sujeto a cometer defraudación, es harto difícil de aprehender de otro modo. Sin embargo, esta afirmación debe contrastarse con lo ya señalado, es decir, con el alto grado de error que ofrece la prueba indiciaria y las graves consecuencias que ello puede comportar cuando se castiga con pena privativa de la libertad a una persona inocente.

En consecuencia, en orden a la valoración de la prueba indiciaria dentro del proceso encaminado a determinar la comisión del delito de evasión fiscal, es preciso tener en cuenta dos principios fundamentales: i) Quien es acusado de defraudación, se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario y esa demostración debe hacerse mediante *plena prueba*, pues ante la mínima duda ha de favorecerse al reo (*in dubio pro reo*) y privilegiarse la señalada presunción de inocencia que, como hemos repetido insistentemente, es un derecho constitucional inquebrantable; ii) La prueba de indicios no es una presunción legal ni tiene efectos iguales o similares que ésta. Por tanto, su aportación al proceso no produce la inver-

sión de la carga de la prueba, ni releva al juez de su tarea de apreciar los hechos discutidos y valorar la prueba que de ellos se haya promovido y evacuado en el juicio, en orden a dictar la sentencia de fondo. Así, la prueba de indicios será apreciada y valorada con todas las reglas aplicables a las pruebas en general y, en particular, con apego a las que de seguidas se exponen.

En efecto, si las pruebas aportadas con el objeto de demostrar la evasión, son algunos de los indicios señalados en el artículo 117 del COT, el valor probatorio de los mismos dependerá, de acuerdo con lo que se expuso *supra* (Cap III, & 1, letras c y d):

- De la plena e incontestable prueba de los hechos base, a través de pruebas legales, legítimas, pertinentes y conducentes.
- De la conexión lógica, establecida por el juez en cada caso y mediante el uso de máximas de experiencia, entre los hechos base y el hecho investigado (la defraudación tributaria).
- De la pluralidad de indicios graves, concordantes y convergentes que produzcan una convicción unívoca y congruente sobre la ocurrencia de la defraudación.
- De la inexistencia de otras pruebas que contraríen los hechos base o infirmen la posibilidad de la defraudación.

Sobre los particulares indicados existe una reveladora sentencia del Tribunal Constitucional Español, en la que se ha expresado lo siguiente:

“En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a través de tales indicios (...) Es necesario, pues, que el órgano judicial explicito no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a tales conclusiones y el *iter* que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el tribunal ha formado su

convicción sobre prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia”³⁴.

Como colorario de todo lo expuesto conviene señalar que el cambio introducido por el COT de 2001, ha tenido por objeto, sin la menor duda, salvaguardar el pleno goce y ejercicio de la presunción de inocencia sin privar al Fisco de una categoría de prueba que, en orden a la persecución y castigo de la evasión fiscal, es de capital importancia.

³⁴ S. TCE, Nro. 229, 1/12/98.

CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LAS RADIOCOMUNICACIONES

Daniel Oquendo Reyes

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

II. CONFIGURACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA EN MATERIA DE RADIOCOMUNICACIONES

III. EL SISTEMA DE INFRACCIONES Y SANCIONES DE LA LOTEL

1. Principios

- 1.1 Principios de responsabilidad objetiva y de culpabilidad
- 1.2 Principio de solidaridad transgresional
- 1.3 Principio de ejecución voluntaria de la sanción administrativa
- 1.4 Principio de imputabilidad de las personas jurídicas
- 1.5 Principio del concurso de procedimientos y sanciones
- 1.6 Principios del Código Penal sobre concurrencia de personas en hechos punibles
- 1.7 Principio de independencia entre las responsabilidades administrativas, penales y civiles

2. Infracciones, delitos y sanciones relativos a las radiocomunicaciones

3. Prescripción de la potestad sancionatoria

IV. LA FUNCIÓN INSPECTORA DE CONATEL

V. ESPECIFICIDADES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EN MATERIA DE RADIOCOMUNICACIONES

1. Inicio del procedimiento administrativo sancionatorio
2. La sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio
3. Las medidas cautelares
4. La decisión y su ejecución
5. Recursos

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Referencias Bibliográficas

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Las telecomunicaciones en Venezuela han sido objeto de abundante regulación en los últimos años, configurándose un verdadero ordenamiento jurídico sectorial, cuyo eje consiste en la liberación de la actividad, en régimen de competencia.

No obstante ser consideradas las telecomunicaciones una actividad económica libre, la Administración conserva amplias potestades para regular el ingreso de operadores al sector, inspeccionar e imponer condiciones a la actividad de éstos, así como para sancionar a todos aquellos que infrinjan las normas de ese ordenamiento jurídico sectorial.

Entre las telecomunicaciones más profusamente reguladas dentro de ese ordenamiento, se encuentran aquellas que utilizan el espectro radioeléctrico como medio de transmisión de la información. Esas actividades de telecomunicaciones son conocidas como radiocomunicaciones y se encuentran definidas en el numeral 12 del artículo 2 de la Resolución Contensiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas como «toda telecomunicación transmitida por ondas radioeléctricas».

Así pues, las radiocomunicaciones se encuentran reguladas, de manera general, tanto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LO-TEL) como en sus Reglamentos y, de manera específica, por el contenido de las habilitaciones administrativas y concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico otorgadas a cada operador, siendo sancionables el incumplimiento de cualquiera de esas regulaciones, de conformidad con lo establecido en la LOTEL.

En consecuencia, la responsabilidad administrativa en materia de radiocomunicaciones es exigible tanto a aquellos operadores de telecomunicaciones que incumplen las condiciones establecidas en la habilitación administrativa y/o la respectiva concesión de uso y explotación del espectro, como también, a cualquier administrado –sin habilitación ni concesión– que incurra en una conducta tipificada como ilícita en la LOTEL y que implique la telecomunicación ilegal por ondas radioeléctricas.

II. CONFIGURACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA EN MATERIA DE RADIOCOMUNICACIONES

Con la promulgación de la LOTEL y la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se configuró la potestad sancionatoria en materia de radiocomunicaciones, quedando ésta atribuida, exclusivamente, al Poder Público Nacional.

En este sentido, el numeral 28 del Artículo 156 constitucional, establece claramente que es de la competencia del Poder Público Nacional: «El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro radioeléctrico.» (Subrayado nuestro).

Esta competencia del Poder Público Nacional (el régimen de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como la administración de este último) está regida por la LOTEL, sus Reglamentos y demás disposiciones normativas que se dicten con arreglo a ella.

En ese cuerpo normativo se atribuye al Ministerio de Infraestructura la rectoría de las telecomunicaciones en el Estado (Artículo 34 LOTEL), sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 37 de la LOTEL, es a CONATEL quien corresponde la mayor actividad de policía sobre las radiocomunicaciones (regulación y administración del espectro radioeléctrico e inspección de la actividad de radiocomunicaciones) y, particularmente, a quien se le atribuye la potestad sancionatoria en esa materia, tal como se concluye de la lectura del numeral 13 de esa disposición, donde se señala como competencia de CONATEL:

«13. Abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones a la Ley y los reglamentos, así como aplicar las sanciones previstas en esta Ley e imponer los correctivos a que haya lugar.» (Subrayado nuestro).

Como se puede observar, dentro del ordenamiento jurídico sectorial de las telecomunicaciones, existe un régimen sancionatorio aplicable a las radiocomunicaciones, donde está perfectamente configuradas las potestades, en ejercicio de las cuales, CONATEL desarrolla, regula y administra el espectro radioeléctrico, inspecciona la actividad de radiocomunicaciones,

conoce los procedimientos administrativos sancionatorios en esa materia y sanciona a los infractores de las normas relativas a las telecomunicaciones realizadas por medios radioeléctricos.

III. EL SISTEMA DE INFRACCIONES, DELITOS Y SANCIONES DE LA LOTEL

1. Principios

En el Título XII de la LOTEL se estableció un sistema de infracciones, delitos y sanciones regulados por un conjunto de principios creados por el derecho penal, pero profundamente modulados dentro del derecho administrativo sancionador.

Dentro de estos principios encontramos, el de responsabilidad objetiva del administrado y el de culpabilidad, el de la solidaridad transgrecional, el de ejecución voluntaria de la pena, el de concurso de procedimientos y de sanciones, los principios del Código Penal sobre concurrencia de personas en un hecho punible, el de imputabilidad de las personas jurídicas y el de independencia entre las responsabilidades administrativas, penales y civiles.

1.1 Principios de responsabilidad objetiva y de culpabilidad

En este sistema priva el principio de responsabilidad objetiva y se soslaya el principio de culpabilidad, implicando que, en la mayoría de los casos, el autor de los hechos ilícitos relativos a las radiocomunicaciones es responsable en el caso de realizar una acción típica y antijurídica.

Así mismo, se desestima el elemento volitivo del infractor para imponer las sanciones, estableciéndose únicamente como agravantes, el carácter continuado de la infracción, la afectación del servicio, la obtención de beneficios económicos por parte del infractor, la clandestinidad y la falta de homologación o certificación de los aparatos o equipos empleados (Artículo 168 LOTEL), y como atenuantes, el haber reconocido en el curso del procedimiento la existencia de la infracción y el haber subsanado por iniciativa propia la situación de infracción y resarcido en forma integral los daños que se hubieren podido causar (Artículo 169 LOTEL).

Sin embargo, de manera particular, la LOTEL adopta el principio de culpabilidad en el ordinal 1° del Artículo 165, el ordinal 5° del Artículo 171, el ordinal 2° del Artículo 166, los ordinales 1° y 2° del Artículo 188, ordinal 1° del Artículo 189, donde se sanciona **el daño a equipos y las interferencias perjudiciales**; en el ordinal 8° del Artículo 165, el ordinal 9 del Artículo 166, donde se sanciona **la facturación en exceso de las cantidades adeudadas**; y en el ordinal 7° del Artículo 171, donde se sanciona **el suministrar información a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fundada en documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme**.

1.2 Principio de solidaridad transgresional

Se establece la solidaridad transgresional al indicarse en el Artículo 172 de la LOTEL que la inhabilitación de las personas jurídicas sancionadas, se extenderá a los administradores u otros órganos responsables de la gestión y dirección del operador que estaban en funciones durante el tiempo de la infracción.

1.3 Principio de ejecución voluntaria de la sanción administrativa

Se permite la ejecución voluntaria de la sanción administrativa (no de las sanciones penales), correspondiéndole la imposición de éstas a CONATEL (Artículo 187 y 176 de la LOTEL) o a las autoridades administrativas competentes en materia de protección y educación al consumidor y al usuario, así como de promoción y protección de la libre competencia, de conformidad con las normas legales que rigen tales materias (Artículo 162 LOTEL).

1.4 Principio de imputabilidad de las personas jurídicas

Bajo este régimen son perfectamente imputables las personas jurídicas, sin embargo, también se establecen penas que sólo pueden ser cumplidas por personas naturales (Artículos 188 y 189 de la LOTEL).

1.5 Principio del concurso de procedimientos y sanciones

En el artículo 178 de la LOTEL se prevé el concurso de procedimientos y sanciones, al establecerse que para el caso de que sobre una situación fáctica concurrese un conjunto de hechos presuntamente constitutivos de distintas infracciones cometidas por uno o varios sujetos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por razones de mérito u oportunidad podrá iniciar un procedimiento sancionatorio por cada una de las presuntas infracciones y sujetos, o acumularlos.

1.6 Principios del Código Penal sobre concurrencia de personas en hechos punibles

Por disposición expresa del Artículo 160 de la LOTEL, en la determinación de la responsabilidad derivada de la comisión de hechos u omisiones que infrinjan las regulaciones de ésta, serán aplicables las disposiciones relativas a la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible, previstas en el Código Penal.

1.7 Principio de independencia entre las responsabilidades administrativas, penales y civiles

Así mismo, en el Artículo 161, la LOTEL dispone que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las normas allí contenidas es independiente de la responsabilidad civil que tales hechos generen.

2. Infracciones, delitos y sanciones relativas a las radiocomunicaciones

La LOTEL prevé infracciones administrativas y delitos con sus respectivas sanciones, las primeras están contempladas en su Título XII, Capítulo II, Sección Primera (De las infracciones administrativas y sus sanciones) y los segundos en el Capítulo III (De las Sanciones Penales).

Las infracciones y delitos en materia de radiocomunicaciones son aquellas contenidas en las normas que sancionan el uso y explotación del espectro radioeléctrico en contravención con lo previsto en la LOTEL. Estas infracciones conllevan sanciones administrativas principales o accesorias y los delitos la aplicación de sanciones penales.

Dentro de las infracciones que conllevan sanciones principales encontramos:

1. **La realización de interferencias perjudiciales a servicios de telecomunicaciones, en forma culposa; la emisión o transmisión de señales de identificación falsas o engañosas por parte de un operador, que puedan inducir a error a los usuarios o a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en relación con la autoría de tales emisiones o transmisiones; el incumplimiento de las condiciones generales establecidas en la LOTEL, relativas a las habilitaciones administrativas o concesiones, no sancionadas por una disposición especial contenida en esa ley, todas sancionadas con multa de hasta treinta mil Unidades Tributarias (30.000 U.T.) (Artículo 165 LOTEL).**
2. **La utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico que requieran la habilitación administrativa o concesión, sin contar con éstas; causar interferencias perjudiciales a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa (ordinal 2º); no atender los requerimientos de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en el plazo y condiciones que ésta determine, relativos al cese de emisiones radioeléctricas que produzcan interferencias perjudiciales; todas sancionadas con multa por hasta cincuenta mil Unidades Tributarias (50.000 U.T.) (Artículo 166 LOTEL).**
3. **La operación de equipos de radioaficionados sin contar con la habilitación administrativa correspondiente; sancionada con multa por hasta cien Unidades Tributarias (100 U.T.) (Artículo 167 LOTEL).**
4. **El no uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto; sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso. (Artículo 171 LOTEL).**

Dentro de las sanciones administrativas accesorias se encuentran:

1. **La revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso, por interferir, dolosamente, servicios de telecomunicaciones (ordinal 5 del Artículo 171 LOTEL).**

2. La inhabilitación por espacio de cinco años para obtener otra concesión o habilitación, directa o indirectamente, para aquellas personas naturales o jurídicas a quienes se le haya revocado la habilitación administrativa o concesión, extendiéndose esa sanción a los administradores u otros órganos responsables de la gestión y dirección del operador sancionado (Artículo 172 LOTEL).
3. El comiso de los equipos y materiales empleados en la instalación, operación, prestación o explotación de dichos servicios o actividades, a quien haga uso clandestino del espectro radioeléctrico; no acate la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones derivada de la revocatoria de una habilitación administrativa o concesión (Artículo 173 LOTEL).
4. La amonestación pública como una sanción accesoria a cualquiera de las otras en los casos en que la infracción haya incidido en la prestación del servicio de otro operador de telecomunicaciones (Artículo 174 LOTEL).
5. Por último, podemos ubicar dentro del grupo de sanciones accesorias la «cesación de las actividades clandestinas» (Artículo 175 LOTEL); sin embargo, consideramos que esta medida no tiene naturaleza sancionatoria, dado que si las sanciones son restricciones impuestas por el Estado, en ejercicio del *ius punendi*, a ciertos derechos del infractor y, si consideramos que nadie tiene derecho a realizar actividades «clandestinas», resulta evidente que la cesación de éstas no configuran ninguna limitación de derechos y, por lo tanto, no es una sanción.

Dentro de los delitos relativos a las radiocomunicaciones que acaorean penas principales encontramos:

1. El que con culpa grave produzca interferencias perjudiciales que interrumpan parcialmente o impidan la prestación del servicio; sancionado con prisión de cuatro a doce meses. (Artículo 188 LOTEL).
2. El que en forma clandestina haga uso del espectro radioeléctrico. Entendiéndose por éste el uso del espectro radioeléctrico cuando, en los casos en que se requiera concesión, no medie al menos la reserva de frecuencia correspondiente y, el que produzca interferencias perjudiciales con el fin específico

de generar la interrupción de un servicio de telecomunicaciones; sancionado con prisión de uno a cuatro años. (Artículo 189 LOTEL).

3. Prescripción de la potestad sancionatoria

En el artículo 163 se establece que la potestad administrativa para imponer las sanciones previstas en la LOTEL prescribe en un término de cinco años, contados desde el día en que CONATEL haya tenido conocimiento de los hechos, por cualquier medio.

Así mismo, se establece que la ejecución de las sanciones administrativas previstas en esa ley prescribe a los tres años contados desde el momento en que hayan quedado definitivamente firmes.

IV. LA FUNCIÓN INSPECTORA DE CONATEL

El numeral 10 del artículo 37 de la LOTEL establece, como una de las competencias de CONATEL, la inspección de las instalaciones, operaciones y de la prestación de servicios de telecomunicaciones (dentro de la cual se incluyen los de radiocomunicaciones).

Estas inspecciones tienen una función preventiva y otra de control de determinadas conductas ilícitas. Debiendo ser orientadas por el interés general y el respeto de los derechos de los administrados-inspeccionados.

Ahora bien, la mencionada disposición de la LOTEL distingue entre instalaciones, operaciones y servicios, entendiéndose por las primeras, todos aquellos bienes muebles e inmuebles que, dispuestos adecuadamente, puedan conformar una red de radiocomunicaciones (torres, casetas, antenas, consolas, repetidoras, radios, etc); por «operaciones» toda aquella actividad que implique la irradiación como el medio electromagnético utilizado para transmitir información a distancia, entendiéndose por información, el conjunto de datos que representan ideas mediante las cuales se incrementa nuestra conciencia, inteligencia o conocimiento y que, desde el punto de vista de las telecomunicaciones, se puede cuantificar mediante la ecuación de Shanon: $C=B \log_2 (1+RSR)$, Herrera, E (2001), donde C representa Información, B representa Ancho de banda del canal y RSR significa la

Relación Señal a Ruido; y «servicios», son aquellas prestaciones que se configuran cuando un administrado conviene con un tercero en permitirle el uso de determinada porción del espectro radioeléctrico para que éste pueda realizar actividades de radiocomunicaciones.

Estas inspecciones sobre las «instalaciones, operaciones y servicios» de radiocomunicaciones son realizadas por funcionarios de CONATEL, generalmente abogados e ingenieros adscritos a la Gerencia de Seguimiento Regulatorio de ese Instituto Autónomo, los cuales deben haber sido autorizados al efecto mediante Providencia Administrativa emitida por el Director General de CONATEL, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que éstos tiene condición de autoridad pública, pudiendo obtener el apoyo de la fuerza pública para el desempeño de sus actividades cuando así lo requieran, tal como lo establece el Artículo 3° de la LOTEL cuando señala que «Las autoridades nacionales, estatales y municipales prestarán a los funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la colaboración necesaria para el cabal, oportuno y efectivo cumplimiento de sus funciones».

Generalmente, las labores de inspección se inician sin el conocimiento del inspeccionado, utilizando métodos radiogonométricos, y sólo después que los inspectores determinan la existencia de algún elemento que indique la posible comisión de un hecho ilícito (ocupación ilegal del espectro, interferencia, etc.), los funcionarios acceden al sitio desde el cual se emite o transmiten las señales previamente determinadas, a fin de constatar quién y/o con qué instalaciones se está realizando la supuesta actividad de radiocomunicaciones.

El resultado de estas inspecciones se concreta en un Acta, generalmente denominada «Acta de inspección técnico-administrativa», cuyo contenido servirá de fundamento para que CONATEL decida tanto si inicia un procedimiento administrativo sancionatorio, como si decreta medidas cautelares.

Los inspectores, al levantar el «Acta de Inspección Técnico-Administrativa» se deberán limitar a dejar constancia de los hechos que determinaron a través de sus sentidos o con la ayuda de instrumentos, como el analizador de espectro, absteniéndose de calificarlos jurídica o axiológicamente.

En el Acta se deja constancia de la fecha y hora de la inspección, así como de la dirección y coordenadas geográficas del lugar donde se constataron los hechos y la identificación de las personas encontradas en el sitio.

Se ha criticado la práctica habitual de los inspectores de CONATEL de realizar preguntas a las personas encontradas en los sitios inspeccionados, dejando constancia en el Acta, tanto de éstas como de sus respuestas, transformando así la inspección en una especie de testimonial donde el administrado, generalmente desprovisto de asistencia jurídica especializada, se ve urgido a responder preguntas que, debido a las complejidades tecnológicas y jurídicas de la materia, muchas veces termina incriminando a terceros inocentes o a sí mismo, en contra de su voluntad, violentándose de ésta manera el derecho al debido proceso previsto en el artículo 49 constitucional e iniciándose procedimientos administrativos sancionatorios con base en pruebas nulas por su origen.

V. ESPECIFICIDADES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EN MATERIA DE RADIOCOMUNICACIONES

El Artículo 204 de la LOTEL establece que La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) sólo se aplicará supletoriamente a los procedimientos que instruya la CONATEL. Por lo tanto, el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de radiocomunicaciones se regirá, primeramente, por lo dispuesto en la Sección Segunda del Capítulo II del Título XII de la LOTEL y, sólo supletoriamente, por lo dispuesto en la LOPA.

1. Inicio del procedimiento administrativo sancionatorio

Este procedimiento administrativo sancionatorio puede ser iniciado de oficio a instancia de parte (denuncia), tal como lo establece el Artículo 177 de la LOTEL.

CONATEL inicia de oficio los procedimientos administrativo sancionatorios en materia de radiocomunicaciones tras haber determinado la existencia de elementos que indiquen la posible comisión de uno de los

delitos o infracciones antes señaladas, dejando constancia de ello en «Actas de Inspecciones Técnico-Administrativas». Para la determinación de estos elementos, CONATEL cuenta con la Gerencia de Seguimiento de Regulatorio, quien cuenta con instrumentos y sistemas (como el SAAGER) que permiten analizar la ocupación del espectro en cualquier momento.

Estas Actas de Inspección Técnico-Administrativas son entregadas al Consultor Jurídico y al Director General de CONATEL, quien tras oír la opinión del primero, puede dictar el acto de apertura del procedimiento contra el presunto infractor.

Tal como se establece en el Artículo 129 de la LOTEL, en el acto de apertura deben establecerse con claridad los hechos imputados, emplazándose al presunto infractor para que en un lapso no mayor de quince días hábiles consigne los alegatos y pruebas que estime pertinentes para su defensa.

Así mismo, la mencionada norma ordena que «si en el curso de la investigación se determina que los mismos hechos imputados pudiesen dar lugar a sanciones distintas de las establecidas en el acto de apertura, tal circunstancia se notificará al presunto infractor, otorgándole un plazo no mayor de quince días hábiles para consignar alegatos y pruebas» y, «en caso de que apareciesen hechos no relacionados con el procedimiento en curso, pero que pudiesen ser constitutivos de infracciones a esta Ley, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ordenará la apertura de otro procedimiento sancionatorio».

2. La sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio

La sustanciación del procedimiento será realizado por la Consultoría Jurídica de CONATEL en treinta días continuos siguientes al auto de apertura, prorrogables hasta por diez días más y durante ese tiempo, CONATEL podrá:

1. Citar a declarar a cualquier persona en relación con la presunta infracción.
2. Requerir de las personas relacionadas con el procedimiento, documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos.

3. Emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción.
4. Solicitar a otros organismos públicos información relevante respecto a los personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieran, no hubiere sido declarada confidencial o secreta de conformidad con la ley.
5. Realizar las inspecciones que considere pertinentes, a los fines de la investigación.
6. Evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento sancionatorio. (Artículo 181 LOTEL).

En virtud del Artículo 185 de la LOTEL, la Consultoría Jurídica de CONATEL le enviará el expediente al Director General de esa comisión, una vez concluida su sustanciación o transcurrido el lapso para ello, quien deberá dictar la decisión correspondiente dentro de los quince días continuos siguientes a su recepción, pudiendo prorrogar ese lapso mediante auto razonado hasta por quince días continuos, cuando la complejidad del caso lo amerite.

3. Las medidas cautelares

Un aspecto muy importante de este procedimiento lo constituyen las medidas cautelares, la cuales pueden consistir en:

1. Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de la LOTEL;
2. Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación de servicios, seguridad y defensa;
3. Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que impliquen el uso del espectro radioeléctrico. (Artículo 183 LOTEL).

Estas medidas pueden ser dictadas en cualquier etapa del procedimiento, tras una atenta ponderación entre los perjuicios graves que pudie-

sen sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, respecto de los perjuicios que implicaría para éste la adopción de dicha medida, es decir, que CONATEL debe evaluar si la aplicación de alguna de las medidas cautelares previstas en el Artículo 183 de la LOTEL, no causa a los operadores y usuarios un mayor perjuicio que su no aplicación.

Sin embargo, el párrafo único del Artículo 183 de la LOTEL permite a CONATEL la aplicación de esas medidas cautelares con «carácter provisionalísimo» en el acto de apertura del procedimiento sancionatorio, aun en el caso de que la mencionada ponderación lo desaconseje, «cuando razones de urgencia así lo ameriten».

El mencionado párrafo único reza como sigue: «Las medidas a que se refiere este artículo podrán ser dictadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio sin cumplir con los extremos a que se refiere el artículo 182 de esta Ley, cuando razones de urgencia así lo ameriten. Ejecutada la medida provisionalísima, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá pronunciarse sobre su carácter cautelar, confirmando, modificando o revocando la medida adoptada, en atención a lo dispuesto en los artículos 182 y siguientes de esta Ley.»

El Artículo 184 de la LOTEL prevé la oposición a la medida cautelar, la cual puede ser intentada por cualquier interesado, abriéndose una articulación probatoria, concluida la cual, CONATEL se decidirá revocar o confirmar la medida cautelar, en todo caso la medida cesará en sus efectos una vez dictada la decisión final del procedimiento o transcurrido el lapso establecido para ésta sin que la misma se haya producido.

4. La decisión y su ejecución

En el Artículo 186 se establece que la decisión final del procedimiento sancionatorio corresponde al Director General de CONATEL, salvo en los casos de revocatoria, donde la decisión corresponde al Consejo Directivo o al Ministro de Infraestructura, determinándose, en todo caso, si existieron infracciones, sus sanciones y correctivos.

La Providencia Administrativa contentiva de la decisión del Director General de CONATEL debe estar suficientemente motivada, además, debe indicar las sanciones impuestas, ordenará que se oficie al Ministerio de Finanzas a fin de que expida la planilla contentiva de la multa impuesta mediante la decisión y remitirá al Ministerio Público copia certificada del expediente administrativo, para que, una vez determinada la responsabilidad penal de los presuntos infractores, dicho órgano del Poder Ciudadano, determine lo conducente para la aplicación de las sanciones penales a que hubiere lugar, contempladas en el Capítulo II, Título XII de la LOTEL.

Finalmente, el Artículo 187 de la LOTEL confirma la vigencia del principio de ejecución voluntaria de la sanción impuesta por la Administración, de la siguiente manera: «La persona sancionada por la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá ejecutar voluntariamente lo dispuesto en el acto respectivo dentro del lapso que al efecto fije dicha providencia. En caso de que el particular no ejecutase voluntariamente la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ésta podrá ejecutarla forzosamente de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, salvo que por expresa decisión legal deba ser encomendada a una autoridad judicial».

5. Recursos

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LOPA, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 204 de la LOTEL, las decisiones que adopte el Consejo Directivo y el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones serán recurribles directamente ante el Ministro de Infraestructura o ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a opción del interesado, debiendo ejercerse el recurso ante el Ministro dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto y no podrá recurrirse ante la Sala Político Administrativa hasta tanto se haya adoptado la decisión correspondiente, o se haya vencido el lapso para decidir el mismo, sin que exista pronunciamiento alguno al respecto.

El recurso contencioso administrativo ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, podrá ser interpuesto dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la decisión,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de recurso contencioso administrativos contra las multas impuestas por la CONATEL, el Artículo 205 de la LOTEL establece que la interposición de éstos suspenderá la ejecución de esa sanción, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

El recurso de amparo no procede contra las medidas cautelares ni contra la providencia definitiva, a menos que no exista otro recurso para proteger los derechos del administrado amenazados por la Administración en el curso de la inspecciones y del procedimiento administrativo. Un ejemplo de esto se produciría en el supuesto de que CONATEL depositará los bienes incautados en un sitio distinto al indicado en el acta de incautación y/o sean depositados en sitios inapropiados (polvorientos, húmedos, excesivamente calientes, etc), pudiendo acordársele al administrado el acceso a los equipos incautados a objeto de que les preste el mantenimiento requerido u ordenarse el traslado de los bienes incautados a un lugar apropiado.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Consideramos que el régimen sancionatorio de las radiocomunicaciones representa un gran aliciente para el desarrollo del sector, sin embargo, su excesivo rigor, así como el amplio margen de discrecionalidad dejado a la Administración, dejan la puerta abierta a eventuales abusos de poder.

En este sentido, es criticable la preponderancia del sistema de responsabilidad objetiva en la LOTEL, máxime cuando la complejidad de la materia haría mucho más justo un sistema donde imperara el principio de culpabilidad.

Un ejemplo de las injusticias cometidas a la sombra del principio de responsabilidad objetiva lo constituye la situación de aquellos administrados que, habiendo solicitado su habilitación administrativa y respectiva concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico, son dejados sin respuesta por CONATEL durante años e incluso decenios, en virtud de lo cual deciden iniciar operaciones sin que concluya en procedimiento constitutivo, para satisfacer así sus urgentes necesidades comunicacionales.

Actualmente, estos administrados se considerarán «clandestinos» y son sancionados rigurosamente, pero una solución más justa sería que, ante la constatación de la infracción por parte de CONATEL, se procediera al desmantelamiento de los equipos, para aplicar después, y sólo ante la contumacia del infractor-solicitante, la incautación, el comiso de equipos y la aplicación de las demás sanciones.

Otra reforma necesaria de la LOTEL es el establecimiento de un criterio para la determinación de las sanciones basado en el beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, de modo que se aplique la sanción que se adecue más, no sólo a la infracción cometida, sino también, a la naturaleza y situación del infractor.

Así mismo, para evitar, en lo posible, la violaciones del debido proceso durante las inspecciones y el procedimiento sancionatorio, se debería incluir en el texto de la LOTEL, que el operador tiene derecho a la asistencia jurídica de un abogado desde la primera acta de inspección técnico administrativa realizada por CONATEL, que se consideran nulas las pruebas obtenidas violentando la garantía del debido proceso y, que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la supuesta infracción recae sobre la Administración y no sobre el administrado.

Referencias Bibliográficas

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

HERRERA, E.; *Introducción a las telecomunicaciones modernas*. Grupo Noriega Editores, México, 2001, p. 21.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000.

Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.215, de fecha 8 de Junio de 2001.

**DERECHOS DE LOS PARTICULARES
EN LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS
(ADAPTADO A LA CONSTITUCIÓN DE 1999)**

Carmelo De Grazia Suárez

SUMARIO

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

II. NECESIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

III. ¿ES POSIBLE ESTABLECER EXCEPCIONES LEGALES AL PRINCIPIO DE AUDIENCIA DEL INTERESADO?

IV. DISTINCIÓN ENTRE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y PROCEDIMIENTOS SIMILARES

1. Procedimiento sancionatorio vs procedimiento administrativo arbitral
2. Procedimiento sancionatorio y actuaciones de policía judicial

V. DERECHOS, GARANTÍAS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

1. Principio de legalidad de las infracciones y sanciones
 - a. Exigencia de Ley previa y retroactividad de las normas sancionatorias más favorables
 - b. Principio de tipicidad exhaustiva. Certeza de la norma sancionatoria
 - b.1. Normas sancionadoras en blanco
 - b.2. Normas que utilizan conceptos jurídicos indeterminados
 - c. Colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones
2. Derecho a ser sancionado sólo por autoridades imparciales (separación entre órganos de instrucción y órganos decisorios)
3. Principio de culpabilidad
4. Derecho de Presunción de inocencia
 - a. Prohibición de prejuzgar sobre la culpabilidad de los indiciados
 - b. La carga de la prueba corresponde a la Administración
 - c. No es aplicable el instituto de la confesión ficta

5. Principio de prescripción
 - a. Reconocimiento del principio
 - b. Consecuencia de la prescripción: pérdida de competencia
 - c. La prescripción es un principio general: se aplica en ausencia de ley expresa
 - d. Cuando deba aplicarse analógicamente una disposición sobre prescripción, debe acudirse a la norma que más se adecue a la situación jurídica controvertida
 - e. La prescripción se interrumpe con el acto de formulación de cargos
 - f. Reserva legal del plazo de prescripción
 6. Garantía de *non bis in idem* y prelación del pronunciamiento penal sobre el administrativo
 7. Derecho a la previa formulación de cargos
 8. Derecho a las pruebas
 9. Principio de proscripción de sanciones administrativas privativas de libertad
- Bibliografía

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Las leyes que conforman el ordenamiento administrativo del Estado permiten, cada vez con mayor frecuencia, que órganos de la Administración Pública apliquen a los administrados aflicciones por la realización de alguna conducta tipificada legal y previamente. En esos casos, nos encontramos en el campo de las *sanciones administrativas*. En efecto, la doctrina define la sanción administrativa como «...un mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho (revocación de un acto favorable, pérdida de una expectativa o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa, eventualmente incluso, como veremos, arresto o prisión personal del responsable)»¹.

La doctrina del Derecho Administrativo Sancionador se fundamentó, en sus orígenes, en la distinta naturaleza del bien jurídico protegido por los jueces penales, y el bien jurídico que resguardaba la Administración al ejercer *el ius puniendi*.

Se sostenía, en efecto, que mientras el derecho penal protegía el orden jurídico o el quebrantamiento de los bienes jurídicos individuales, el derecho penal administrativo entraba en juego ante el quebrantamiento de un fin administrativo (bien común). El derecho penal —afirmaba aquella doctrina— tiene por misión reprimir infracciones consideradas violatorias de deberes morales, mientras que el derecho penal administrativo sólo procura eliminar las trabas para la realización del bien público, siendo la pena una reacción de la administración contra el particular que no colabora adecuadamente en sus propósitos, de modo que aquella, la pena, nace del poder punitivo autónomo de la administración.

La corriente iusnaturalista sostenía, por su parte, que la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo se encontraba en que el ilícito penal violaba tanto el derecho natural como el derecho positivo, mientras que la infracción administrativa suponía sólo la infracción del derecho positivo.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., El problema jurídico de las sanciones administrativas en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 010, Julio-Septiembre, Edit. Civitas, Madrid, 1976.

En la actualidad, la doctrina moderna considera que no existe diferencia de naturaleza entre el ilícito penal y la infracción administrativa, de modo que la decisión de reprimir un ilícito mediante la vía penal-judicial o la sancionatoria-administrativa, no atiende al bien jurídico tutelado, sino que se inscribe dentro de la “política legislativa” del momento, de allí que sólo existan entre una y otra diferencias formales, pues las penas judiciales son aplicadas por el Poder Judicial, mientras que las sanciones administrativas pertenecen al dominio de la Administración².

En nuestro régimen, la polémica sobre la naturaleza del ilícito administrativo, ha llegado incluso al Máximo Tribunal. El punto fue, en efecto, ampliamente abordado por la sentencia del 6 de marzo de 2001 (*Caso: Cervecería Polar del Centro vs Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*), en la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fijó posición acerca de la referida discusión, desestimando la moderna tesis que sólo encuentra diferencias formales u orgánicas entre las sanciones administrativas y las penales, y suscribiendo, por el contrario, la teoría que predica que entre las sanciones penales y administrativas existen diferencias cualitativas o teleológicas. Sostuvo, en efecto, la Sala Constitucional:

“...el criterio sostenido por la jurisprudencia patria asume la tesis de la dualidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, estableciendo como elemento diferenciador el *telos* perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva.

Así las cosas, observa esta Sala que según el criterio establecido, la potestad punitiva del Estado corresponde al campo de estudio y aplicación del Derecho Penal, cuando la conducta antijurídica haya sido catalogada como tal, siendo necesario castigar dichas conductas a los efectos de mantener la paz social, como única herramienta para la consecución del bien común. Es justamente por esta razón que el castigo

² PAREJO ALFONSO, Luciano, La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas en el Derecho Español; en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías"*. pp. 144-146; Caracas, 1996. En igual sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *El derecho penal económico (aplicado a la actividad empresarial)* Civitas, Madrid, 1978, pp. 92-108.

tradicionalmente y generalmente aplicado es la pena de privación de libertad.

De otra parte, el objeto de estudio y aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública”.

Consideramos, sin embargo, que la cuestión no es tan clara como parece haberla advertido el Máximo Tribunal, ya que de aceptarse, sin más, la tesis de las diferencias cualitativas o teleológicas entre el ilícito penal y el administrativo, habría que concluir que el legislador no tiene posibilidad de transformar, como efectivamente lo ha hecho mediante modificaciones legislativa, ilícitos penales en meras infracciones administrativas, y viceversa³.

II. NECESIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Así como no se concibe una sentencia penal sin juicio, tampoco es legítima la imposición de una sanción administrativa sin la previa sustanciación de un procedimiento administrativo. Toda sanción administrativa se formaliza mediante un acto administrativo, para cuya formación es necesaria la sustanciación previa de un *procedimiento sancionatorio*.

El procedimiento sancionatorio es, entonces, el conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa.

Dicho procedimiento tiende, fundamentalmente, a cumplir dos objetivos. En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; en segundo término, es el medio que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando, a la

³ Cfr. SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 36.

par, la actuación inquisitiva de la Administración. Como lo señaló la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal, en sentencia de fecha 25 de julio de 1990 (Caso Compagnie Generale Maritime) *“El principio de oír al interesado ... no sólo constituye un principio de justicia, sino también de eficacia, por cuanto asegura un veraz conocimiento de los hechos, contribuye a mejorar la administración y a garantizar decisiones más justas. Este derecho a ser oído es un derecho transitivo el cual requiere alguien que quiera escuchar para ser real y efectivo. Ahora bien, el que la administración pública escuche involucra necesariamente que ella conozca todos los argumentos y planteamiento del interesado (artículo 62 L.O.P.A), así como los que deriven del cumplimiento por su parte de impulsar de oficio el procedimiento (artículo 53 L.O.P.A.) y que decida, fundamentándolos, tales planteamientos (artículos 9 y 18 ejusdem)”*.

La necesidad del procedimiento sancionatorio deriva del derecho a la defensa, el cual, conforme reiterado criterio del Tribunal Supremo de Justicia, es extensible en su aplicación tanto al procedimiento constitutivo del acto administrativo como a los recursos internos consagrados por la ley para depurar aquél. En consecuencia, la emisión de un acto sancionatorio sin cumplir el procedimiento respectivo, y fundamentalmente, sin garantizar la participación activa del interesado, apareja su nulidad absoluta⁴. En estos supuestos, la existencia de pruebas evacuadas unilateralmente por la Administración para comprobar los hechos que dieron origen a la medida punitiva, no pueden invocarse para convalidar el acto sancionatorio dictado, ya que la falta de audiencia del interesado es un vicio de tal gravedad, que afecta todas las actuaciones que hubiere realizado la administración a su espalda. Por ello, la jurisprudencia sostiene, con razón, que son inválidas e insuficientes las pruebas evacuadas por la Administración sin que el sujeto sancionado hubiere tenido participación en su desarrollo, ni dispusiese de los medios y recursos para contradecirlas o invalidarlas⁵.

⁴ En estos casos, la nulidad absoluta tiene una doble fundamentación. Por una parte, se configura el vicio de ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (artículo 19, numeral 4 de la L.O.P.A); y de otro lado, se incurre también en violación de un derecho o garantía constitucional (el derecho a la defensa y al debido proceso), lo cual se traduce en un vicio de nulidad absoluta de acuerdo con lo previsto en el artículo 19, numeral 1 de la L.O.P.A., en concordancia con el artículo 25 de la Constitución.

⁵ Cfr. CSJ/SPA. Sentencia del 7-3-95. Caso: Concretera Martín, C.A.

Además, conviene advertir que la inexistencia de un procedimiento administrativo sancionatorio especial, no se traduce en la posibilidad de dictar el acto sancionatorio sin procedimiento, ya que en esos casos, la Administración puede optar por cualquiera de los procedimientos (sumario u ordinario) previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶.

III. ¿ES POSIBLE ESTABLECER EXCEPCIONES LEGALES AL PRINCIPIO DE AUDIENCIA DEL INTERESADO?

En sentencia de fecha 7 de marzo de 1995, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la necesidad de abrir un procedimiento sancionatorio para declarar la caducidad de una concesión administrativa, sugirió que existían algunos casos en los cuales no se requería la participación del interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio. Es obvio –afirmó el Supremo Tribunal– *“que la apertura del procedimiento para la verificación de la caducidad, salvo en los casos en que la constatación sea objetiva en el sentido de que dependa de un trámite que debe hacerse ante la misma Administración, como lo es el pago de impuestos y tasas, debe ser formulada al interesado a los fines de permitir que el mismo pueda desvirtuar su existencia”*.

Obsérvese, que a juicio del Supremo Tribunal, la audiencia del interesado no condiciona la validez del acto sancionatorio, en aquellos casos en que *la constatación sea objetiva en el sentido de que dependa de un trámite que debe hacerse ante la misma Administración*. La excepción de audiencia al interesado en estos casos, ha sido consagrada, incluso, a nivel legislativo: el Código Orgánico Tributario de 1994 (artículo 149, Parágrafo Unico) permite imponer sanciones de plano, sin previo levantamiento del Acta Fiscal, ante el “incumplimiento de deberes formales”.

Creemos, sin embargo, que en esos supuestos –i.e. cuando la imposición de la sanción administrativa deriva del incumplimiento de un trámite ante la Administración– también debe respetarse el derecho a la defensa del interesado y, consecuentemente, garantizar su participación en el pro-

⁶ *Ibidem*.

cedimiento. En efecto, la aplicación de sanciones por incumplimiento de deberes formales, sin procedimiento, pueden dar lugar a situaciones injustas, como sería, por ejemplo, que el particular haya remitido los documentos oportunamente por vía de correo (artículo 43 de la L.O.P.A.) y que por deficiencias en el servicio de correo, la Administración no reciba la documentación y proceda a aplicar la sanción administrativa al administrado, bajo la premisa *falsa* de que no cumplió con el deber formal relativo a la consignación de los documentos respectivos. Además, en este como en los otros casos, si no se garantiza la participación de interesado en el curso del procedimiento sancionatorio, se le priva de la oportunidad de controlar, durante la etapa formativa del acto, otros elementos igualmente importantes como la competencia subjetiva del funcionario sustanciador, el cual podría estar incurso en causal de inhibición. Asimismo, si no se garantiza la audiencia previa, se priva al interesado del derecho de formular alegatos y súplicas, tanto más cuando en materia de sanciones administrativas la doctrina —incluso la más tradicional— sostiene que debe admitirse la *prueba de la falta de conocimiento no culpable de la disposición administrativa infringida*⁷, opinión que, en cierta medida, ha sido recogida por la legislación⁸.

Sabemos que en esos supuestos excepcionales, el interesado puede hacer uso de los recursos administrativos y judiciales para demostrar que el acto sancionatorio es nulo, pero ello resulta insuficiente, ya que (i) algunos alegatos (vgr. prescripción, eximentes de responsabilidad, necesidad de inhibición del funcionario, etc.) son propios de la fase constitutiva del acto; (ii) los tribunales del orden contencioso administrativo carecen de competencia para evaluar razones de mérito que podrían alegarse en la vía administrativa; y (iii) en la mayoría de los casos el acto produce y mantiene sus efectos negativos aún cuando se hubieren ejercido los pertinentes recursos.

En definitiva, consideramos que el principio de audiencia del interesado en los procedimientos sancionatorios, adminiculado como está al de-

⁷ SCHÖNKE, La doctrina del derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana, en *Revista de Derecho Procesal*, 1951, vol. II.

⁸ El Código Orgánico Tributario (artículo 79, numeral c) establece, en efecto, que “*El error de derecho excusable*” constituye una eximente de responsabilidad penal, lo cual se entiende en la doctrina administrativa en su más amplia acepción: ilícitos penales tributarios *stricto sensu* e ilícitos administrativos.

recho constitucional a la defensa, no admite excepciones legales ni jurisprudenciales, por lo que debe respetarse, incluso, cuando la aplicación de la sanción administrativa dependa del cumplimiento de un trámite ante la Administración.

IV. DISTINCIÓN ENTRE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y PROCEDIMIENTOS SIMILARES

El procedimiento sancionatorio, objeto del presente estudio, no debe confundirse con otros trámites similares que se cumplen en el seno de la Administración Pública, tales como: (i) la sustanciación de asuntos de naturaleza eminentemente jurisdiccional, en los que la Administración actúa como árbitro entre dos partes en conflicto; y (ii) la realización de actos de sustanciación por los órganos de la Administración en funciones de policía judicial.

1. Procedimiento sancionatorio vs. procedimiento administrativo arbitral

En primer lugar interesa distinguir el trámite encaminado a aplicar una sanción administrativa, de los procedimientos administrativos jurisdiccionales o arbitrales, pues (i) en algunos casos, la jurisprudencia ha calificado de jurisdiccionales actos de eminente carácter sancionatorio, como son los actos disciplinarios⁹; y (ii) en otros supuestos, especialmente cuando en el procedimiento sancionatorio interviene un denunciante, se tiende a calificar, *a priori*, dicho procedimiento, como jurisdiccional¹⁰.

Al respecto, observamos que cuando la Ley atribuye a la Administración jurisdicción para resolver un conflicto entre partes (vgr. procedimientos de regulación de viviendas, jurados de agua y reenganche de

⁹ Así, en sentencia de fecha 28 de marzo de 1985 (Caso: Ruíz Becerra), la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal calificó de jurisdiccional una decisión disciplinaria (destitución) dictada por el Consejo de la Judicatura.

¹⁰ Por ejemplo, el procedimiento sancionatorio seguido por PROCOMPETENCIA, con motivo de la presunta operación de concentración económica celebrada entre Coca-Cola y Hit de Venezuela, fue calificado, debido a la activa participación del denunciante (Pepsi), como un procedimiento "jurisdiccional" celebrado en el seno de la administración (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 5 de mayo de 1997).

trabajadores investidos de fuero), la actuación del órgano administrativo es la de ser un árbitro imparcial en una controversia que le es ajena¹¹, en tanto que en el procedimiento sancionatorio, la administración tiende a reprimir las infracciones al ordenamiento administrativo, sea éste general (sanciones de policía general), sectorial (sanciones de policía especial) o interno (sanciones disciplinarias o correctivas).

La natural diferencia entre potestad sancionatoria y jurisdiccional, tiene importantes manifestaciones en los aspectos adjetivos o de procedimiento, tales como:

- a. El procedimiento jurisdiccional o arbitral que se sustancia ante la Administración Pública, encaminado como está a solucionar un conflicto entre dos partes, *sólo puede iniciarse a solicitud del interesado*, de manera que no cabe su apertura oficiosa por parte de la Administración Pública. En cambio, el procedimiento sancionatorio se inicia, de ordinario, mediante una decisión oficiosa del órgano competente.
- b. En el procedimiento administrativo jurisdiccional o arbitral (también llamado por un sector de la doctrina *procedimiento cuasijurisdiccional*), al igual que en el proceso judicial ordinario, rige el principio de que las partes están a derecho, de manera que –salvo el supuesto de suspensión del procedimiento– no es necesario notificar a las partes de los actos que se van produciendo en su curso¹². Distinto es lo que ocurre en el procedimiento sancionatorio, en el cual rigen plenamente los principios ordinarios sobre notificación de los actos administrativos.
- c. El procedimiento administrativo jurisdiccional es disponible por las partes, de allí que puedan darse en él todos los mecanismos de autocomposición (desistimiento, convenimiento y transacción). Ello no sucede en el procedimiento sancionatorio, toda vez que, (i) tratándose de un procedimiento que sólo puede ser iniciado de oficio, el desistimiento del interesado –denunciante– o la inadmisibilidad de su denuncia no produce necesari-

¹¹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Los Actos Cuasijurisdiccionales*. Edic. Centauro, 1990, p. 58.

¹² Cfr. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 8 de febrero de 1990.

riamente el cierre del trámite; y (ii) de otra parte, siendo que el ejercicio concreto de la potestad sancionatoria de la Administración constituye un asunto de orden público, resulta en principio, ilegal, la celebración de transacciones en esa materia.

2. Procedimiento sancionatorio y actuaciones de policía judicial

El procedimiento sancionatorio tampoco debe confundirse con las actuaciones de instrucción que realizan algunos órganos de la Administración Pública, en colaboración con los Tribunales de Justicia Penal, destinadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los hechos constitutivos de delitos penales, los presuntos agentes, y el aseguramiento de las personas y de los objetos (activos o pasivos) de la perpetración.

Existen, en efecto, diversos órganos pertenecientes a la Administración Central y Descentralizada, que realizan, como funciones ordinarias (Cuerpo Técnico de Policía Judicial) o eventuales (Guardia Nacional, INDECU, Contraloría General de la República, Comisión Nacional de Casinos, etc.), actividades de instrucción de procesos judiciales penales.

Las actuaciones realizadas en ejercicio de esas potestades de policía judicial, no tienen naturaleza administrativa y, consecuentemente, el procedimiento que cumplen los órganos de la Administración en esos casos no es un procedimiento administrativo, así como tampoco son administrativos los distintos actos (informes, experticias, comisos, etc.) que se producen en desarrollo de esas actividades de instrucción. El carácter estrictamente judicial de esas actuaciones, se hallaba consagrado en el Parágrafo Único del artículo 72 del Código de Enjuiciamiento Criminal, norma que a la par de prever la figura de los órganos de Policía Judicial (numerales 4 y 5) como instructores del proceso penal, determinaba que *"Los funcionarios que instruyen el sumario, cuando no lo sean los Tribunales de la causa, se considera que actúan por delegación de éstos"*.

Es un error, entonces, pretender impugnar las actuaciones de instrucción del proceso penal, realizada por los órganos administrativos, mediante las vías de impugnación típicas de los actos dictados por la Administración. En este sentido, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 11 de agosto de 1994 (Caso: Figueredo Planchart), al resolver

la acción de amparo incoada –conjuntamente con recurso de nulidad– contra un informe de instrucción producido por la Contraloría General de la República, en la cual se alegaba la violación del derecho de defensa en razón de que no se había notificado al investigado, afirmó que “...la Contraloría General de la República puede recabar, sin necesidad de citar a quienes pudieren resultar afectados, todas las pruebas que estime necesarias para los casos en que pueda derivarse responsabilidad civil o penal y, al finalizar esa labor, remitirla al Fiscal General de la República a fin de que en forma inmediata inicie los procesos judiciales a que hubiere lugar (...) esta Sala estima que el agravio a los derechos a la defensa, al debido proceso y a un juicio justo, resulta imposible e irrealizable por parte del Contralor General de la República en cumplimiento de las labores de sustanciación que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público le acuerda, pues esas gestiones son precisamente fases previas al inicio de los procesos judiciales, en los que va de suyo la participación de los interesados”.

Hay que añadir, sin embargo, que cuando una autoridad pública actúa con la doble condición de funcionario instructor del proceso penal y de funcionario con potestad para aplicar sanciones administrativas, debe escindir-se con claridad los actos de instrucción penal, y los cumplidos en ejercicio de las potestades sancionatorias-administrativas, ya que en la emisión de estos últimos son plenamente aplicables los principios generales del procedimiento administrativo sancionador.

V. DERECHOS, GARANTÍAS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

La coexistencia de la potestad administrativa sancionadora, y la potestad penal judicial, ha llevado a la doctrina a estudiar las relaciones que existen entre ellas.

Inicialmente, se consideró que la potestad penal judicial tenía rango originario y la administrativa poseía rango menor, auxiliar o complementario.

A esta etapa corresponden las viejas denominaciones –*Derecho Penal de Policía y Derecho Penal Administrativo*– que se dieron a esta disciplina. También corresponden a esta fase, algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, en los cuales, para justificar la aplicación de los principios generales de la actividad punitiva del estado al ámbito de los procedimientos administrativos, en lugar de invocar directamente los preceptos constitucionales que consagraban tales principios, se echaba mano del artículo 7 del Código Penal.

La consideración de la potestad administrativa sancionadora como derivación del derecho penal judicial, y la consecuente aplicación supletoria –no directa– de los principios generales que rigen el proceso penal, traducían una posición sumamente injusta para el administrado que enfrentaba un procedimiento administrativo, desde que la infracción de tales principios generales se consideraba una infracción de ley, y por tanto, no podía hacerse valer como violación del orden constitucional.

Sin embargo, esta posición evolucionó hacia la que se mantiene en la actualidad, que postula la identidad de rango y origen entre la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal judicial. Se señala, así, que el *ius puniendi* estatal es uno sólo, y se desagrega en dos manifestaciones de carácter puramente orgánico: la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal judicial. Los principios generales de rango constitucional que gobiernan el *ius puniendi*, se aplican por lo tanto, de manera directa, a ambas manifestaciones del *ius puniendi*, de allí que tanto la potestad sancionadora de la Administración, como la actividad penal judicial quedan sujetas a principios generales comunes, y en ambos planos del poder punitivo del Estado habrá que reconocer que tales principios tienen rango constitucional. Como lo sostuvo el Tribunal Constitucional Español en las sentencias del 30 de enero y 8 de junio de 1981: “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, *dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*”.

La tesis de la unidad superior del ordenamiento punitivo del Estado, y la consecuente aplicación de los mismos principios al proceso penal judicial y al procedimiento administrativo sancionador, fue recibida igualmente por nuestra jurisprudencia. La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de noviembre de 1983, ratifi-

cada en decisión del 1 de octubre de 1996, es sumamente clara en este sentido, cuando señala que la cobertura de las garantías constitucionales que rigen el proceso penal ha sido interpretada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, *“a tal punto que la aplicabilidad de los preceptos en ellos enunciados ha sido extendida a todas las ramas del derecho público allende los límites del derecho penal y de las normas que protegen exclusivamente la libertad física del individuo, a fin de convertirlas en pautas fundamentales de la genérica potestad sancionadora del Estado”* (Gaceta Forense, Tercera Etapa; N° 122, p. 270).

La recién promulgada Constitución (1999), recoge expresamente las anteriores enseñanzas, y en tal sentido dispone:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

- 1. La defensa y la asistencia jurídica es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*
- 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*
- 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en toda clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien le juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*
5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*
7. *Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente.*
8. *Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del particular para exigir la responsabilidad personal del magistrado o juez y del Estado de actuar contra éstos”.*

En definitiva, los derechos y garantías que rigen el proceso penal se aplican al procedimiento administrativo sancionador, pues la actividad punitiva del Estado es un solo género, y las sanciones administrativas y judiciales son sus especies. Por lo tanto, las garantías fundamentales que regulan dicha actividad han de aplicarse tanto en materia penal stricto sensu, como en el área de las llamadas sanciones administrativas.

1. Principio de legalidad de las infracciones y sanciones

La garantía de legalidad se identifica con el conocido principio penal “*nullum crime nulla poena sine lege*”, el cual exige la existencia previa de una norma legal que, por una parte, tipifique como “infracción” la conducta que se pretende castigar (*principio de legalidad de la infracción: nullum crime sine lege*); y de otro lado, establezca la sanción aplicable a quienes incurran en dicha conducta (*principio de legalidad de la sanción: nullum poena sine lege*).

La Constitución de 1961, trataba por separado ambos aspectos del principio. Así, en el artículo 60, ordinal 2, establecía el *principio de legalidad de la infracción*, cuando disponía que “nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta”; y en el artículo 69 consagraba el *principio de legalidad de las sanciones*, conforme al cual “Nadie podrá ser ... condenado a sufrir pena que no esté establecida en ley preexistente”. De esa manera, tanto la infracción (hecho constitutivo del ilícito) como la sanción (consecuencia aplicable a quienes incurrieran en el ilícito), debían estar tipificados previamente por la Ley.

La vigente Constitución (1999) recoge en forma expresa el principio de *legalidad de las infracciones* y en tal sentido dispone que “*Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes*” (artículo 49, ordinal 6), pero no contiene una norma expresa similar al artículo 69 del Texto Constitucional derogado, que exija la preexistencia de una norma legal que establezca la pena o sanción aplicable. No obstante la ausencia de un artículo que establezca el principio de legalidad de las sanciones, no puede entenderse como negación de esa garantía fundamental, pues de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución, las normas contenidas en 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 resulten más favorables a las establecidas en la Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. La garantía de legalidad de las sanciones es, precisamente, una de las que si bien no encuentra actualmente reconocimiento constitucional expreso, tiene sin embargo igual rango constitucional por encontrarse pre-

vista en instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela. Así, dicho principio se encuentra recogido –entre otros– en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica (artículo 9) .

El Tribunal Constitucional Español, en términos enteramente aplicables a nuestro régimen, ha señalado en reiteradas ocasiones que el principio de legalidad de las infracciones y sanciones comprende *“una doble garantía: la primera, de orden material y de alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal”* (STC 61/1990, del 29 de marzo).

Varias son las cuestiones que plantea el principio constitucional de legalidad de las infracciones y sanciones, en relación con cada una de las garantías –material y formal– antes enunciadas:

- a. Así, interesa establecer cómo interactúan el principio de legalidad –lex previa– y el de retroactividad de las normas sancionatorias más favorables.
- b. De otra parte, conviene analizar los requisitos mínimos de *certeza* que debe cumplir una norma sancionadora en la labor de tipificación de conductas ilícitas, cuestión que nos enfrenta necesariamente al estudio de las disposiciones sancionatorias en blanco y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados.
- c. Finalmente, debemos hacer referencia al alcance de la garantía formal inherente al principio de legalidad, lo que nos colocará en la tarea de determinar hasta qué punto es admisible –si es que ello es posible– la colaboración reglamentaria en la definición de conductas ilícitas y en el establecimiento de las respectivas sanciones.

Veamos:

a. Exigencia de Ley previa y retroactividad de las normas sancionatorias más favorables

Ya hemos observado que de conformidad con el artículo 49, ordinal 6, de la Constitución, las disposiciones sancionatorias deben estar previstas “*en leyes preexistentes*”.

Obviamente, el principio de preexistencia se refiere tanto a las infracciones, como a las sanciones, y así se ha encargado de aclararlo la jurisprudencia patria, al sostener:

– Que “... *la garantía que exige la ley preexistente para la sanción necesariamente se extiende a la falta. La falta debe estar definida también por ley preexistente, de lo contrario no podría siquiera hablarse de la posibilidad de la existencia de un verdadero Estado de Derecho ...*” (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fechas 25 de julio de 1996 (caso: *Tesalio Cadenas*) y 21 de agosto de 1996 (caso: *Luis Carlos Palacios Juliac*); y

– Que “...*en el sistema jurídico venezolano rige el principio de la legalidad en materia de infracciones y penas, lo que conduce a exigir, la previa tipificación legal de los hechos que puedan calificarse como ilícitos, y también se hace imprescindible la anticipada determinación legal de la correspondiente medida sancionatoria*” (Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de abril de 1997. Caso: *Eloy Lares Martínez y otros*).

La preexistencia de las penas, constituye una manifestación concreta del principio general de irretroactividad en el ámbito del derecho punitivo o sancionatorio. En este sentido, el principio de preexistencia de las penas produce dos consecuencias fundamentales.

En primer lugar, supone el rechazo efectivo a la sanción de comportamientos cometidos antes de plasmarse, a nivel legislativo, su concreta

tipificación (Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 3ª, del 16 de octubre de 1981): La pena debe ser preexistente a la comisión del hecho que se pretende sancionar. La infracción de este aspecto del principio —que se produce siempre que se pretenda castigar una conducta no tipificada como punible para el momento de su ocurrencia— se traduce en clara violación del principio de legalidad de las infracciones y sanciones, y al mismo tiempo, en desconocimiento de la garantía constitucional de irretroactividad de la ley (artículo 24 de la Constitución).

En segundo lugar, para imponer sanciones por hechos que merezcan un correctivo, no sólo han de estar contemplados y sancionados por la ley vigente en el momento de su comisión, sino también cuando se juzga o determina por el órgano competente la aplicación de la norma sancionadora a dichos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 5ª, del 14 de junio de 1987)¹³. La pena debe continuar preexistiendo para el momento en que el órgano competente pretenda aplicarla. Por lo tanto, no podría aplicarse sanción alguna si para la fecha en que se dicta la decisión respectiva, el hecho que se pretendía sancionar ha dejado de ser ilícito. Este aspecto del principio de preexistencia no es más que el reflejo de la garantía —también de rango constitucional— de aplicación retroactiva de las normas sancionatorias más favorables.

En efecto, el principio general, consiste en que la ley aplicable para el enjuiciamiento de un ilícito administrativo, es la vigente para el momento en que el mismo se configura. Habrá que atender, por tanto, al tipo de ilícito a los fines de establecer si la ley aplicable es la vigente para el momento en que se realizan los actos que lo configuran —caso de ilícitos por acción u omisión— o la vigente para el momento en que se produce el resultado dañino castigado legislativamente —si se trata de ilícitos de resultado—.

En todo caso, la ley aplicable debe ser preexistente al ilícito, como lo hemos señalado anteriormente, y será esa ley la aplicable de manera principal cuando se juzgue el presunto hecho irregular.

La regla tiene, sin embargo, una excepción de rango constitucional: si luego de la realización de un hecho sancionable según la ley preexistente,

¹³ Cfr. GARBERI LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Edit. Trivium. Madrid, 1989, p. 87.

se produce una modificación legislativa, y la nueva ley es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, bien porque quita al hecho el carácter punible, o porque establece una sanción de menor efecto dañino para el sujeto pasivo, entonces será dicha ley (la más favorable o benigna) la aplicable al hecho que se juzga, aún cuando no hubiere estado en vigencia para el momento en que se configuró el ilícito administrativo.

El carácter constitucional del principio ha sido resaltado por el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 7 de mayo de 1981, en la cual sostuvo que “la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a contrario sensu, en el artículo 9.3 de la Constitución, que declara la irretroactividad de las no favorables”.

Contra esta tesis jurisprudencial, que eleva a rango constitucional el principio de aplicación retroactiva de las normas sancionatorias más favorables, han reaccionado NIETO y LOPEZ MENUDO, quienes sostienen que “en el principio de irretroactividad de las normas desfavorables contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución no va implícito el mandato constitucional de que se den efectos retroactivos a los favorables”, sino que ello significa que “...las normas sancionadoras favorables “pueden” ser tanto retroactivas como irretroactivas”. Entiendo pues –concluye el profesor NIETO– que “la regla de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables tiene rango legal y no constitucional. Lo que significa que puede ser derogada o excepcionada por cualquier otro precepto de rango legal sin que ello vulnere la Constitución”¹⁴.

En nuestro régimen, el carácter constitucional del principio no tiene discusión alguna, pues su formulación actual no es el resultado de una interpretación *a contrario sensu* del principio de irretroactividad de la Ley, sino que resulta de manera expresa de lo dispuesto en el artículo 24 del Texto Fundamental según el cual “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, *excepto cuando imponga menor pena*”. Además, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que tiene rango constitucional, a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la vigente Constitución, también formula positivamente el principio, y en tal sentido

¹⁴ Cfr. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, Segunda Edición Ampliada, Madrid, 1994, pp. 238-239.

señala que “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Cabe advertir, finalmente, que la doctrina y jurisprudencia foránea han aclarado que el juicio de benignidad de la nueva ley debe efectuarse de manera integral, sin fraccionamientos, de modo que en aquellos casos en que el nuevo régimen legislativo contenga partes favorables y partes desfavorables, lo correcto será determinar si, en bloque, se trata realmente de una regulación más benigna. Como lo afirmó el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 28 de mayo de 1990, cuyos términos han sido enteramente suscritos por GONZÁLEZ NAVARRO, “No se puede aplicar a retazos una y otra ley (la anterior y la posterior) debiéndose de aplicar la nueva cuando sea más favorable al reo, en bloque, no fragmentariamente, porque si se procediera a seleccionar la normativa precedente y la que modifica lo más beneficioso de una y otra, se estarían usurpando tareas legislativas que no corresponden a los Tribunales como sería la creación de una norma artificial e indebidamente elaborada a partir de lo entresacado de la antigua y la nueva”¹⁵.

b. El principio de tipicidad exhaustiva. Certeza de la norma sancionatoria

Hemos señalado con anterioridad que el principio de legalidad sólo se entiende cumplido cuando los preceptos jurídicos sancionatorios pre-existentes, “*permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción*”.

En consecuencia, la norma sancionatoria no sólo debe ser previa, sino también cierta. A este segundo requisito responde el *principio de tipicidad exhaustiva*.

El principio de tipicidad exhaustiva es una exigencia de seguridad jurídica, y persigue hacer operativa la *conminación abstracta* que subyace en toda norma sancionatoria, de manera que el administrado conozca el hecho sancionable y tenga oportunidad de evitarlo.

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Edit. Civitas. Segunda Edición. Tomo II, Madrid, 1999, p. 2555).

Sobre el particular se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el fallo de fecha 6 de marzo de 1997 (Caso: CIF, S.A vs Procompetencia), el cual es, sin duda, el precedente jurisprudencial que con mayor claridad ha expuesto el alcance la exigencia de tipicidad de los ilícitos administrativos. La Corte sostuvo al respecto:

“...el establecimiento, en la Ley ... de conductas prohibidas y sanciones, no constituye un fin en sí mismo (...) cuando se prohíbe y sanciona una determinada conducta ... lo que se persigue en realidad es evitar –mediante la conminación abstracta que provoca la norma punitiva– que los administrados lleven a cabo tal actuación. Pero para lograr ese propósito, es menester que por vía normativa se establezcan con suficiente claridad los elementos de la conducta prohibida, pues, de lo contrario ... no podría el administrado conocer anticipadamente las consecuencias de sus actos, ni estaría en posición de determinar los límites de su libertad de actuación.

La necesidad de definir claramente el hecho prohibido y sancionado deriva –de modo general- del principio de libertad consagrado en el artículo 43 de la Constitución y –en particular- del principio nullum crime sine lege, consagrado en el artículo 60, numeral 2, eiusdem, el cual es aplicable –según la jurisprudencia de esta Corte– en todos los ámbitos (judicial o administrativo) en que se desenvuelve la actividad punitiva del Estado. En efecto, de acuerdo con la doctrina (Nieto, Garberí Llobregat, Cano) para cumplir cabalmente con este último principio, es necesario que el acto u omisión sancionados se hallen claramente definidos en un texto normativo (...).

(...) el requisito de tipicidad –inherente al principio de legalidad de las infracciones– obliga a que la conducta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por instrumentos normativos y no mediante actos particulares (...) su aplicación exige que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y, consecuentemente, pueda evitarlo, circunstancia que sólo podría

lograrse mediante una clara definición de los elementos típicos de la conducta prohibida..."

La determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto caso por caso, por el órgano judicial encargado de controlar el acto de aplicación de la disposición que se denuncie violatoria de tal principio. En todo caso, habrá que retener como guía, para esos fines, que la tipificación es suficiente *"cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra"*¹⁶.

b.1. Normas sancionadoras en blanco

Existe al menos un supuesto en el cual la falta de tipificación –y por ende la violación del principio de legalidad de las infracciones– luce evidente. Tal es el caso de las llamadas "normas en blanco", disposiciones contenidas en algunas leyes sectoriales, que establecen sanciones aplicables –de manera genérica– *"a la violación de cualquier disposición de esta Ley o su Reglamento"*. Este tipo de normas carecen en verdad de contenido material, desde que no precisan la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica ("violación de cualquier disposición de la ley o su reglamento") colocan en manos de la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación de la garantía de legalidad de las infracciones y faltas.

Al respecto, es elocuente la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, del 9 de agosto de 1990, en la cual se anuló una disposición de esa especie (específicamente: el artículo 82 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo), por considerar que las infracciones administrativas *"...deben ajustarse al principio constitucional de la legalidad de las infracciones y de las penas"* conforme al cual *"no se admite en nuestro régimen jurídico para que proceda la aplicación de la sanción o pena, que el legislador en el olvido de las garantías constitucionales y de la obligada sujeción de la norma legal a la Constitución,*

¹⁶ NIETO, Alejandro, ob. cit., p. 293.

jerárquicamente superior, deje mediante una formulación genérica a discreción de la autoridad administrativa la determinación de la correspondiente figura delictual, puesto que ello envuelve, sin duda, el quebrantamiento del rígido principio de legalidad que en la materia consagran las normas constitucionales (...)".

A similar conclusión había llegado el Tribunal Constitucional Español, al anular, mediante sentencia del 10 de noviembre de 1986, el Real Decreto 2347/1985 del 4 de diciembre, por considerar que "...la tipificación normativa previa de conductas sancionables ha de realizarse a través de igual mecanismo legal, *sin que sean suficientes amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión* y analizando el artículo 1 (15) parece claro que el principio de legalidad no ha sido respetado, tanto por esa acción que invoca el real decreto como por la amplitud y vaguedad de lo que pretende ser una tipificación de hechos calificables como infracciones, al utilizarse una *formula omnicomprendensiva, que no deja fuera del campo sancionador, acción u omisión alguna* contraria a la ley, reglamento o convenio colectivo".

En nuestro régimen, el asunto fue nuevamente discutido por la Corte en Pleno en sentencia de fecha 17 de abril de 1997 (Caso: Eloy Lares Martínez y otros), que resolvió la demanda de nulidad que se había ejercido contra la parte final del numeral 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, norma que tipificaba, como hecho generador de responsabilidad administrativa, "*el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa de que se trate*".

En esa oportunidad, la Corte no anuló la norma impugnada, sino que acudió a una "*interpretación constitucional*"¹⁷ con el objeto de hacer compatible su aplicación con el principio de legalidad de las infracciones y faltas. En este sentido, sostuvo la Corte lo siguiente:

"... cuando la norma bajo examen señala que debe tratarse de una acción u omisión que está tipificada en la ley, y que es imputable personalmente al funcionario como conse-

¹⁷ En los términos de la misma sentencia, la interpretación constitucional consiste en que "en el caso de denuncia de inconstitucionalidad de una norma legal, y existiendo diversas posibilidades de interpretación, debe preferirse siempre aquella que armonice el texto constitucional con el de la norma en discusión".

cuencia de la ejecución de la conducta prohibida que es causa directa del incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o de la normativa de que se trate, quiere decir que se excluye cualquier valoración del ente contralor que no esté en relación directa con los instrumentos normativos y procedimentales que regulan su gestión. En efecto, la valoración que haga dicho ente debe estar en relación con los límites generales que regulan su actividad, sin que le esté permitido entrar a interpretar la finalidad de la ley en términos tan amplios al punto que se constituya en valoración del mérito y la oportunidad de la decisión administrativa. Ello es así por cuanto el control de gestión, en los términos establecidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en concordancia con sus atribuciones constitucionales y con la protección de los derechos individuales, exige la existencia de una conducta tipificada en la ley, que sea antijurídica e imputable.

La última parte del tantas veces citado numeral 15 del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, permite a este organismo, establecer la sanción de declaratoria de responsabilidad administrativa en los casos de incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa de que se trate, *es decir, cuando el incumplimiento es consecuencia directa de una conducta, imputable al funcionario público de que se trate, que se encuentre tipificada en las leyes.*

(...)

No se trata por tanto de una formulación genérica que deja al órgano administrativo la determinación de lo ilícito; en tal sentido, cabría la consideración de que la disposición in comento, no abandona al arbitrio o discreción de la Contraloría, la fijación del hecho que genera la responsabilidad administrativa, sino que tal norma prevé una remisión normativa en orden a establecer las finalidades de las leyes o de la "normativa de que se trate".

La posición de la Corte en el fallo citado, puede resumirse, como se puso de manifiesto el voto disidente de las Magistradas Rondón de Sansó y Romero de Encinosa, en que *“la disposición legal objeto del recurso prevé que por leyes ordinarias, puedan establecerse no sólo nuevas causales de responsabilidad administrativa, sino que permite mediante actos de rango sublegal, se definan nuevos hechos generadores de responsabilidad administrativa. (...) a través de la norma impugnada no se define ningún hecho generador de responsabilidad administrativa, sino que se delega la potestad normativa en materia de tipificación de ilícitos administrativos a favor de futuras leyes ordinarias o de actos normativos sublegales (reglamentos), y es por ello, que se ha afirmado que al no ser un precepto sancionador, sino una norma de delegación, no resultarían aplicables respecto a ella los artículos 60 numeral 2 y 69 de la Constitución”*.

En conclusión, las normas en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una Ley o un Reglamento, son contrarias al principio de legalidad de las infracciones consagrado en el artículo 49, ordinal 6 de la Constitución, pues, ante la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito (violación de cualquier norma legal o reglamentaria), será en verdad la autoridad administrativa encargada de aplicar la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable.

Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad de las infracciones todas las normas que pretendan definir conductas sancionables, sin proporcionar a la autoridad pública información suficiente en torno a la calificación jurídica del comportamiento infractor; e idéntico tratamiento deben recibir las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas¹⁸.

Recientemente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Exp. 97-19922; Fundación IDEA) ha vuelto a ratificar la inconstitucionalidad de la definición de ilícitos mediante normas en blanco, al sostener:

¹⁸ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, p.114.

“...esta Corte observa que el artículo 33, numeral 2 de los Estatutos de la Fundación IDEA, único fundamento normativo del acto impugnado, establece que un Profesor Titular de la misma podrá ser removido por “violación grave a los Estatutos, Reglamentos y demás normas que regulen las actividades de la Fundación”.

El numeral transcrito es, a juicio de esta Corte, violatorio del principio de tipicidad antes enunciado, desde que constituye una cláusula abierta y genérica. En efecto, el eventual sujeto pasivo de la conducta a que se contrae la referida norma (Profesor Universitario), tendría que conocer la totalidad de los Estatutos, Reglamentos y demás normas que regulan las actividades de la Fundación, para poder saber qué actos o hechos son susceptibles de encuadrar en la disposición aplicada.

La no especificación de los supuestos de hecho que dan lugar a la sanción contenida en el mencionado artículo, constituye una violación del principio de tipicidad, y por lo tanto, del Principio de Legalidad Sancionatorio, ya que una cláusula abierta como la mencionada, deja en manos de las propias autoridades llamadas a aplicarla, la tipificación de la conducta sancionable. Tal circunstancia, por una parte, contradice el mandato de tipificación inherente al principio de legalidad de las infracciones y sanciones; y además, ello constituye una clara situación de indefensión de los administrados quienes –ante el carácter genérico de la norma– no pueden tener certeza o claridad en torno a cuáles hechos encuadran en dicha disposición punitiva principios aplicables a toda potestad Sancionatoria Administrativa, tal y como lo dejó sentado esta Corte.

Por lo tanto, considera esta Corte que el artículo 33, numeral 2 de los Estatutos de la Fundación IDEA viola el principio de tipicidad por ser una cláusula abierta, y por ende debe desaplicar dicho precepto tal como lo permite el artículo 334 de la Constitución, en concordancia con

el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; y así se decide”.

Con similar orientación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 7 de agosto de 2001, anuló diversas disposiciones del Código de Policía del Estado Bolívar, por considerar que mediante dichas normas “...la Asamblea Legislativa del Estado Bolívar en olvido de las garantías constitucionales suficientemente señaladas, deja mediante una formulación genérica y a discreción de la autoridad administrativa la determinación y elección de la correspondiente figura delictual, así como de la pena que debe aplicar según sea el caso, quebrantando –en consecuencia– el principio de legalidad que en la materia sancionatoria consagra nuestro ordenamiento jurídico”.

Es por ello –agregó la sentencia del Tribunal Supremo– “...que el Código de Policía del Estado Bolívar, no podía regular sino las áreas que la ley le permite de modo que no puede suplirla allí donde la norma legal es necesaria para producir determinado efecto o regular un cierto contenido. Este cierto contenido la norma constitucional lo reservó para el Poder Legislativo Nacional y a éste pertenece la determinación de conductas infractoras y de las sanciones que las castigan. Es la ley la que puede definir el delito o falta sin que pueda señalar infracciones genéricas a ser tipificadas y complementadas tal como lo hace el Código impugnado”.

b.2. Normas que utilizan conceptos jurídicos indeterminados

La exigencia de certeza o tipicidad exhaustiva de la norma sancionatoria, no resulta disminuida por el hecho de que el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada¹⁹.

Lo característico de los conceptos jurídicos indeterminados –tales como: buena fe, falta de probidad, diligencia de un buen padre de familia,

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 151/1997, del 29 de septiembre.

justo precio, interés social— es que mediante ellos la norma remite a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, pero no obstante esa indeterminación del enunciado normativo, su aplicación sólo permite una solución justa en cada caso, de modo que se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o existe el interés social o no existe. La indeterminación del enunciado no implica, por tanto, indeterminación en la aplicación de la norma jurídica²⁰.

La unidad de solución que subyace en el *concepto jurídico indeterminado*, hace que su utilización en las normas sancionatorias sea, en principio, admisible, pues al existir una sola solución, la aplicación de la norma no comporta margen de discrecionalidad para el funcionario en la definición de la conducta sancionable. GARCÍA DE ENTERRÍA explica lo anterior en los siguientes términos:

“Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”²¹.

Si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados se considera, en principio, una técnica válida, excepcionalmente se exige que se incluyan disposiciones aclaratorias del concepto indeterminado cuando se utilicen expresiones que, por su falta de arraigo, no proporcionen información clara y suficiente acerca del comportamiento que se pretende sancionar.

En este sentido, ha señalado el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 12 de marzo de 1993, que “el legislador ... no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada unos de los términos que integran la descripción del tipo (...). Una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de

²⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Civitas, Octava Edición, Madrid, 1998, pp. 448-455.

²¹ *Ibídem*.

excepciones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y depararan, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones”.

La ausencia de tipificación suficiente que se produce en esos casos, es un tema sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el ya citado fallo de fecha 6 de marzo de 1997 (Caso: CIF vs Procompetencia). En esa oportunidad concluyó la Corte que el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia²², por sí solo, no cumplía con el requisito de tipificación suficiente que debe estar presente en toda norma prohibitiva-sancionatoria, de allí que tal disposición legal no podía aplicarse hasta tanto se definiera por vía normativa (reglamentaria) el concepto técnico “concentraciones económicas” utilizado en la descripción de la conducta sancionable. Veamos el razonamiento utilizado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo:

“...para que se configure la conducta prohibida debe existir una concentración económica y, a consecuencia de ella, deben generarse efectos restrictivos sobre la libre competencia o producirse una situación de dominio en todo o en parte del mercado.

Observa la Corte que de todos los conceptos técnicos (concentraciones económicas, libre competencia y situación de dominio), que definen la conducta prohibida, el primero –que es el requisito *sine qua non* para la configuración del acto prohibido– no ha sido precisado por la Ley, mientras que los otros dos –que pueden presentarse alternativamente en casos concretos– fueron delimitados detalladamente (“libre competencia”: artículo 3 y “posición de dominio” artículos 14, 15 y 16).

Ahora bien, ante la indeterminación que subyace en el concepto técnico “concentraciones económicas”, estima la Corte que la Superintendencia no podía aplicar el artículo 11

²² El artículo en cuestión, prohíbe “las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos de la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado”.

de la Ley para Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, hasta tanto dicho concepto no se hubiere precisado con suficiente claridad mediante un acto normativo, condición ésta que se cumplió recientemente, el 21 de mayo de 1996, con la puesta en vigencia del Reglamento Ejecutivo No. 2 de la mencionada Ley, cuyo artículo 4, establece –en una larga lista de cinco (5) literales, que incluye un supuesto residual– las diversas modalidades de operaciones de concentración económica.

(...)

(...) la insuficiencia del artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia para determinar cuál es la conducta prohibida y, en especial, para saber lo que significaba “concentraciones económicas”, se advierte también de la Resolución No. SPPLC/0036-94, de fecha 10 de agosto de 1994, en cuyo folio 6, puede leerse:

“Ante la complejidad técnica reconocida por el legislador, se prefirió conferirle a la Superintendencia la facultad de ‘proponer al Ejecutivo Nacional las reglamentaciones que sean necesarias para la aplicación de esta Ley’ (artículo 29, ordinal 6 de la Ley) y al Presidente en Consejo de Ministros, la responsabilidad de dictar esos reglamentos.

Uno de los reglamentos que debe dictar el Ejecutivo Nacional es el relativo a las concentraciones económicas, que defina y establezca un régimen que regule la evaluación de dichas operaciones, respetando el espíritu del legislador. Asimismo, le corresponde a la Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia, ir definiendo los mecanismos técnicos que permitan medir los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración, responsabilidad de mayor grado en los actuales momentos cuando todavía no se ha dictado el referido reglamento de concentraciones económicas.

La Superintendencia, *en su práctica administrativa en materia de concentraciones económicas*, ha señalado

que existe una operación de concentración económica cuando una persona o empresa asume el control sobre otra empresa, independientemente del mecanismo jurídico por el que se realice la operación (Cursivas de la Corte).

De los párrafos transcritos se desprende con suficiente claridad que la misma Superintendencia es consciente de la complejidad de definir el concepto “concentraciones económicas”. Asimismo, se evidencia que ha sido la autoridad administrativa, en “su práctica administrativa” la que –para la fecha en que se produjo el acto impugnado– había establecido las notas descriptivas de la concentración económica.

No duda esta Corte, que la definición de “concentraciones económicas” consignada por la Superintendencia coincide con el significado que se le ha dado en otros países a ese concepto técnico, y con el valor que ahora le atribuye el artículo 6 del Reglamento No. 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, pero tampoco duda que el artículo 11 de la mencionada Ley, al emplear conceptos técnicos, complejos e indefinidos en la tipificación de una conducta prohibida, era por sí solo insuficiente, para que los administrados pudiesen conocer con suficiente grado de certeza la conducta que dicho precepto quería prohibir y cuya comisión haría procedente las rigurosas sanciones previstas en los artículos 49 (...).

Contra esta realidad no cabe el argumento de la representación de la República según el cual,

“Aunque es cierto que la Ley venezolana no hace definiciones sobre lo que debe entenderse por operaciones de concentración económica, la jurisprudencia y la doctrina –y por supuesto, en esta última cabe incluir a la doctrina del propio órgano de la Administración Pública venezolana competente en la materia– pueden aclarar el concepto a través de la interpretación y aplicación de la ley en cada caso (...)”.

Ciertamente, siendo que el concepto complejo “concentraciones económica” forma parte de una norma sancionatoria, su definición clara no podía dejarse a la Administración “*en cada caso*”. En primer lugar, porque el requisito de tipicidad –inherente al principio de legalidad de las infraccio-

nes— obliga a que la conducta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por instrumentos normativos y no mediante actos de efectos particulares; y en segundo término, porque tratándose de una prohibición *ex lege*, su aplicación exige que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y, consecuentemente, pueda evitarlo, circunstancia que sólo podría lograrse mediante una clara definición de los elementos típicos de la conducta prohibida, a través de actos de efectos generales (reglamentos) y no mediante el análisis de casos concretos. Así se declara”.

c. Colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones

El aspecto final del principio de legalidad, guarda vinculación con el alcance de la *reserva legal* en la tipificación de las infracciones y sanciones.

Interesa determinar, en efecto, si dicha reserva es absoluta, de modo que no cabe en forma alguna la colaboración reglamentaria en esa parcela normativa, o si es posible admitir, por el contrario, que actos normativos sublegales (en general, reglamentos), intervengan en el área de la tipificación de infracciones y sanciones, en cuyo caso habría que precisar el alcance de esa *colaboración reglamentaria*.

La Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y en tal sentido ha establecido como principio general que la Administración no puede regular, en forma originaria, la materia sancionatoria, sino que para ello hace falta expresa habilitación legal. Así, en sentencia del 9 de agosto de 1990, el Máximo Tribunal sostuvo:

“...siendo el texto constitucional expresión de principios políticos fundamentales, catálogo de los derechos y garantías fundamentales y base de la organización de los poderes públicos, al clasificar los derechos y garantías y someter su regulación a las previsiones legales, entiendo tal remisión a los fines de que sean las leyes las que van a determinar el contenido de tales derechos fundamentales, vedando tal posibilidad a la norma reglamenta-

ria y, desde luego, a los actos de la administración que no encuentran apoyo en ley alguna. La Administración no puede, por ende, intervenir en la esfera de estos derechos más que en virtud de expresa habilitación legal, entendiéndose el concepto "legal" en su estricta significación de ley formal que el reglamento no puede sustituir en ningún caso".

Nótese, que el Supremo Tribunal no niega de plano la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones, sino que sujeta esa posibilidad a la preexistencia de "expresa habilitación" mediante Ley. Lo que sí está prohibido, entonces, es la intervención reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones, sin que medie la "expresa habilitación legal" a que alude la jurisprudencia. En otras palabras, no se admite en nuestro régimen jurídico la existencia de *reglamentos autónomos o independientes* que tipifiquen conductas sancionables y establezcan penas administrativas, pero sí es posible la existencia de reglamentos ejecutivos que colaboren con la tipificación de sanciones o infracciones, cuando ellos hubieren sido exhortados a través de expresas disposiciones legales.

Lo anterior es conforme, sin duda, con los principios generales que gobiernan el instituto de la *reserva legal*. En efecto, el que una determinada materia —en este caso: la descripción de infracciones y sanciones— se encuentre protegida por la garantía de *reserva legal*, no significa que esté vedada de manera absoluta la regulación reglamentaria de dicha materia, antes por el contrario, como lo ha señalado el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, la reserva de una materia a la ley implica dos consecuencias, a saber: (i) la imposibilidad de regular esa concreta materia mediante un reglamento independiente, porque cuando la Constitución reserva una materia a la ley lo que está diciendo es que entre la Constitución y el reglamento *ha de mediar la ley*, de modo que ésta se convierte en conectivo necesario entre la norma suprema y ese específico acto normativo de la Administración; y (ii) la necesidad de que el reglamento se limite a regular lo indispensable (*todo* lo que sea indispensable, pero *sólo* lo indispensable) para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la ley²³.

²³ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús et al., ob. cit., T. II. p. 2487.

2. Derecho a ser sancionado sólo por autoridades imparciales (separación entre órganos de instrucción y órganos decisorios)

Como muchos de los principios que hoy se predicán en el procedimiento administrativo, la exigencia de imparcialidad y objetividad tuvo origen judicial. Se trata de principios que cobraron carta de naturaleza en Inglaterra, a propósito de la formulación de la regla conforme a la cual “nadie puede ser juez en su propia causa”.

La Constitución Italiana hizo recepción expresa del principio de imparcialidad y exhortó al legislador a normar la organización administrativa de forma que este principio pudiera tener aplicación efectiva. En tal sentido, estableció la Constitución italiana –en su artículo 97– que “los oficios públicos estarán organizados según la disposición de la ley, de modo que aseguren ... la imparcialidad de la administración”.

En Francia, en ausencia de norma legal expresa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado, desde el *Arrête Trébes* del 4 de marzo de 1949, que “la imparcialidad en el procedimiento administrativo es un principio general del Derecho”.

El artículo 103.1, párrafo 3º, de la Constitución Española, a la par de proclamar la objetividad de la Administración Pública en el servicio de los intereses generales, invita a establecer por vía de Ley, las garantías necesarias para mantener la imparcialidad del personal administrativo.

En Venezuela, el principio de imparcialidad se encuentra consagrado en el artículo 145 Constitucional, conforme al cual “Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”.

Además, ha sido reconocido como un principio general del derecho, aplicable al procedimiento administrativo. Asimismo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al enumerar en su artículo 30 los principios que deben regir la actividad administrativa, incluye como uno de tales principios el de “imparcialidad”. Existen, también, leyes administrativas especiales en las cuales se recuerda que la actuación de determinadas Administraciones Públicas deben estar presididas por los principios de im-

parcialidad y objetividad y ese es, por ejemplo, el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (artículo 4).

Los principios de imparcialidad y objetividad se encuentran, entonces, reconocidos en nuestro país, constitucional, jurisprudencial y legalmente.

El respeto de esos principios exige que los órganos administrativos decidan los asuntos que se llevan a su conocimiento, sin ningún tipo de consideraciones extrañas al interés general. Se infringe, en consecuencia tal principio, y por lo tanto se contraviene el ordenamiento jurídico-administrativo, cuando el funcionario que encarna a un órgano de la Administración, participa en la solución de un asunto en el cual tiene algún interés personal, sea de carácter pasional, familiar, ideológico, político, económico o de cualquier otra especie (imparcialidad objetiva).

Asimismo, la imparcialidad y objetividad supone que el órgano a quien compete decidir un asunto, no tenga una posición preconcebida, que pueda influirle a decidir en una determinada forma (imparcialidad subjetiva), de manera que no queda satisfecho el referido principio cuando en la fase decisoria interviene, activamente, un funcionario que ha participado como perito o testigo en el procedimiento; y mucho menos se respeta la garantía de imparcialidad y objetividad, cuando la decisión es adoptada por un funcionario que ha adelantado opinión sobre el caso que le corresponde decidir.

El principio de imparcialidad ha sido asimilado, finalmente, a la observancia de la igualdad y no discriminación de los ciudadanos. Por ende, se irrespeta el señalado principio cuando un órgano administrativo resuelve situaciones idénticas en forma distinta.

La neutralidad o imparcialidad de la Administración debe acentuarse, igualmente, cuando ella ejerce una actividad punitiva, toda vez que entre el procedimiento sancionador y el proceso judicial penal se impone una comunidad de principios. Resultaría aplicable, por lo tanto, en el procedimiento administrativo sancionador, la garantía fundamental, que informa toda la actividad punitiva del Estado, conforme a la cual *nadie puede ser sancionado sino por autoridades imparciales*.

El rango constitucional del principio de imparcialidad en el campo del procedimiento administrativo sancionatorio ha sido reconocido también por la jurisprudencia del orden contencioso administrativo.

En este sentido, la Sala Político-Administrativa, en sentencia del 29 de mayo de 1997 al conocer en segunda instancia el juicio de amparo incoado por la sociedad cooperativa Acomisur contra la Superintendencia Nacional de Cooperativas, señaló que el derecho a la necesaria imparcialidad de los entes sancionadores “constituye una libertad o garantía para los ciudadanos que, en nuestro país, debe tener cabida en el artículo 50 de la Constitución (de 1961)²⁴”.

En este caso, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al dictar sentencia en primera instancia, había considerado que el derecho a la imparcialidad de la autoridad sancionatoria, consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sólo adquiriría rango constitucional cuando el sujeto sometido al procedimiento sancionatorio fuese una persona natural. En otras palabras, a juicio de la Corte, las personas jurídicas no tenían un derecho “constitucional” a ser sancionados por autoridades imparciales; y a esa conclusión llegaba mediante la interpretación gramatical del artículo 50 de la Constitución de 1961, norma que otorgaba protección y rango constitucional a todos los otros derechos “inherentes a la persona humana” aunque no figuren expresamente en su texto. En esa frase derechos “inherentes a la persona humana” encontró la Corte una limitación, que le impedía reconocer rango fundamental al derecho a la imparcialidad de la autoridad sancionatoria, a favor de una persona jurídica. En definitiva, de acuerdo con este criterio, las personas jurídicas no son “personas humanas” y, por lo tanto, no se beneficiaban de la cláusula de derechos fundamentales residuales prevista en el artículo 50 de la Constitución de 1961.

Esta interpretación fue rechazada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, y al resolver el caso en vía de consulta, sostuvo que *“El hecho de que la accionante sea una persona jurídica, en sentido estricto, y no una persona natural, poca importancia tiene a los fines de entender como fundamentales o no los derechos reconocidos en tratados internacionales, ya que esos derechos o garantías tienen en nuestro país el carácter de constitucionales de acuerdo con*

²⁴ Equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999.

el artículo 50 de la Constitución y si bien se le reconocen de esa manera a los particulares, como personas naturales, no hay justificación alguna que para personas jurídicas, que también pueden ser lesionados en ellos como cualquier otra persona, no les sea reconocida la supremacía de tales derechos”.

Obsérvese, entonces, que de acuerdo con la doctrina de la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal, independientemente de la condición del sujeto sometido a un procedimiento sancionatorio, sea una persona natural o de una jurídica en sentido estricto, en ese tipo de procedimientos, al igual que en los jurisdiccionales o arbitrales, la imparcialidad de las autoridades administrativas decisoras adquiere la mayor supremacía posible: *es un derecho constitucional.*

De otra parte, en la actualidad se postula que para que el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionatorios, mantenga la debida objetividad e imparcialidad, la actividad de instrucción debe quedar separada de la función decisoria, y esa separación no sólo debe ser funcional sino también orgánica: el procedimiento administrativo sancionador debe contar, entonces, con dos etapas, una encaminada a averiguar los hechos y a dejar constancia de la conducta presuntamente infractora; y la otra destinada a juzgar formalmente esa conducta, aplicar la sanción correspondiente o absolver al investigado. El conocimiento de ambas etapas del procedimiento debe estar a cargo de órganos distintos, por lo que no puede coincidir la actividad instructora y decisoria en manos de un mismo órgano.

Esta regla, que no es más que una medida legislativa destinada a asegurar la imparcialidad y objetividad de la Administración, se encuentra consagrada con carácter preceptivo en España, cuya Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *“Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos”.*

No existe en nuestro régimen una disposición similar, que obligue a colocar en dos órganos distintos las actividades instructoras y decisoras en los procedimientos de carácter sancionatorio. Sin embargo, la tendencia

del legislador venezolano ha sido la de acudir a tal separación, y con ello se persigue –evidentemente– que la autoridad a quien corresponde decidir el asunto no se vea influenciada en tomar una decisión en un determinado sentido, como consecuencia de su participación inquisitiva en la obtención de pruebas y la demostración de los hechos que se pretenden sancionar²⁵.

Ocurre, sin embargo, que en ausencia de un precepto general que obligue a separar la actividad instructora y decisoria, en algunos procedimientos sancionatorios, ambas funciones quedan en manos de un mismo órgano. Así ocurre, por ejemplo, en las averiguaciones administrativas que sigue la Contraloría General de la República, para determinar si ha ocurrido alguna falta que pueda dar lugar a una declaratoria de responsabilidad administrativa. En efecto, la facultad de sustanciar y decidir –en primer grado– estos procedimientos se encuentra atribuida al Director de Averiguaciones Administrativas.

En estos casos, el atemperamiento del principio de imparcialidad en la repartición de las tareas de sustanciación y decisión, se compensa mediante el reforzamiento de otras garantías sustanciales.

Ciertamente, en estos casos, la autoridad administrativa, al actuar como sustanciador, debe mantenerse en un absoluto plano de objetividad, cuidándose especialmente de no formarse una opinión parcializada, antes de que el investigado tenga oportunidad de exponer sus alegatos y pruebas. Si llegase a quedar comprobado que la autoridad administrativa, en la fase de sustanciación, ha prejuzgado sobre la culpabilidad del investigado, todas las actuaciones procedimentales se consideran absolutamente nulas y sin

²⁵ Observamos así, que en los procedimientos sancionatorios sustanciados con arreglo a las disposiciones de la Ley Procompetencia, todo lo relativo a la sustanciación de esos procedimientos lo lleva a cabo una Sala de Sustanciación, que se encuentra a cargo del Superintendente Adjunto. Cuando se precisa adoptar una decisión concreta, sea ésta de carácter cautelar o definitiva, el expediente debe ser remitido al Superintendente. También en el ámbito del procedimiento de determinación y aplicación de medidas antidumping y anti-subsidios, consagrado en la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, se encuentran separadas, en dos órganos, las funciones de instrucción y decisión; las primeras se encuentran a cargo de la Secretaría Técnica, mientras que la etapa decisoria compete a la Comisión Antidumping. La novísima Ley de Telecomunicaciones obliga igualmente a que las actividades de sustanciación sean efectuadas por una autoridad (Consultor Jurídico de CONATEL) diferente a la que tiene a su cargo la toma de decisiones cautelares o definitivas (Director de CONATEL)

efectos, desde que ello entraña una violación del derecho a ser sancionado por autoridades imparciales y a la presunción de inocencia²⁶.

3. Principio de culpabilidad

En la aplicación de las sanciones administrativas rige también el “principio de culpabilidad”, en cuyo mérito las sanciones deben aplicarse, única y exclusivamente, ante incumplimientos culpables de la normativa legal, de manera que el sólo incumplimiento objetivo de una disposición no puede engendrar responsabilidad administrativa y, por lo tanto, tampoco puede dar lugar a una sanción de esa especie.

En obsequio del principio de culpabilidad, la Administración debe comprobar no sólo la existencia objetiva del incumplimiento de una norma legal, sino además, que tal incumplimiento obedeció a una actuación intencional o negligente del sujeto que se pretende sancionar.

El que la Constitución omita toda referencia al principio de culpabilidad, no es óbice para aceptar su aplicación, pues ello deriva de la aplica-

²⁶ Sobre este particular, es elocuente la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 22 de agosto de 1996, en la cual se acordó dejar sin efectos las Actas de Formulación de Cargos levantadas por la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República y los actos subsiguientes a dichas Actas. La razón que tuvo la Corte para proceder de esa manera, consistió en que las mencionadas Actas de Formulación de Cargos, levantadas en la etapa de sustanciación del procedimiento, por la misma funcionaria que debía resolver la averiguación, se pronunciaban ya de manera enfática sobre la culpabilidad de los investigados, al afirmar categóricamente que la conducta observada por ellos se “subsume dentro del supuesto de hecho previsto en el ordinal 8º, artículo 41 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público...”. Consideró la Corte, que la autoridad administrativa, al afirmar en las Actas de Formulación de Cargos, que la conducta de los investigados se “subsume” en el supuesto de la norma sancionatoria había prejuzgado sobre su culpabilidad, pues antes de tomar decisión definitiva ya se había inculcado a los interesados, “cuando lo cierto es que en esa fase del procedimiento tenían el carácter de indiciados”. Distinto, sin duda, habría sido el resultado, si las actividades de sustanciación en el procedimiento sancionador, y especialmente, el levantamiento del Acta de Cargos, se hubiere puesto en manos de un órgano distinto al que debía decidir, pues en esos supuestos, aún cuando se utilicen términos enfáticos y cuasidefinitivos en la fase de formulación de cargos, no podría alegarse violación del derecho a la presunción de inocencia y a no ser sancionado sino por autoridades imparciales, pues las apreciaciones del funcionario sustanciador no podrían imputarse directamente al órgano que tiene la facultad decisoria. De manera pues, que incluso para lograr mayor libertad de acción en la etapa de instrucción del procedimiento sancionador, conviene adjudicar la facultad para sustanciar esa etapa, a un órgano distinto de aquél que tiene a cargo la misión de decidir el procedimiento.

ción supletoria de los principios generales del Derecho Penal, en el procedimiento administrativo sancionatorio. Como enseña NIETO "...a la hora de determinar si rige en el Derecho Administrativo Sancionador el principio de la culpabilidad, no puede la doctrina, tampoco, acudir directamente a la Constitución –pues su silencio es en este punto es notorio– sino que ha de proceder de forma indirecta, es decir, conectando esta cuestión a otra previa: la de si la infracción administrativa está sometida a los principios fundamentales del Derecho Penal ..." (Cfr. ob. cit., p. 337).

Como consecuencia de este principio, no resultan admisibles las sanciones de plano ni los ilícitos administrativos objetivos, pues para la imposición de toda sanción, será necesario acreditar que el presunto responsable ha actuado en forma culpable, cualquiera sea el grado de dicha culpabilidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo Español, en sentencia del 5 junio 1989, sostuvo que "dado el carácter cuasipenal de la actividad sancionadora, uno de los elementos esenciales para la existencia de infracción, es la culpabilidad del sancionado, culpabilidad apreciable en toda la extensión de sus diversas gradaciones, de dolo y clases de culpa; en este caso, no aparece, ni se imputa, a la entidad inspeccionada ninguna clase de culpabilidad, reforzado por el hecho de que no se ha opuesto inconveniente alguno a su actuación en este aspecto por los órganos administrativos encargados del control de tales actuaciones sobre la entidad sancionada".

La necesidad de un elemento intencional o volitivo en el autor de la infracción, se traduce en la exención de responsabilidad administrativa en aquellos casos en los cuales el autor del ilícito lo cometió actuando de buena fe, es decir, bajo la creencia de que su conducta se encontraba dentro del marco de lo lícito. Será improcedente entonces cualquier sanción cuando exista una creencia excluyente de culpabilidad. Así lo declaró el Tribunal Supremo Español en decisión del 17 diciembre 1988, al sostener, en relación a la falta de abono de prestaciones a un trabajador por la Mutua General de Seguros, que "no es justo sancionar por una infracción administrativa a quien obra de buena fe, procediendo a dejar sin efecto la sanción cuando el actuar del inculpado fue debido a una determinada creencia excluyente de culpabilidad".

De otro lado, la duda interpretativa de un determinado precepto puede dar lugar a que la sanción impuesta sea improcedente, siempre que el sujeto infractor haya actuado conforme a una interpretación racional y conforme a los antecedentes. Del mismo modo, tampoco habrá culpabilidad si el supuesto sujeto infractor actúa conforme a un procedimiento sugerido por la propia Administración al resolver una consulta²⁷.

En conclusión, la configuración del ilícito administrativo exige que en la realización de la conducta tipificada como infracción concorra la culpabilidad del infractor, en cualquiera de sus grados. Por ende, si el comportamiento infractor no fuera atribuible al sujeto responsable a título de dolo o culpa leve o grave, quedaría excluida la aplicación de sanción administrativa alguna, y sólo resultaría procedente el restablecimiento del orden infringido a través de las medidas correctivas no sancionatorias.

4. Derecho de Presunción de inocencia

Dentro de los derechos y garantías fundamentales inherentes a todo procedimiento administrativo, se encuentra la presunción de inocencia de los imputados. Tal derecho se encuentra actualmente consagrado en el artículo 49, ordinal 2 de la Constitución, conforme al cual *“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia (...) 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”*.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, el derecho de presunción de inocencia se aplicaba igualmente al procedimiento administrativo sancionatorio, por ser un derecho humano fundamental reconocido por el artículo 50 del derogado texto constitucional (actual artículo 22 Constitucional). En efecto, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra previsto en el Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual *“... toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...”*. Igualmente, está consagrado en el Artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Hu-

²⁷ MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio, *“La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social”*; en Actualidad ADMINISTRATIVA; Edit. La Ley-Actualidad; 1998.

manos, norma que postula que "... toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...".

a. Prohibición de prejuzgar sobre la culpabilidad de los indiciados

El derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que la Administración, en el ejercicio de la potestad sancionatoria, no puede prejuzgar o determinar anticipadamente la culpabilidad de la persona investigada. Por lo tanto, tal como lo ha señalado en reiteradas ocasiones la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se viola el derecho de presunción de inocencia cuando la autoridad administrativa, antes de concluir el procedimiento sancionatorio, se pronuncia en términos definitivos sobre la culpabilidad de los indiciados (Cfr. Sentencias del 13 de agosto de 1996 y del 16 de marzo de 1998. Casos: Leopoldo Lares y Erwin Arrieta, respectivamente; en igual sentido, véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 1 de diciembre de 1994. Caso Beba Flor Moran Marval).

b. La carga de la prueba corresponde a la Administración

De otra parte, en virtud de la presunción de inocencia, la Administración tiene la carga de la prueba respecto la culpabilidad del investigado. En efecto, el debido respeto del derecho a la presunción de inocencia exige: 1.º Que la carga de la prueba se mantenga en cabeza del acusador y no se traslade al investigado, pues *"la presunción de inocencia se inserta, en último extremo, en la temática de la carga de la prueba, que es donde se hace operativa (...) tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanza de los hechos en que consiste"*. Asimismo, la presunción de inocencia no puede ser destruida por indicios o conjeturas, ya que su "fortaleza constitucional" "le hace inmune a la contraprueba realizada por simples indicios o conjeturas que no tienen nunca fuerza bastante para romper aquélla". (NIETO, Alejandro. Ob. Cit. p. 383)

Como lo ha advertido el Tribunal Constitucional Español, no puede suscitarse ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de

cualesquiera sanciones pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba. En consecuencia, toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par de certeza sobre los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargos, y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos, de manera que se rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción. La presunción de inocencia alcanza no sólo a la culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también, y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados. (Cfr. Sentencia 76/1990, del 26 de abril, citada por De Palma Del Teso, Angeles. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Edit. Tecnos. Madrid, 1996, p. 62).

La vulneración de la presunción de inocencia, como consecuencia de la inversión de la carga probatoria en el curso del procedimiento administrativo sancionatorio, es un asunto que ha sido igualmente resaltado por la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso Administrativos.

Así, el Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, en decisión de fecha 8 de diciembre de 1999, sostuvo al respecto lo siguiente:

“...el derecho constitucional a la presunción de inocencia, coloca en manos de la Administración la carga de demostrar los hechos que configuran el ilícito administrativo que pretende castigar, y la imputabilidad de tales hechos al sujeto pasivo del procedimiento o investigado. Por lo tanto, (...), no es el imputado el que tiene que efectuar la prueba negativa de no comisión del hecho imputado o de inexistencia de ese hecho, sino que es la Administración la que ha de probar las imputaciones que hace, ya que de lo contrario supondría instaurar el imperio de la arbitrariedad y privar de contención alguna a esa potestad administrativa que es la sancionadora.

En el caso presente, la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia se vincula, precisamente, con la supuesta inversión de la carga de la prueba en que

habría incurrido el órgano querellado, al dictar –en el curso del procedimiento sancionatorio abierto contra la accionante por la presunta realización de actividades contaminantes del aire– una medida de “prohibición temporal de la actividad origen de la contaminación”, y pretender mantener vigente dicha medida hasta tanto la empresa accionante demostrara que su actividad no genera contaminación.

Al respecto, observa este Tribunal que de acuerdo con el derecho fundamental de presunción de inocencia, (...), la carga de demostrar la existencia del hecho generador de la medida administrativa, corresponde exclusivamente a la Administración, de allí que, en el caso de autos, hasta tanto no quedase demostrada la existencia de la “contaminación”, no podía la autoridad administrativa imponer medida aflictiva alguna, preventiva ni definitiva, contra la querellante, tanto menos la prevista en el artículo 26, ordinal 3 de la Ley Orgánica del Ambiente (“Prohibición temporal de la actividad origen de la contaminación”), pues del texto de dicha norma se evidencia que para la procedencia de tan grave medida debe estar demostrada la existencia de “contaminación”, y la prueba de ello, se insiste, corresponde exclusivamente a la Administración, en obsequio del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la autoridad querellada considera que existía prueba de la contaminación, y en tal sentido señala que ello quedó demostrado mediante la inspección practicada por los funcionarios de la Dirección de Ambiente que arrojó como resultado “visibles emisiones atmosféricas generadas por la planta”.

Al respecto, observa este Tribunal que la referida inspección, en forma alguna puede tenerse como demostrativa de la existencia de “contaminación”, pues como lo tiene establecido la más autorizada doctrina, “la fuerza probatoria de las actas de inspección ... se circunscribe a los hechos de posible percepción directa por el inspector, o deducibles de elementos probatorios referenciados en el acta, sin que se incluyan en el privilegio probatorio simples deducciones lógicas o juicios de valor del inspector (GAR-

BERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador*; 3ª Edición. Editorial Tirant Lo Blanc; Valencia, España, 1998, p. 367).

En igual sentido, el autor AGUADO I CUDOLA, en su obra "La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador", sostiene que "...la jurisprudencia del TS limita este valor cualificado, contenido en las actas, a los relatos puramente fácticos excluyendo todo tipo de deducciones, valoraciones o calificaciones realizadas por el sujeto-autor del documento. (...) No cabrían de esa manera juicios o bien opiniones subjetivas realizadas por el propio redactor del documento en cuestión. Como tampoco meras sospechas, presunciones o creencias, ya que ello corresponde exclusivamente al ámbito subjetivo de una persona que no es quien debe valorar los hechos sino que únicamente ha de recogerlos en la forma más objetiva posible" (Autor y Obra citados. Editorial Civitas, pp. 151-153).

Es claro que mediante una simple "inspección" practicada por un fiscal, no podría concluirse que las emisiones atmosféricas generadas por la planta industrial propiedad de la querellante tenían carácter contaminante, pues ese hecho escapa de lo que puede ser percibido directamente por los sentidos y su demostración requiere, por el contrario, la realización de un conjunto de pruebas técnicas que no han sido practicadas en el caso presente por la Administración.

Considera este tribunal, que otorgarle mérito probatorio a las actas de inspección, respecto de hechos que no pueden ser percibidos en forma directa por el funcionario, como lo es el carácter contaminante y el grado de contaminación de las emisiones atmosféricas desprendidas por una planta industrial, significaría burlar el principio de presunción de inocencia, pues bastaría levantar un Acta de Inspección y dejar constancia en ella de hechos sumamente complejos, no perceptibles por los sentidos en forma directa, para invertir la carga de la prueba y colocar al investigado en la posición de tener que demostrar su inocencia, infringiendo así el principio fundamental conforme al cual dicha inocencia debe presumirse".

La jurisprudencia ha censurado igualmente, por ser contraria al derecho constitucional a la presunción de inocencia, la odiosa práctica administrativa de dar por demostrado los cargos formulados al indiciado en un procedimiento sancionatorio, con la simple excusa de que el imputado no

desvirtuó los cargos que le fueron imputados. En este sentido, en decisión de fecha 24 de noviembre de 2000 (Caso: Aristóbulo Isturiz), el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital sostuvo:

“...advierte este Tribunal que la Resolución impugnada invirtió la carga de la prueba, al señalar que “los indiciados, lejos de desvirtuar el cargo formulado, lo admiten al señalar que la denuncia formulada ante la Policía Técnica Judicial de fecha 31 de agosto de 1995, es un documento probatorio del acto doloso efectuado por personas desconocidas en contra del Patrimonio Municipal en fecha 30 de agosto de 1995 y que dio como resultado el robo y deterioro de cierta cantidad de libros almacenados en un depósito de la Alcaldía ubicado en la Cota 905, sin embargo, tratan de evadir su responsabilidad invocando situaciones provocadas por terceros, de las cuales no se produjeron prueba alguna en autos, motivo por el cual se desestima el alegato esgrimido”.

Al razonar de esa manera, olvidó la autoridad administrativa que en los procedimientos de índole sancionatoria rige, con plenitud, la garantía fundamental de presunción de inocencia de las personas indiciadas. Dicho principio, actualmente incorporado en forma expresa en el artículo 49, ordinal 2 del nuevo Texto Constitucional, apareja como consecuencia directa el desplazamiento de la carga de la prueba al acusador, de modo que en el caso de los procedimientos administrativos sancionatorios, la carga de demostrar los elementos que integran el hecho ilícito corresponde a la Administración Pública, de allí que se viole esa garantía fundamental cuando la Administración —obviando el contenido esencial de la presunción de inocencia— da por cierta la culpabilidad del investigado, bajo el censurable argumento de no haber desvirtuado los cargos formulados.

En este sentido, es sumamente claro el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, en sentencia del 28 de marzo de 1989, en la cual se afirma que el derecho a la pre-

sunción de inocencia “representa por su contenido una insoslayable garantía procesal, que por sí determina la *exclusión de la presunción inversa de culpabilidad* de cualquier persona en tanto en cuanto no demostrara su inocencia y, a la vez, el reconocimiento de la aludida presunción de inocencia mientras que en el expediente administrativo sancionador no se demuestre o pruebe su culpabilidad; *no incumbiendo al expedientado la carga de la prueba de su inocencia* sino que la carga de la prueba de su culpabilidad viene atribuida al que la mantiene” (Cfr. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Edit. Tecnos 2ª Edición, 1994, Madrid; p. 383).

Ese principio fundamental fue groseramente infringido por la Contraloría del Municipio Libertador, pues –como se evidencia del párrafo antes citado– se dio por sentada la culpabilidad de los investigados, en el deterioro de los textos escolares, por el hecho de que ellos habían invocado que cualquier deterioro sería imputable a terceras personas (específicamente, a presuntos delincuentes que habrían hurtado y destruido parte de los textos), pero “...*no produjeron prueba alguna en autos*”. Tal proceder de la autoridad administrativa (i.e.: exigir a los investigados que demostraran que habían sido terceros, y no ellos, los causantes del deterioro), equivale sin duda a presumir su culpabilidad y a invertir la carga de la prueba en contra de los indiciados, todo lo cual es violatorio de la garantía de rango constitucional que proclama la presunción de inocencia de los indiciados en el curso de cualquier procedimiento, judicial o administrativo, de carácter punitivo; y Así se declara”.

En definitiva, queda claro que por virtud del derecho constitucional a la presunción de inocencia, toda condena administrativa deba ir precedida de una actividad probatoria; y la carga de la actividad probatoria debe estar a cargo de la Administración, de modo que no existe nunca la carga del imputado sobre la prueba de su inocencia o participación en los hechos.

c. No es aplicable el instituto de la confesión ficta

Como consecuencia del principio de presunción de inocencia, no resulta aplicable al procedimiento sancionatorio el instituto de la confesión ficta, de manera que la falta de consignación de descargos por el investigado no podrá ser interpretada por la Administración como admisión de los hechos que le fueron imputados.

Así ha tenido que aclararlo la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia –en decisión de fecha 25 de noviembre de 1999 (Expediente No. 13.024; sentencia No. 1588)– al sostener:

“...la más avanzada doctrina en materia administrativa mantiene la acertada concepción de que el ejercicio de la potestad sancionadora debe informarse en todo momento de los principios del Derecho Penal, pues esta rama jurídica es la originaria y más intensa de ambas manifestaciones de ese *ius puniendi* estatal o poder punitivo del Estado y por ende, siendo que los principios que rigen esta materia han sido profundamente desarrollados, deben informar al Derecho Punitivo en general. (...) Debiendo pues respetarse plenamente los principios penales en esta materia administrativa, es lo cierto que dos principios penales resultan inobservados al haberse aplicado la confesión ficta en sede administrativa: *el principio de presunción de inocencia*, considerado como derecho fundamental de la persona humana conforme al artículo 50 de la Carta Magna (...); y en segundo término el principio de oficialidad, en virtud del cual siendo inquisitiva la averiguación por parte del órgano sancionador, es éste el que tendrá la carga de impulsar el procedimiento y de realizar todas las gestiones que resulten necesarias para dar por comprobada la denuncia efectuada o bien la investigación iniciada oficiosamente. Por tanto, la declaratoria de confesión ficta realizada en el acto impugnado se tradujo en la violación de tales principios penales, y así expresamente se declara”.

5. Principio de prescripción

Otro de los principios que rige tanto en el área Penal stricto sensu, como en el procedimiento administrativo sancionatorio es el de prescripción de la acción sancionatoria.

a. Reconocimiento del principio

La vigencia del principio de prescripción ha sido ratificada recientemente por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de fecha 25 de noviembre de 1999; expediente N-7, N° 5.840, sentencia N° 1622), al sostener:

“...uno de los principios que gobiernan la actividad punitiva del estado, aplicable por tanto al proceso penal stricto sensu, y al procedimiento administrativo sancionador, es el de la prescripción de la acción sancionatoria.

La aceptación de la prescripción como principio general, se traduce en que dicha institución puede llegar a aplicarse incluso por analogía, en ausencia de una norma que fije el lapso de prescripción aplicable para un determinado campo de la actividad administrativa sancionatoria. Así lo ha entendido esta Sala, al sostener, en sentencia del 23 de febrero de 1995, que en ausencia de un plazo especial, son aplicables las reglas generales contenidas en el Código Penal a los fines de establecer el lapso de prescripción de la acción administrativa.

Los motivos lógicos que sirven de fundamento al instituto de la prescripción, son diversos, y entre ellos suelen invocarse razones de seguridad jurídica, representadas por la necesidad de que no se prolongue indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción y su permanencia en el Derecho material sancionador; así como razones de oportunidad, pues se afirma que cuando pasa cierto tiempo se carece de razón para el castigo, porque en buena medida, al modificar el tiempo

las circunstancias concurrentes, la adecuación entre el hecho y la sanción principal desaparece”.

b. Consecuencia de la prescripción: pérdida de competencia

Una vez prescrita la acción sancionadora, la autoridad pública pierde toda competencia para imponer la sanción. En este sentido, el referido fallo señala:

“Resulta evidente entonces para esta Sala, que el primer acto susceptible de interrumpir la prescripción (levantamiento del Acta de Formulación de Cargos) tuvo lugar, respecto de los accionantes, luego que se encontraba prescrita la acción administrativa sancionatoria, de allí que la Contraloría General de la República ha debido acordar el sobreseimiento del procedimiento administrativo abierto, pues al haber operado la prescripción de la acción, había perdido competencia el organismo contralor para imponer la sanción contenida en el acto recurrido”.

c. La prescripción es un principio general: se aplica en ausencia de ley expresa

Comoquiera que la prescripción constituye un “principio general”, no hace falta su regulación por una disposición legal expresa en leyes especiales.

Ciertamente, de acuerdo con la doctrina de la Sala Político-Administrativa, contenida en la sentencia de fecha 23 de febrero de 1995, en ausencia de una disposición especial que establezca el lapso de prescripción aplicable a las acciones administrativas, debe aplicarse el lapso de prescripción previsto en el Código Penal para situaciones similares. Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo lo siguiente:

“...alega la recurrente la extinción de la acción o potestad sancionadora, por haber transcurrido un año y nueve meses desde que se cometieron los hechos que le imputan -29 de diciembre de 1981 hasta que se abrió el procedimiento 5 de octubre de 1983 y ocho años y tres

meses hasta la decisión del Consejo de la Judicatura de fecha 29 de marzo de 1990, por la cual se le destituye.

Ahora bien, debe la Sala analizar si ante la verificación de los lapsos transcurridos, que obviamente superan los plazos previstos en el ordinal 6 del artículo 108 del Código Penal y 110 eiusdem, invocados por la recurrente, es posible aplicar estas disposiciones, "...máxime cuando el artículo 66 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, sancionada el 24-8-88, vigente para cuando se dictó el acto impugnado, establece que en lo previsto en el procedimiento disciplinario, son aplicables, entre otras, las normas del Código de Enjuiciamiento Criminal, que en su artículo 312, ordinal 7, prevé precisamente que la prescripción de la acción es motivo de sobreseimiento de la causa".

Ello lleva, en primer lugar, el análisis de la aplicación subsidiaria o supletoria de las disposiciones penales al procedimiento sancionatorio de carácter administrativo.

Al efecto, esta Sala ha establecido (caso Jesús Dávila Cárdenas vs. Contraloría General de la República, Exp. 5.333, sentencia del 22-2-90), que:

"Existiendo identidad entre los diferentes supuestos de hecho e identidad de razones entre las normas que regulan las averiguaciones administrativas y los procesos penales, por atender ambos a acciones sancionatorias y punitivas de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Código Civil, cabe perfectamente la aplicación analógica de las reglas del Código Penal sobre el inicio de la prescripción, a la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos. Tal analogía o asimilación no es extraña en el llamado Derecho Administrativo Sancionatorio o Disciplinario (porque éste es el conjunto de reglas que señalan las fallas en que incurrir algunas personas en razón de sus funciones, las autoridades competentes para juzgarlas y las sanciones correspondientes), y por-

que participa (del Derecho Administrativo y del Derecho Penal). Del primero, en cuanto persigue la prestación correcta del servicio público cuando se trata de empleados oficiales, impone sanciones a quienes incumplan sus obligaciones). (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Disciplinaria, Acta No. 1, de fecha 8 de febrero de 1980, citada por Penagos, Gustavo, 'Criterio para Clasificar los Actos en el Derecho Procesal Administrativo', Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. No. 3, 1985, pp. 171 y 172)".

Por su parte, el artículo 7, Libro Primero, de nuestro Código Penal establece:

"Las disposiciones del presente Código en su Libro Primero se aplicarán también a las materias regidas por otras leyes, en cuanto a penas y siempre que en ellas no se establezca nada en contrario".

Precisamente, dentro del Libro Primero del Código Penal, se encuentran los artículos 108 y 110 invocados por la recurrente. Así el primero de ellos pauta en el ordinal 6°.

"Salvo el caso en que la Ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:

6°. Por un año, si el hecho punible sólo acarrear arresto por tiempo de uno a seis meses o multa mayor de ciento cincuenta bolívares o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte" (subrayado de la Sala).

Y el segundo dispone:

"Las penas prescriben así:

3° Las de suspensión de empleo o inhabilitación para el ejercicio de profesión, industria o arte, por un tiempo igual al de la condena, más la cuarta parte del mismo".

En relación a la expresión “suspensión del ejercicio de la profesión” empleado en las disposiciones antes señaladas, esta Sala ha expresado: “...la expresión suspensión del ejercicio de profesión, engloba o debe interpretarse como contentiva de todos los supuestos, tanto temporales como definitivos que afecten la separación de un funcionario del ejercicio de una función profesional pública. (Vid. sentencia del 03-10-90, caso: Alí Madrid Guzmán vs. Consejo de la Judicatura)”.

No obstante lo anterior, debe reiterarse que existe una remisión expresa en esta materia al Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual prevé la prescripción de la acción como causa de extinción del proceso (artículo 312, ordinal 7).

Por otra parte, tal como lo sostiene la representación del Ministerio Público y ha sido reiterado por esta Sala en los fallos citados, el artículo 7 del Código Penal permite la aplicación de sus disposiciones generales en materia de penas especiales, dentro de las cuales se encuentran las relativas a la prescripción de la acción (artículo 108), es por ello que no existe impedimento alguno para aplicar la prescripción de un año prevista en el ordinal 6 del artículo antes referido a la acción administrativa sancionatoria de destitución, y así se declara”.

La precedente conclusión de la Suprema Corte de Justicia, es similar a la asumida por la mejor doctrina y jurisprudencia extranjera. En efecto, el Tribunal Supremo Español, en casos similares, ha dicho que “ante el silencio de la norma administrativa propia de la materia de que se trate, no se puede excluir el efecto extintivo de la prescripción en el campo del ilícito administrativo (...) pues la inactividad administrativa por causas no imputables al expedientado enerva la facultad de la Administración de ejercitar la potestad punitiva” (Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, p. 146).

d. Cuando deba aplicarse analógicamente una disposición sobre prescripción, debe acudirse a la norma que más se adecue a la situación jurídica controvertida

En todo caso, hay que tener presente que en la selección de la norma jurídica que se utilizará para llenar el vacío de una determinada legislación sectorial sobre el lapso de prescripción, la autoridad competente debe actuar orientada por el principio de racionalidad, escogiendo la que resulte más compatible con la naturaleza del caso, el cual no siempre es el más largo. Ello se desprende del fallo de la Sala Político-Administrativa que ya hemos citado con anterioridad (de fecha 25 de noviembre de 1999; expediente N° 5.840, sentencia N° 1622), en el cual el Máximo Tribunal resolvió:

“En el caso de autos ambas partes –tanto los recurrentes, como la autoridad administrativa autora del acto recurrido– están contestes en que la acción para declarar la responsabilidad administrativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo, es decir, por prescripción; de modo que la controversia se centra en determinar cuál es el lapso que resulta aplicable para que se verifique ese modo anormal de terminación de la acción administrativa.

Así, a juicio de los recurrentes, el lapso de prescripción es de *un (1) año*, por virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Estatal de Responsabilidad de los Empleados y Funcionarios de los Poderes Públicos del Estado Zulia, cuyo contenido ha sido transcrito precedentemente; mientras que la autoridad contralora estima que el plazo de prescripción aplicable es de cinco (5) años, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 314 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

Respecto de ello, observa la Sala que hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, no existía una norma general que estableciera el plazo de prescripción aplicable a la acción sancionatoria destinada a declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos. Sin embargo, habida cuenta que la prescripción constituye un *principio general*, la Contraloría

aplicaba por vía analógica el plazo de prescripción regulado en el artículo 314 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, según el cual “La acción penal para perseguir las contravenciones y las penas que se impongan por éstas, prescribirán a los cinco (5) años, salvo disposición especial”.

Ahora bien, observa la Sala que la aplicación analógica del artículo 314 antes transcrito, a la acción para declarar la responsabilidad administrativa de funcionarios, se justificaba, en el ámbito nacional, por la inexistencia de regulación especial sobre la materia.

Distinta era sin embargo la situación, respecto de los funcionarios de los Estados en los cuales –como en el caso del Estado Zulia– existían leyes especiales que regulaban de manera expresa el lapso de prescripción aplicable para la declaratoria de responsabilidad administrativa. En estos supuestos, razones jurídicas y lógicas imponían la aplicación preferente de esas leyes especiales dictadas por los Estados, respecto de la Ley Orgánica de Hacienda Pública.

En efecto, en primer lugar, el propio artículo 314 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública deja clara su naturaleza de *norma supletoria*, cuando señala que el lapso de prescripción allí regulado se aplica “salvo disposición especial”. Siendo ello así, ante la existencia de una disposición especial –como lo es, en el ámbito del Estado Zulia, el artículo 20 de la Ley Estadal de Responsabilidad de los Empleados y Funcionarios de los Poderes Públicos– debía darse preferencia al lapso de prescripción regulado en dicha normativa.

En segundo lugar, resultaría contrario a la lógica que los mismos hechos en que hubieren incurrido funcionarios estadales, pudieran ser investigados y sancionados por la Contraloría General de la República, pero no pudieran ser perseguidos por los órganos de control estadales, que son los naturalmente competentes para perseguir las infracciones que hubieren cometido los funcionarios y empleados de la Administración Estadal. Eso precisamente ocurriría, si se admitiera que el lapso de prescripción contenido en la Ley estadal se aplica únicamente respecto de los procedimientos que sustancian los órganos de control existentes en los Estados.

De otra parte, como lo ha señalado la doctrina autorizada, el silencio de la normativa sancionadora en cuanto a la prescripción, “debe resolverse aplicando esta figura con el plazo que en principio pueda derivar de la propia regulación jurídico-administrativa en otras materias, dado que el Derecho Administrativo, en cuanto derecho común y general de las Administraciones Públicas, aparece informado por principios dotados de fuerza expansiva, de suerte que sus lagunas han de cubrirse utilizando los propios criterios del Derecho Administrativo” (Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*; Editorial Tirant lo blanch; Valencia-España, 1998, pp. 167-168). Atendiendo tales lineamientos, resultaba claramente más racional y adecuado aplicar, al caso *sub judice*, el lapso de prescripción especial fijado en el artículo 20 de la Ley Estatal de Responsabilidad de los Empleados y Funcionarios de los Poderes Públicos del Estado Zulia, en lugar del plazo previsto en el artículo 314 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública, pues mientras la norma estatal se refiere de manera concreta a la *prescripción de las acciones administrativas destinadas a declarar la responsabilidad de los funcionarios y empleados del Estado*, la disposición nacional alude a la prescripción de la “acción penal” para perseguir delitos contra la Hacienda Pública Nacional.

Finalmente, advierte la Sala que el hecho (realización de pagos ilegales) que dio lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa, se encontraba tipificado como generador de esa especie de responsabilidad en el artículo 2, ordinal 3, de la Ley de Responsabilidad de los Empleados y Funcionarios de los Poderes Públicos del Estado, circunstancia que contribuye a ratificar el carácter especial de esa normativa.

Por todo lo anterior, es claro para esta Sala, que en el caso de autos, el lapso de prescripción aplicable *ratione temporis* a la acción sancionatoria, era el de un año contado a partir de la perpetración de los hechos, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Ley Estatal de Responsabilidad de los Empleados y Funcionarios de los Poderes Públicos del Estado Zulia”.

e. La prescripción se interrumpe con el acto de formulación de cargos

Otro aspecto que ha sido analizado por la jurisprudencia nacional, es el relativo a la interrupción de la prescripción. En tal sentido, el fallo antes transcrito, dictado por la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal en fecha 26 de noviembre de 1999, sostiene que dicha interrupción se verifica con el acto de formulación de cargos, “por cuanto en dicho acto de trámite, por primera vez se le imputa al sujeto investigado la presunta comisión de actuaciones ilícitas”.

f. Reserva legal del plazo de prescripción

La doctrina y jurisprudencia más autorizadas, han señalado que la regulación de la prescripción de la acción sancionatoria es una materia estrechamente adminiculada a la infracción y sanción, al punto que se trata de una forma de extinción de la infracción, de allí que sólo a la Ley corresponde determinar su plazo; y si la Ley especial nada dice al respecto, lo aplicable es la Ley general (en nuestro régimen, el Código Penal), sin que sea posible establecer plazos diferentes a través de actos de rango sublegal, y mucho menos, a través de normas dictadas por la propia autoridad encargada de aplicar la sanción.

Especialmente pedagógicas son las palabras del autor Aguado I Cudola, quien sobre este particular sostiene:

“5. La exigencia de Ley para regular la prescripción y la caducidad.

La atribución de potestades y facultades a la Administración que puede imponer unilateralmente a sus destinatarios, los ciudadanos, comporta asimismo la existencia de ciertos límites y garantías respecto a su ejercicio. Para asegurar esos límites y garantías se hace necesario que el sujeto que debe aplicarlos, la Administración, no pueda disponer libremente de los mismos. Entre tales limitaciones encontramos la prescripción y la caducidad que toman como base la ausencia de una actividad administrativa eficaz durante un cierto tiempo. Desde esta perspectiva

*puede discutirse en qué medida es factible que el establecimiento y el régimen jurídico de la prescripción y caducidad puedan ser reguladas por reglamentos o, por el contrario, ello deba hacerse necesariamente a través de normas con rango de Ley. En la medida en que se sustraigan estos aspectos del ámbito reglamentario se asegura que el poder ejecutivo no pueda disponer libremente de los mismos. En cambio, la posibilidad que el reglamento pudiera regular con amplitud estos aspectos podría implicar que en cierto modo quedaría en manos del mismo sujeto que ha de aplicarlas el dominio del tiempo en el ejercicio de las potestades que le confiere el propio ordenamiento, situación que además podría entenderse contraria a las propias exigencias de seguridad jurídica y de igualdad de trato de los ciudadanos” (AGUADO I CUDOLA, Vincenc, *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 28-29).*

En igual sentido, el Tribunal Supremo Español, a través de diversas sentencias (Cfr. Sentencias de 19 de octubre de 1983 (R.A. 5206) y 26 de enero de 1988 (R.A. 364), 3 de mayo de 1988 - R.A. 4030) ha venido declarando que el régimen de la prescripción queda sometido al principio de reserva de ley. En este sentido, los autores²⁸ destacan, “por su elaborada doctrina”, la Sentencia de 19 de octubre de 1983 (R.A. 5206), en la que se dice:

“... al estarse en un terreno punitivo, las sanciones, las infracciones y los plazos de su prescripción no pueden dejarse a la regulación y establecimiento de un simple decreto, simplemente ejecutor de una ley que no establezca nada al respecto, por lo que, es incuestionable que el decreto cuestionado rebasa los límites y su razón de ser, el de ejecutar y desarrollar la ley de la que trae causa, ley que nada dice al respecto, estableciendo aquél unos plazos que rebasan los límites del mayor de los ilícitos”

²⁸ BELTRÁN AGUIRRE, J.L., *La prescripción de las infracciones administrativas: unificación de la doctrina jurisprudencial*; en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 073, Año 1992, Enero-Marzo; p. 111.

tos, el penal, incurriendo en la conculcación del principio de legalidad, elevado a rango constitucional, y que exige que, no sólo las infracciones estén tipificadas, sino que también lo esté todo el tratamiento normativo de dicho ilícito (dentro del cual, indudablemente, ha de estarlo el instituto de la prescripción), por todo lo cual, este precepto no es conforme a Derecho y debe ser anulado.”

6. Garantía de *non bis in idem* y prelación del pronunciamiento penal sobre el administrativo

El principio *non bis in idem* (o *ne bis in idem* como denomina un sector de la doctrina) constituye uno de los elementos o corolarios del principio general de legalidad que domina el Derecho Administrativo Sancionador en todas sus formas. Este principio se vincula al principio de proporcionalidad, al menos por su finalidad. En efecto, una acumulación de sanciones administrativas o penales es desproporcionada en relación de los hechos o a los comportamientos que la justifica.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, se consideraba compatible la coexistencia de sanciones administrativas y penales respecto de un mismo hecho. Sin embargo, consideramos que la promulgación de la Constitución supuso un giro total respecto de este punto, ya que el artículo 49 ejusdem, consagra el derecho al debido proceso en todas las actuaciones “judiciales y administrativas”, una de cuyas manifestaciones es, precisamente, la garantía que asegura que “*Ninguna persona podrá ser sometida a juicio (entiéndase, en vía judicial o administrativa) por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente (precísese nuevamente, en vía penal o administrativa)*” (*Paréntesis nuestros*).

Es por lo tanto aplicable a nuestro régimen, la tesis expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros, y, posteriormente recogida en España por el Tribunal Constitucional (S 30 de enero de 1981), según la cual el principio *non bis in idem* supone “que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. que justificase el *ius punendi* por los Tribunales”.

Así lo ha entendido la Sala Constitucional del Supremo Tribunal, pues en reciente decisión de fecha 7 de agosto de 2001 (Caso: Código de Policía del Estado Bolívar) sostuvo la siguiente doctrina sobre el particular:

“...siendo el principio non bis in ídem, un límite insuperable, no puede ni debe en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal. Así, en una sentencia del Tribunal Constitucional Español del 30 de enero de 1981 (Curso de Derecho Administrativo, I y II, p. 171. “García De Enterría”) dicho Tribunal dedujo “(...) que el non bis in ídem ‘principio general del derecho’ se aplica cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento entre una conducta sancionable por la vía penal y administrativa y que se ubica íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución (...)”.

Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio non bis in ídem, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades –autoridades administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el “ius puniendi” de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal– a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa de violentarse dicho principio, que se estaría aplicando el poder de la misma manera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código penal. Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único con base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo sin embargo, estar atribuidas las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.”

El principio *non bis in idem* no sólo conduce a una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, sino que también determina “la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, como dice la STCE 77/1983, de 3 de octubre.

Consecuencia de lo anterior es que la Administración no puede actuar concomitantemente con los Tribunales de Justicia, debiendo respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado. Sobre este último punto (obligatoriedad, para la Administración, de la fijación de los hechos efectuadas por los Tribunales de justicia), el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo, en decisión de fecha 24 de noviembre de 2000 (Caso: Aristóbulo Isturiz), sostuvo:

“...observa este Tribunal que cursan en autos (folios 114 a 123), sentencias de fecha 18 de abril de 1997 y 9 de octubre de 1997, por medio de las cuales el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de esta Circunscripción, por una parte, y el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, por la otra, declararon TERMINADA LA AVERIGUACIÓN penal seguida por los mismos hechos que fueron objeto de averiguación en sede administrativa.

La sentencia de Primera Instancia, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, señala como hechos probados en el proceso penal, los siguientes:

1.- Que “En razón de las fallas no sólo técnicas, sino de contenido, la Alcaldía, bajo la administración del ciudadano Aristóbulo Isturiz, decide no distribuir los libros por la inminente deformación instruccional que sufrirían los estudiantes, los li-

bros de tercer y cuarto grado (ya editados) permanecían depositados en la Empresa CORPORACION MARCA S.A., y se acordó dejar sin efecto los libros de quinto y sexto grado”.

2.- Que “Se ordenó el depósito de los libros en los espacios de la Cota 905, mientras se gestionaba por la Hacienda Municipal y otros organismos, el destino de los textos, cuando personas desconocidas irrumpieron en las instalaciones de los depósitos y se llevaron cierta cantidad de textos”.

3.- Que “En virtud de que los textos no reunían lo requisitos indispensables para ser distribuidos entre la población escolar, la Alcaldía acordó dejar sin efecto las ediciones de 5to. y 6to. grado y se ordenó el depósito de los ya editados en los espacios de la Cota 905, correspondiente a este Despacho, y ya que parte de los libros fueron hurtados, tal hecho se hizo del conocimiento de las autoridades policiales correspondientes”.

Ahora bien, ante la identidad de hechos investigados, la autoridad administrativa no podía desconocer las declaraciones contenidas en las sentencias dictadas por los Tribunales de la Justicia Penal, en lo relativo a los hechos que se dieron por demostrados.

En efecto, la vinculación que para la Administración tienen los hechos declarados probados por la sentencia penal, es una derivación natural del principio fundamental “*non bis in idem*”, ya que con fuerza en dicho principio, no es posible aceptar que los mismos hechos existan para unos organismos del poder Público, y no existan para otros.

En este sentido, la doctrina más autorizada (NIETO; ob. cit. p. 432), invocando la doctrina del Tribunal Constitucional Español, enseña que “El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación

de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, **pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado**". (Subrayado y resaltado del Tribunal).

En tal virtud, al haber la sentencia penal declarado como probado que en los hechos investigados (presunto daño al Patrimonio Público por deterioro de los textos escolares) no hubo participación de los investigados –sino que por el contrario, las autoridades del Municipio Libertador ordenaron, por razones de fallas técnicas, *"el depósito de los libros en los espacios de la Cota 905, mientras se gestionaba por la Hacienda Municipal y otros organismos, el destino de los textos, cuando personas desconocidas irrumpieron en las instalaciones de los depósitos y se llevaron cierta cantidad de textos"*– tal planteamiento fáctico era totalmente vinculante para la autoridad administrativa y, en consecuencia, no podía ser desconocido por la Contraloría del Municipio Libertador, actuando como órgano administrativo investido de potestad sancionadora, so pena de incurrir en violación de la garantía fundamental conocida como "non bis in idem". En efecto, resulta contrario a esa garantía constitucional y a elementales criterios de razonamiento jurídico, que la Administración –como ocurrió en el presente caso– imponga una sanción con fundamento en unos hechos que, previamente, la autoridad penal ha considerado inexistentes. Así se declara".

7. Derecho a la previa formulación de cargos

Para que el derecho a la defensa, en el curso de un procedimiento sancionatorio, sea real y efectivo, es necesario cumplir con una serie de formalidades, tendientes a informar al sujeto pasivo del procedimiento de las imputaciones que existen en su contra, para que éste a su vez pueda defenderse debidamente de tales imputaciones. En este sentido, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución vigente determina que *"Toda perso-*

na tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga”.

Dicha formalidad de rango constitucional tiene por objeto permitir a las personas señaladas como presuntas infractoras, conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos. Lo que se busca entonces con la aplicación de tal derecho fundamental en el ámbito del procedimiento administrativo sancionatorio es evitar que en algún momento pueda generarse indefensión para el administrado como consecuencia de una ilustración defectuosa, incompleta o inoportuna de los términos de la imputación.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia exigen, para entender cumplido el requisito constitucional de la formulación previa de los cargos, que en el momento de abrir el procedimiento administrativo se informe previamente al presunto infractor “de la sanción que pueda en su caso imponerse”, así como “del hecho punible cuya comisión se atribuye al administrado, para lo cual las autoridades habrán de transmitirle, al menos, una breve relación circunstanciada y su respectiva calificación legal” (Cfr. Garberí Llobregat, José. *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Trivium, S.A. Madrid, 1980, pág. 196).

Se infringe, por tanto, ese derecho constitucional: (i) cuando la Administración omite totalmente la previa formulación de los cargos (bien de los hechos o de su respectiva calificación legal), o (ii) cuando la Administración formula cargos por unas razones y luego basa su decisión definitiva en hechos distintos o en una nueva calificación legal de los hechos a los que sirvieron de base a la formulación previa de los cargos. La inconstitucionalidad que se produce por el cambio sobrevenido de la calificación jurídica de los hechos investigados, es un asunto sobre el cual se han pronunciado los organismos internacionales de derechos humanos, al advertir que “*supondría una flagrante violación del derecho a la defensa y de su instrumental derecho a ser informado de la acusación, el cambio de calificación o la ampliación de la acusación a nuevos hechos punibles en una fase del procedimiento donde al sujeto pasivo de aquélla no le quedara oportunidad de ejercitar una defensa*” (Comisión Europea de Derechos Humanos; Decisión 8490/1979).

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que la formulación de los cargos es un acto personalísimo, que debe cumplirse respecto de todas y cada una de las personas que podrían sufrir las eventuales consecuencias del acto sancionatorio, ya que en esta materia rige el principio de personalidad de las infracciones. No se admiten, por lo tanto, en el ámbito de las sanciones administrativas, figuras propias de la responsabilidad civil, como la responsabilidad solidaria de los cónyuges casados en comunidad de gananciales, por las actuaciones ejecutadas por alguno de ellos.

Este específico asunto, fue resuelto por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, en sentencia de fecha 27 de julio de 2000 (Caso: María Cristina Travieso de Uzategui), al decidir la acción de amparo incoada contra una providencia administrativa por medio de la cual la Dirección de Ingeniería Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda había ordenado la demolición de un inmueble propiedad de la accionante, medida ésta que fue dictada en el curso de un procedimiento sancionatorio en el que se citó, únicamente, al cónyuge de la recurrente.

El mencionado Tribunal, en decisión confirmada posteriormente por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, concedió el amparo por estimar violado el derecho a la previa formulación de cargos de la accionante, toda vez que:

“...la Administración Municipal ordenó la demolición parcial del inmueble constituido por la casa quinta identificada con las siglas 31-B ubicada en la Avenida Los Araguaneyes y que forma parte del Conjunto de Viviendas construidas en las parcelas identificadas con los números 31 y 32, situado en la Urbanización Chuao, Jurisdicción del Municipio Baruta, Estado Miranda, el cual es propiedad de la ciudadana Maria Cristina Travieso de Uzategui, sin que previamente se le hubiere otorgado a dicha ciudadana, en su condición de interesada-propietaria del inmueble en cuestión, oportunidad para exponer alegatos y pruebas en el curso del procedimiento, incumpléndose así la garantía que otorga el ordinal 1 del artículo 49 de la Constitución, antes citado.

En nada se modifica lo anterior, por el hecho de que en el procedimiento administrativo sancionatorio se hubiere lla-

mado a participar al ciudadano Baldomero Uzcategui, cónyuge de la accionante, pues tratándose de un procedimiento administrativo de índole sancionatoria, regía en dicho procedimiento el principio que se conoce en doctrina como “*personalidad de las sanciones*” o “*responsabilidad personal por hecho propio*” el cual impone tratar por separado a cada uno de los presuntos infractores, de modo que, así como en el proceso penal-judicial no es posible que los actos de uno de los cónyuges comprometan la responsabilidad del otro; en el proceso administrativo sancionador tampoco es admisible esa circunstancia.

Siendo ello así, resulta evidente que la ciudadana Maria Cristina Travieso de Uzcategui, debía ser notificada personalmente del inicio del procedimiento sancionatorio seguido por la supuesta ejecución de obras ilegales en el inmueble de su propiedad, ya que ella sufriría directamente, en su patrimonio, las consecuencias negativas del acto que se produciría en el curso de dicho procedimiento.

La notificación de la ciudadana Maria Cristina Travieso de Uzcategui, participándole el inicio del procedimiento, no podía soslayarse ni siquiera en el supuesto que la Administración considerara que el inmueble pertenecía a la comunidad conyugal existente entre ella y el señor Baldomero Uzcategui, pues, a los fines del procedimiento sancionatorio, no podía considerarse que el cónyuge de la accionante representara también los derechos o intereses de su cónyuge. Antes por el contrario, como se señaló antes, en los procedimientos sancionatorios (tanto judiciales como administrativos) se ha de aplicar el principio fundamental de *individualización de responsabilidades*, de manera que no podía ordenarse una sanción de demolición contra el inmueble, sin llamar individualmente y por separado a todos y cada uno de los interesados, entre los cuales, el principal interesado era precisamente la accionante, en su condición de propietaria (o “copropietaria”, según el caso) del inmueble cuya demolición parcial fue ordenada por la autoridad administrativa. Así se declara”.

8. Derecho a las pruebas

Una de las principales derivaciones del derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, es el derecho de acceder a las pruebas, controlarlas e impugnarlas; de modo que la falta de cumplimiento de ese derecho fundamental durante el procedimiento administrativo, viola el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso del investigado y, de otra parte, vicia de nulidad absoluta el acto que se dicte en dicho procedimiento.

En este sentido fue sumamente claro el pronunciamiento de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, contenido en el fallo de fecha 25 de mayo del 2001 (Caso: Wilde José Rodríguez D. Vs Ministerio de Justicia), en el cual se afirma:

“...destaca esta Sala que, en el curso del procedimiento seguido en el presente caso, se transgredió específicamente, dos derechos esenciales que son parte y contenido del derecho a la defensa como son: el *derecho a la prueba* y el *derecho de presunción de inocencia*. Con respecto al primero, ha asegurado el Tribunal Constitucional español “...El derecho a que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas es inseparable del derecho mismo a la defensa”. (SS 147/87, de 25 de septiembre). Asimismo, en otra decisión precisa que, “La denegación no fundada de la práctica de las pruebas solicitadas puede provocar indefensión y vulnerar el derecho de defensa” (SS 351/93, de 29 de noviembre). En el caso de autos, este Máximo Tribunal evidencia que ha sido vulnerado este derecho -como ya expuso- en virtud de que no se le permitió al recurrente demostrar su inocencia mediante la evacuación de las pruebas que éste consideraba pertinentes y fundamentales para su defensa y así lo manifiesta, no solo en la solicitud, sino además, en el escrito de informes en el cual afirma, “...se me coloca en un estado de total indefensión, ya que no examina la segunda declaración, lo que vulnera mi derecho a la defensa. Todo lo anterior es indicativo que en ningún momento envié a la persona que solicitó los servicios de la profesional del derecho tal como sí lo afirma la Sala de Sustanciación de la Inspectoría General, no obstante y en aras de

darle mayor transparencia a los alegatos de mi defensa, en su oportunidad procesal solicité a la referida Inspectoría citar a las personas señaladas para fundamentar y ampliar mis argumentos, así como para suministrar el mayor número de elementos que probaran mi inocencia, mi defensa, representada ante la Inspectoría General por el Funcionario Inspector...”. Así las cosas, constata esta Sala, la violación al derecho de presunción de inocencia, derecho fundamental que ha de garantizarse no sólo en vía jurisdiccional sino con idéntico contenido, en virtud del artículo 49 de la Constitución, durante todo el procedimiento administrativo, constituyéndose en una ineludible garantía procesal que comporta la necesidad para condenar de tener la certeza de la culpabilidad, obtenida sólo de la valoración de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con las debidas garantías”.

De igual manera, el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, en sentencia dictada en fecha 17 de febrero del 2000 (caso: Juan Carlos Parejo Perdomo, Sentencia N° 157, Expediente N° 14.825), estableció que *“El artículo 49 del Texto Fundamental vigente consagra que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos”*.

Resulta concluyente entonces que por virtud del derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, en los procedimientos administrativos sancionatorios los particulares que fungen como imputados tienen derecho a promover y evacuar las pruebas que resulten pertinentes y conducentes en beneficio de sus descargos; y, al mismo tiempo, tienen derecho a que tales pruebas sean debidamente valoradas por la Administración.

De modo que el derecho a la prueba se infringe, no sólo cuando se impide al imputado en un procedimiento sancionador la posibilidad de pro-

mover las pruebas que juzgue necesarias para su defensa, sino también cuando las pruebas promovidas, a pesar de ser evidentemente conducentes y pertinentes, no son evacuadas y mucho menos valoradas por la autoridad administrativa.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y en tal sentido, en decisión de fecha 15 de noviembre de 2000 (Caso: Ivonne del Carmen Delgado Ruíz contra C.V.G. Ferrominera del Orinoco, C.A.) sostuvo lo siguiente:

“La parte recurrente formula su petición de amparo constitucional, con fundamento en la violación de sus derechos a la defensa, debido proceso y a la presunción de inocencia, establecidos en el artículo 49 de la Constitución. Las alegadas violaciones se producen –según afirma la recurrente- en virtud de que durante el procedimiento administrativo no se le permitió ejercer su derecho a probar, como parte integrante del derecho a la defensa y al debido proceso, en virtud de que la Administración evacuó en forma unilateral la prueba testimonial que luego, la hoy recurrente promovió, siendo rechazada la misma; asimismo el órgano de decisión omitió pronunciamiento acerca de la prueba de informes por ella también promovida.

Para decidir al respecto, esta Corte reitera que la defensa y el debido proceso son derechos de preciada garantía en el orden constitucional, tal como es fácilmente perceptible del artículo 49 de la Constitución. (...)

(...) la Administración está imposibilitada de la aplicación de una sanción (lo cual de suyo afecta los derechos o intereses legítimos del particular), sin la previa adopción de un procedimiento que le permita, tal como lo pauta el artículo 49 de la Carta Magna el ejercicio del derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, elementos constitutivos del derecho a la defensa y parte integrante del debido proceso, específicamente del debido procedimiento administrativo.

El debido procedimiento administrativo entonces no sólo se limita a la posibilidad de que (...) la Administración abra un procedimiento administrativo al particular ostensiblemente afectado por la decisión que arroje dicho procedimiento, sino que durante el mismo las posibilidades de defensa, argumentación y probanza, sean efectivamente garantizadas, a través de su consideración y análisis por parte del órgano decisor.

Por lo que efectivamente tal como lo alega la parte actora, existe una presunción de violación de su derecho de probar durante el procedimiento administrativo, lo cual no es desvirtuable con la sola afirmación de la parte recurrida de que se respetó el derecho a ser oído y de probar con la sola presentación de los escritos de promoción de pruebas por parte de la funcionaria, en fechas 21 y 24 de enero de 2000 en el procedimiento administrativo, pues se trata de la posibilidad efectiva no sólo de promover, sino de que las pruebas sean analizadas y valoradas por el órgano administrativo. Este derecho de probar –como ya se asentó– constituye uno de los elementos integrantes y fundamentales de un debido proceso, siendo que la prueba *per se* es la institución que permite a los particulares, en casos como el presente donde lo debatido es una determinada actuación que puede configurar una conducta reprochable, defenderse y desvirtuar a través de la demostración de sus afirmaciones que su conducta no configura la imputación efectuada”.

9. Principio de proscripción de sanciones administrativas privativas de libertad

La última de las garantías de los particulares frente a la potestad sancionatoria de la Administración –pero quizá la más importante– es la que asegura que, independientemente de la gravedad de la infracción, los órganos de la Administración Pública carecen de toda jurisdicción para imponer penas privativas de libertad contra los particulares, por ser ello un asunto reservado estrictamente a los Jueces Penales en virtud de la garantía de ser Juzgado por los jueces naturales. En este ámbito, la Administración sólo puede ejecutar lo decidido por los Tribunales, pero no imponer directamente las sanciones corporales o privativas de libertad.

Por lo tanto, son inconstitucionales, por violatorias de la garantía del Juez natural, las normas que autorizan a órganos administrativos para aplicar sanciones de arresto, prisión o cualquier otra forma de restricción de la libertad personal.

Bibliografía

AGUADO I CUDOLA, Vincenc. *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1999.

BAJO FERNÁNDEZ, *El derecho penal económico (aplicado a la actividad empresarial)* Civitas, Madrid, 1978.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L. *La prescripción de las infracciones administrativas: unificación de la doctrina jurisprudencial*; en Revista Española de Derecho Administrativo N° 073, 1992, Enero-Marzo.

DE PALMA DEL TESO, Angeles. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Edit. Tecnos, Madrid, 1996.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador*; 3° Edición, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, España, 1998.

GARBERI LLOBREGAT, José: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Edit. Trivium, Madrid, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Civitas, Octava Edición, Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*; en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 010, Julio-Septiembre, Edit. Civitas, Madrid, 1976.

- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Edit. Civitas, Segunda Edición, Tomo II, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio. *La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social*; en Actualidad ADMINISTRATIVA; Edit. La Ley-Actualidad, 1998.
- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, Segunda Edición Ampliada, Madrid 1994
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas en el Derecho Español*; en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías". Caracas, 1996.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Los Actos Cuasijurisdiccionales*. Edic. Centauro, 1990.
- SCHÖNKE, *La doctrina del derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana*, en Revista de Derecho Procesal, 1951.
- SUAY RINCÓN. *Sanciones Administrativas*. Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

LOS PRINCIPIOS DEL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DE CAMBIO EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández G.

SUMARIO

I. LOS TRES POSTULADOS GENERALES DEL ACTUAL CONTROL DE CAMBIO

1. Se ha afectado la libertad cambiaria mediante controles administrativos
2. El régimen de control de cambio se fundamenta en la técnica de las autorizaciones para la adquisición de divisas, y en ciertos supuestos de venta forzosa de divisas
3. El régimen de cambio debe ser interpretado restrictivamente, por lo que todas las operaciones no comprendidas expresamente en él, serán lícitas
4. El control establecido se funda en la intensa publicación del mercado cambiario

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO APLICABLES AL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO

1. Principios relacionados con el derecho a la debida respuesta
2. Principio del despacho subsanador
3. Principio de objetividad, imparcialidad y racionalidad
4. Principios de eficiencia, celeridad y simplificación
5. Principio de confianza legítima
6. Principios de protección de la inversión extranjera

III. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL RÉGIMEN CAMBIARIO. CONTENIDO DE LOS CONTROLES PREVISTOS EN EL CONVENIO N° 1

1. Venta obligatoria de divisas
2. Restricciones a la adquisición de divisas por parte de la inversión extranjera. La venta forzosa de divisas derivadas de tal inversión
3. Régimen aplicable a los hidrocarburos
4. Otras restricciones al ingreso de divisas

IV. LAS NORMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE DIVISAS

1. El Registro de Usuarios
2. La autorización para la adquisición de divisas
3. El control administrativo sobre la sinceridad y uso dado a las divisas
4. Sobre los derechos derivados de la autorización

V. EL RÉGIMEN APLICABLE DE CADIVI

1. Naturaleza jurídica de CADIVI
2. Ausencia adscripción
3. Atribuciones
4. Régimen de recursos

REFLEXIONES FINALES

Expone Eduardo García de Enterría que la utilidad de los principios generales del Derecho es mayor en momentos de excesiva mutabilidad del orden legal aplicable. Característica ésta, si se quiere, común a nuestros tiempos: auténtica legislación motorizada. El Legislador, y también la Administración, parecen iniciar una carrera desbocada, de la cual derivan diversas –y a veces contradictorias– Leyes, Reglamentos, Resoluciones, Decretos, Órdenes y Providencias.

La legislación motorizada es signo común de la Administración contemporánea; lo es, en especial, respecto de la ordenación de la economía, aún cuando la libre iniciativa privada requiere de un marco institucional estable, sólido y confiable para su adecuado desarrollo. No es baladí la afirmación que al respecto efectúa el artículo 299 constitucional, al pregonar como principio del orden socioeconómico la seguridad jurídica.

Seguridad jurídica en la ordenación pública de la economía. Un principio constitucional que parece haber pasado al olvido, en el reciente régimen de control de cambio dictado por el Poder Ejecutivo, con una más que dudosa fundamentación legal. Basta el somero estudio de las providencias dictadas hasta ahora por la Administración cambiaria, para comprobar ese signo: providencias que se modifican y reeditan; otras, que subsanan errores materiales. Una pléyade de normativa sublegal heterogénea, dispersa, dictada al margen de cualquier sistemática formal o material, conforma el régimen jurídico mediante el cual todos los particulares pueden ejercer su libertad cambiaria, que es auténtico corolario de diversos derechos fundamentales.

Nuestro propósito con esta conferencia será adentrarnos en esa maraña de providencias, a fin de abstraer los principios generales que informan el actual régimen cambiario, tanto en lo que respecta a los controles que se han previsto, como en lo relativo al órgano que ha de ejercer éstos, a saber, la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI). Para ello, aludiremos a los postulados generales del régimen cambiario en rigor; los principios generales de Derecho Administrativo aplicables; la estructura del actual régimen cambiario; las normas para la administración de divisas y, por último, al régimen jurídico de CADIVI.

I. LOS TRES POSTULADOS GENERALES DEL ACTUAL CONTROL DE CAMBIO

El vigente control de cambio se fundamenta en la eliminación del tráfico privado de divisas. Esto es, que los particulares no pueden intercambiar libremente entre sí bolívares y divisas, desde que tal operación fue centralizada en el Banco Central de Venezuela.

Tal eliminación fue progresiva. En efecto, el Decreto N° 2.278 (publicado en la Gaceta Oficial N° 37.614 del 21 de enero de 2003) facultó al Ministro de Finanzas para que "...convenga con el Banco Central de Venezuela, medidas de carácter temporal, que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos, del país hacia el exterior..." (artículo 1). El Ministerio de Finanzas y el Banco Central no establecieron, en realidad, limitación al mercado de divisas, pues éste quedó suspendido completamente por diez días hábiles bancarios. Así, mediante sendos acuerdos se suprimió temporalmente el mercado cambiario, primero, de manera absoluta, y luego de manera relativa, desde que se permitieron ciertas operaciones necesarias para el normal desenvolvimiento del Estado (véanse así los acuerdos publicados en la Gaceta Oficial N° 37.614 de 21 de enero de 2003 y N° 37.618 de 27 de enero de 2003).

Vencido ese lapso de suspensión, entró en vigencia el actual régimen cambiario, que como fue acotado, se fundamenta en la restricción impuesta a los particulares para comprar o vender divisas, centralizando el Estado ese mercado privado en el Banco Central de Venezuela. La norma fundamental de ese régimen de control es el Convenio N° 1, dictado por el Banco Central de Venezuela y el Ministro de Finanzas, el cual esboza, a grandes rasgos, el contenido básico del control de cambio acordado. La importancia y trascendencia del Convenio N° 1 no se compadece, sin embargo, con la poca suerte que su contenido ha tenido. Publicado inicialmente en la Gaceta Oficial N° 37.625 de 5 de febrero de 2003, fue reimpresso por errores "materiales", según texto publicado en la Gaceta Oficial N° 37.641 de 27 de febrero de 2002, y de nuevo, vuelto a reimprimir por nuevos errores materiales según texto contenido en la Gaceta Oficial N° 37.653 del 19 de marzo de 2003.

En todo caso, el artículo 1 del Convenio centraliza, en el Banco Central de Venezuela, la compra y venta de divisas en el país, cuya gestión se confía a un ente administrativo especial, a saber, CADIVI, la cual fue creada por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto (artículo 2).

La centralización del comercio de divisas en el Banco Central es materia tradicionalmente regulada en los convenios cambiarios dictados en 1983 y 1994. Ella recoge, en su esencia, el control de cambio que se ha impuesto, pues los particulares no podrán ya intercambiar libremente el bolívar y las divisas; este tráfico queda, ahora, monopolizado en cabeza del Instituto emisor. Es importante insistir en este aspecto, pues el régimen examinado únicamente afecta el comercio de divisas, o sea, su intercambio, de forma tal que no se prohíbe la tenencia de divisas, ni la realización de cualquier operación económica con ésta.

¿Cuáles son los postulados generales que informan a este régimen cambiario? En nuestra opinión, cuatro premisas básicas permiten explicar el funcionamiento del actual régimen de control de cambio.

1. Se ha afectado la libertad cambiaria mediante controles administrativos

El término control de cambio alude a la técnica de intervención a través de la cual la Administración impone restricciones al ejercicio de la libertad cambiaria, atributo inherente a la libertad económica constitucionalmente reconocida, con fundamento en la previa acotación que de ese derecho se ha realizado.

Es preciso señalar que junto a la libertad cambiaria suele ubicarse la libre convertibilidad de la moneda. La libre convertibilidad engloba al derecho del portador de los billetes y monedas de curso legal, a convertir éstos en el respaldo conforme al cual el Banco Central de Venezuela ha efectuado la correspondiente emisión. Derecho, por tanto, a exigir al Banco Central, que convierta los billetes y monedas por él emitidos, incluso, mediante la entrega de las divisas de las cuales es titular.

La diferencia conceptual entre la libertad cambiaria y la libre convertibilidad cobra realce al analizar las normas de la Ley del Banco Central de Venezuela que invocó el Ejecutivo para dictar el actual régimen (artículos

110, 111 y 112). Estos artículos aluden a las restricciones de la libre convertibilidad de la moneda, que pueden ser acordadas por el Banco Central de Venezuela desde que es él el titular de las divisas con las cuales se perfeccionará la convertibilidad externa del bolívar. Empero, estos artículos no pueden extrapolarse a fin de regular el desarrollo de la libertad cambiaria, pues al incidir ello sobre el ejercicio de derechos constitucionales, se precisa la existencia de una clara e inequívoca norma legal.

2. El régimen de control de cambio se fundamenta en la técnica de las autorizaciones para la adquisición de divisas, y en ciertos supuestos de venta forzosa de divisas

La esencia del actual control de cambio reside en dos limitaciones impuestas. En primer lugar, la adquisición de divisas se ha sometido a un especial control, a saber, las llamadas autorizaciones para la adquisición de divisas. De esa manera, tal autorización no sólo habilita el ejercicio de la libertad cambiaria, sino que además, impone las condiciones dentro de las cuales esa libertad podrá ser ejercida, estableciendo –por ejemplo- la cantidad de divisas a adquirir y el destino que a éstas deba darse.

La segunda limitación establecida afecta a la venta de divisas, ello conforme a dos técnicas: venta forzosa, en los supuestos tasados por el Convenio Cambiario Número 1, y la venta centralizada de divisas en el Banco Central de Venezuela o las instituciones financieras debidamente acreditadas para fungir como agentes cambiarios.

Es de hacer notar que, conforme a su recepción en el Convenio Cambiario número 1, el control de cambio dictado es rígido y global, dado que no se ha previsto la existencia de un mercado –legal- paralelo; además, el tipo de cambio es único, y él aplica a todas las operaciones de compra y venta. Tales características agravan, aún más, las consecuencias del actual régimen, pues en éste el desarrollo de la libertad económica ha quedado completamente desvirtuado.

3. El régimen de cambio debe ser interpretado restrictivamente, por lo que todas las operaciones no comprendidas expresamente en él, serán lícitas

Si la libertad cambiaria deriva del ejercicio de derechos fundamentales, principalmente de la libertad económica, rige en la materia la máxima *in dubio pro libertate*, en caso de duda, debe beneficiarse el ejercicio de la libertad cambiaria.

Es por ello que los Decretos, Convenios y Providencias que integran el actual régimen son de interpretación literal y restrictiva, y de allí que todo lo no expresamente prohibido en esa normativa debe considerarse lícito. Además, las restricciones cambiarias han de ser aplicadas restrictivamente, siempre en el sentido más favorable al principio general de libertad.

Ello permite detenernos en el análisis del objeto del control de cambio. Muchas especulaciones se han realizado al respecto. Algunas interpretaciones apuntan, incluso, a que la realización de toda operación vinculada con divisas necesariamente debe someterse a los controles que han sido previstos. Es ese un planteamiento que conviene desmitificar. Es falso que todas las operaciones económicas relacionadas con divisas queden sometidas a los controles administrativos previstos. Antes por el contrario, el régimen en vigor **únicamente afectó el mercado –público y privado– de divisas, el cual se centraliza en el Banco Central de Venezuela a través de los controles que, al respecto, adopte CADIVI**, tal y como se desprende del artículo 1 del Convenio Cambiario N°. 1. El resto de operaciones económicas que entrañen el uso de divisas queda, así, fuera del régimen aplicable, de suerte tal que la tenencia de divisas, e incluso, su utilización como medio de pago, no encuentra obstáculo para su realización.

4. El control establecido se funda en la intensa publicación del mercado cambiario

Las bases del actual régimen cambiario evidencian la intensidad de los controles que por esa vía han sido establecidos. De esa manera, al centralizarse el comercio de divisas en el Instituto emisor, se ha aniquilado la libertad para adquirir y vender divisas. En cuanto a la primera, es preceptiva la correspondiente autorización; en cuando a la segunda, la venta ha de

efectuarse siempre al Banco Central de Venezuela conforme a la tasa fijada, siendo ocasionales los supuestos de venta forzosa. En adición, es la Administración quien determina la disponibilidad de divisas que podrán ser destinadas al mercado privado (artículo 7 del Convenio N° 1), así como los lineamientos conforme a los cuales tales divisas podrán ser entregadas (cfr.: Decreto N° 2.320, GO N° 37.644 de 6 de marzo de 2003). La Administración impone la venta forzosa de las divisas que ingresan a Venezuela; fija el volumen de divisas que se destinará al mercado privado interno; establece las finalidades que marcarán las prioridades a los fines de entregar las divisas, ahora consideradas recursos escasos; desarrolla normativamente los requisitos que determinan quiénes podrán solicitar y obtener la correspondiente autorización; establece los recaudos exigidos y los procedimientos aplicables, e impone, finalmente, los controles a los cuales se sujetarán todos los particulares.

Auténtica publicación del mercado privado de divisas. El ejercicio de la libertad económica, en este contexto, ha quedado desnaturalizado, por la intensidad desmesurada de los controles que han sido establecidos. Se ha enervado, también, el papel que la libre iniciativa empresarial desempeña en la distribución eficaz de divisas, pues es la Administración quien ha asumido tal función de distribución, en detrimento de la eficacia y celeridad, principios anhelados en la toma de decisiones empresariales, siempre dinámicas y flexibles.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO APLICABLES AL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO

Que el control de cambio se instrumente mediante procedimientos regidos por Leyes administrativas, supone la aplicación de principios generales que se erigen en garantías jurídicas de los operadores que han de concurrir a ese complejo sistema de controles, a fin de solicitar la autorización para la adquisición de divisas.

Resumiremos, a continuación, cuáles son esos principios generales, de cara a la utilidad práctica que éstos representan en la aplicación de la normativa cambiaria dictada.

1. Principios relacionados con el derecho a la debida respuesta

La solicitud para la obtención de la autorización de adquisición de divisas, en tanto solicitud administrativa, genera la obligación por parte de la Administración cambiaria de otorgar una debida respuesta dentro del plazo previsto para ello. En caso de no producirse tal respuesta, se entenderá denegada la autorización, todo ello de conformidad con los artículos 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP).

2. Principio del despacho subsanador

Cualquier omisión en la solicitud contentiva de la autorización para la adquisición de divisas, deberá ser indicada por la Administración al particular, para su debida subsanación (artículo 50 de la LOPA).

3. Principio de objetividad, imparcialidad y racionalidad

Con fundamento en los artículos 11 y 30 de la LOPA, la Administración cambiaria deberá actuar objetivamente, procurando un trato igual a todos los operadores económicos que se encuentren en situaciones comparables. Además, los criterios contenidos en las distintas resoluciones que al efecto dicte la Administración deberán preservarse para la futura decisión de casos similares, sin que puedan adoptarse sobrevenidamente nuevos criterios. Aplicación, por tanto, de la teoría del precedente administrativo, en los términos contenidos en el artículo 11 de la LOPA.

En adición, CADIVI debe actuar razonable y racionalmente, lo que exige la debida motivación de sus decisiones, así como la adecuada proporcionalidad entre éstas y el fin perseguido. Todo ello con la intención de proscribir tratos arbitrarios o discriminatorios en la asignación de divisas.

4. Principios de eficiencia, celeridad y simplificación

Una de las modernas tendencias que informan la actuación de la Administración, con clara inspiración alemana, es la simplificación de los trámites administrativos, o desregulación burocrática. Política que propende, en definitiva, a la agilización de la Administración, especialmente cuan-

do ella actúa en el orden económico, pues como observara Bullinger, los procedimientos administrativos han de adecuarse a las exigencias derivadas de la economía de mercado.

Los trámites administrativos necesarios para la adquisición de divisas han de simplificarse, obviando la realización de actuaciones inútiles o la exigencia de requisitos injustificados. El deber de simplificación encuentra cobijo en los artículos 30 de la LOPA y 22 de la LOAP, aún cuando ha sido desarrollado por la Ley de simplificación de trámites administrativos, de aplicación a la Administración Cambiaria. Así, esa Ley exige la adecuación de principios especiales que convendría reseñar:

a. Toda información presentada por los particulares, en los trámites para la adquisición de divisas, se presume cierta, salvo prueba en contrario aportada por la Administración (artículo 9 de la Ley de simplificación).

b. No podrá exigirse la presentación de recaudos que habían sido ya consignados en solicitudes anteriores, ni podrá exigir la Administración cambiaria la consignación de documentos que ella tenga en su poder, o que reposen en los archivos de otras Administraciones Públicas, y a los cuales aquélla pueda tener acceso. Tampoco podrán requerirse documentos fútiles o injustificados (artículo 23).

c. No podrán exigirse requisitos especiales, no contemplados de manera general en la normativa cambiaria (artículo 22 de la Ley de simplificación y 7.5 de la LOAC).

d. La Administración Cambiaria deberá formular trámites simples, transparentes, debiendo informar a los particulares acerca de éstos. A su vez, los operadores económicos privados podrán requerir el auxilio de la Administración Cambiaria para el mejor entendimiento de esos trámites, pudiendo celebrar al respecto, incluso, consultas telefónicas (artículos 37 y siguientes).

5. Principio de confianza legítima

De todos los principios anteriores, éste es, quizás, el de mayor operatividad en la práctica. La confianza legítima, conforme a su recepción en

el artículo 12 de la LOAP, se traduce en el derecho de los operadores económicos a confiar en la estabilidad de la normativa cambiaria dictada por la Administración, proscribiendo por ello reformas imprevistas.

Tal dimensión de la confianza legítima, tomada de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es de gran utilidad en la coyuntura actual, como puede anticiparse. La inestabilidad de las providencias dictadas por CADIVI contraría el derecho a la confianza legítima de los operadores económicos privados, desde que tales modificaciones sobrevenidas son, generalmente, imprevistas, sorprendiendo en su buena a fe a los particulares.

6. Principios de protección de la inversión extranjera

El régimen de control de cambio no puede afectar los derechos de los inversionistas extranjeros derivados de los Tratados Bilaterales suscritos, y que han sido realzados por la Ley de Promoción y Protección de Inversiones. En efecto, el artículo 12 de esa Ley reconoce el derecho a la libre transferencia de las inversiones y ganancias, derecho cuyo ejercicio, si bien puede ser regulado por la normativa cambiaria en vigor, en modo alguno puede ser enervado o impedido. A ello habrá que agregar que la transferencia, aún a resultas del régimen cambiario, deberá ser efectuada “sin demoras”, por así exigirlo el artículo comentado.

El derecho a la libre transferencia, decíamos, se encuentra también amparado en los Tratados Bilaterales, los cuales reconocen el derecho a realizar tal transferencia “sin demora” (Brasil o Canadá), “sin restricción” (Perú); “sin tardanza” (Dinamarca) o “sin retardo indebido” (Lituania). Ocasionalmente, se ha establecido como lapso debido para la realización de la transferencia, un mes contado a partir de la respectiva solicitud (Portugal), o tres meses (España).

Se insiste, el derecho a la transferencia de la inversión, sin demoras indebidas o injustificadas, no puede ser desconocido por el régimen cambiario. Así lo establece el artículo 10 del Convenio N° 1, el cual señala que las normas y compromisos internacionales suscritos por la República y establecidos en los acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y de integración serán de aplicación preferente a las disposiciones del Convenio Cambiario. También aplica, en la materia, el derecho a la remisión de la

inversión y ganancias reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario, mediante la Decisión 291, y su norma de desarrollo, el Decreto 2.095.

III. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL RÉGIMEN CAMBIARIO. CONTENIDO DE LOS CONTROLES PREVISTOS EN EL CONVENIO N° 1

El actual régimen del control de cambio quedó estructurado en tres niveles. El primero, comprendido por el Decreto 2.278, que habilitó la sanción de toda la normativa posterior. Junto a éste encontramos el Decreto 2.302, que además de regular el funcionamiento de CADIVI, estableció los principios generales aplicables, norma reformada por el Decreto 2.330; en segundo término, encontramos los Convenios Cambiarios, pues además del número 1, se han dictado otros dos, que fijan el tipo de cambio aplicable. Finalmente, y en tercer lugar, se ubican las –llamadas– providencias dictadas por CADIVI.

La sistemática empleada no es, ciertamente, esclarecedora. Por ello, al adentrarse en el régimen cambiario actual es preciso partir de dos normas básicas: el Convenio Cambiario N° 1 y el Decreto 2.302, con las reformas instrumentadas por el Decreto 2.330.

En lo que respecta al contenido de los controles a los que se refiere el Convenio N° 1, interesa señalar que éste reguló, en realidad, dos regímenes distintos: uno, para el sector público, y otro, únicamente aplicable a los particulares. En estricto sentido, sólo a éste último se refiere el término control de cambio, dado que la libertad cambiaria es derecho ejercido únicamente por los operadores económicos privados, en tanto derivación de derechos fundamentales individuales.

De esa manera, como norma de apertura, encontramos el artículo 26, conforme al cual la adquisición de divisas por personas naturales y jurídicas para transferencias, remesas y pago de importaciones de bienes y servicios, así como el capital e intereses de la deuda privada externa debidamente registrada, estará limitada y sujeta a los requisitos y condiciones que al efecto establezca CADIVI. Tal artículo debe ser interpretado restrictivamente. Por tanto, puede concluirse que sólo se ha controlado la adquisición de divisas para la realización de las expresas operaciones enumeradas en el artículo 26, enumeración que debe ser taxativa: transfe-

rencias y remesas; pago, además, de importaciones, capital e intereses de deuda privada externa registrada. ¿Qué ocurre con la adquisición de divisas para la realización de otras operaciones?; ¿queda tal adquisición sometida igualmente al régimen de control?.

El principio *in dubio pro libertate* forzaría a dar una respuesta negativa. Sin embargo, no debe olvidarse que existe una limitación general, en el artículo primero del Convenio N° 1: la adquisición de divisas se centraliza en el Banco Central y, por ende, está limitada en cuanto a su realización por los particulares, con independencia de la finalidad dada a las divisas adquiridas. De allí que, en realidad, *toda* adquisición de divisas –encuadre o no dentro del artículo 26- se somete al actual régimen de control de cambio.

En todo caso, la enumeración del artículo 26 es complementada por las diversas limitaciones especiales que a la libertad cambiaria recoge el Convenio, y que pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1. Venta obligatoria de divisas

Serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 del Convenio, todas las divisas originadas por las exportaciones de bienes, servicios y tecnologías, realizadas a partir de la entrada en vigencia del Convenio Cambiario. La venta de divisas deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles bancarios siguientes a la disponibilidad de las mismas, calculadas sobre el valor FOB declarado en la respectiva Declaración de Aduanas o Manifiesto de Exportación.

El párrafo primero del artículo 6 faculta a CADIVI para autorizar regímenes de administración de divisas, ello con la intención de procurar la flexibilidad necesaria para cubrir los gastos derivados de la actividad de exportación, distintos a la deuda financiera e insumos.

Además, todas las divisas que ingresen al país por concepto de servicios de transporte, operaciones de viajes y turismo, remesas, transferencias, rentas de inversión, contratos de arrendamiento y de otros servicios o actividades comerciales, industriales, profesionales, personales o de la construcción, serán también de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, conforme al artículo 28.

La interpretación de esa norma ha planteado severas dudas, por lo que interesa detenernos en su alcance. Recordando el principio *in dubio pro libertate*, hemos de observar que el prenombrado artículo 28 es de interpretación literal y restrictiva: no se afectan las divisas derivadas de actividades económicas; únicamente se impone la venta obligatoria de las divisas que ingresen al país, término que en su acepción restrictiva, debe entenderse referido al ingreso físico. Luego, las divisas derivadas de actividades económicas prestadas en el país, no serán de venta obligatoria, puesto que, respecto de ellas, no ha habido “ingreso” alguno. Tampoco lo serán aquellas divisas que, referidas a servicios prestados en Venezuela, sean empleadas como medio de pago en el exterior.

2. Restricciones a la adquisición de divisas por parte de la inversión extranjera. La venta forzosa de divisas derivadas de tal inversión

Según el artículo 29, para la adquisición de divisas destinadas a la remisión de dividendos, ganancias de capitales e intereses, si fuere el caso, producto de la inversión extranjera directa, así como para los pagos en divisas derivados de contratos sobre importación de tecnología y sobre el uso y explotación de patentes y marcas, las personas naturales o jurídicas deberán inscribirse en el registro respectivo que al efecto lleva el “Organismo Nacional Competente que corresponda”, el cual parece ser la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX). La Autorización de Compra de Divisas debe ser solicitada por los interesados debidamente registrados ante el Organismo Nacional Competente que corresponda, a cuyos efectos CADIVI “pondrá su empeño a fin de que este proceso se cumpla en forma expedita”.

Además, y según el artículo 33, las personas naturales o jurídicas extranjeras que ingresen divisas al país destinadas a fines de inversión extranjera directa y en activos financieros, estando vigentes las restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, deberán registrarlas ante la SIEX, a fin de tener derecho a exportarlas con los beneficios e intereses. Las divisas ingresadas serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas.

3. Régimen aplicable a los hidrocarburos

También impone el Convenio Cambiario N° 1 restricciones a las divisas derivadas de las actividades amparadas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH).

En efecto, las empresas constituidas o que se constituyan para desarrollar cualesquiera de las actividades a que se refiere la LOH, en la medida en que reciban o administren divisas como consecuencia de la operación de los “instrumentos legales que los vinculan”, solamente podrán mantener en el exterior cuentas en divisas en instituciones bancarias o de similar naturaleza, incluyendo las recibidas por el producto de sus ventas o por concepto de fondos pagados o aportados por los inversionistas o por instituciones crediticias, con el fin de efectuar los pagos y desembolsos que corresponda realizar fuera de Venezuela, los cuales deberán ser verificados por el Directorio del Banco Central de Venezuela. El resto de las divisas, será de venta obligatoria al Instituto emisor, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con el artículo 6 del Convenio (artículo 30). Aclara la norma siguiente que estas empresas no tendrán derecho a obtener divisas otorgadas por el Banco Central de Venezuela destinadas a cubrir sus obligaciones y pagos en moneda extranjera.

Pese la redacción enrevesada de ese artículo, se infiere que él otorga el derecho de remitir, al extranjero, divisas obtenidas de las actividades a que se refiere la LOH, aún cuando se trata de un derecho limitado, en función del destino que debe darse a estas divisas.

Ahora bien, el régimen legal del comercio de divisas en el mercado de los hidrocarburos no se agota con esta norma. Antes por el contrario, la temática de ese régimen es mucho más compleja.

De esa manera, si se trata de empresas del Estado que realizan algunas de las actividades a que se contrae la LOH, será aplicable el régimen de PDVSA y sus empresas filiales delineado en el artículo 12 del Convenio. Ello opera, en especial, respecto de las empresas del Estado que explotan las actividades primarias e, incluso, las llamadas “empresas mixtas”, puesto que ellas son empresas del Estado. Esto es, que en tales supuestos aplica el régimen de control para el sector público.

Por el contrario, si se trata de actividades comprendidas por la LOH, pero explotadas por particulares (las actividades aguas abajo), será aplicable el mencionado artículo 30, en la medida en que tales empresas “reciban o administren divisas” como consecuencia de la explotación de la actividad que le es propia. El resto de las empresas privadas relacionadas con el sector de los hidrocarburos se regirá por el régimen ordinario aplicable al sector privado.

Finalmente, y en la medida que las actividades reguladas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) están “referidas” en la LOH (cfr.: artículo 2), estimamos que respecto esas actividades será aplicable también el régimen precedentemente esbozado.

4. Otras restricciones al ingreso de divisas

El artículo 34 señala que todas las divisas de personas naturales o jurídicas que ingresen al país, no contemplados en los artículos anteriores, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio. Norma censurable, por la vaguedad e indeterminación de su contenido.

IV. LAS NORMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE DIVISAS

El citado Decreto N° 2.302, junto con sus modificaciones contenidas en el Decreto N°. 2.330, desarrolla los principios generales que informarán la administración y control de divisas contenidos en el Convenio N° 1.

1. El Registro de Usuarios

El primer control administrativo por medio del cual se regula el ejercicio de la libertad cambiaria, es el registro de usuarios, condición previa a la adquisición de divisas.

Basta con señalar, ahora, que la figura del Registro es un trámite burocrático que, como tal, ha de quedar sometido a los principios de celeridad, eficiencia y eficacia derivados de la Ley de simplificación de trámites

administrativos, conforme lo que antes ha sido expuesto. En concreto, sólo podrán exigirse documentos justificados en razón de la *ratio* del control de cambios, quedando proscrita la exigencia de documentos no necesarios, injustificados, que obedezcan a otro fin, o que ya reposen en los archivos de CADIVI o de otro órgano de la Administración. Además, deberá tenerse como cierta la declaración del particular efectuada al solicitar su correspondiente inscripción.

2. La autorización para la adquisición de divisas

El registro de usuarios es, como se dijo, un simple trámite burocrático, de dudosa utilidad, pues la inscripción en tal registro no habilita a los particulares para adquirir divisas. Éstos, por el contrario, deberán solicitar a la Administración Cambiaria la Autorización de Adquisición de Divisas, la cual será nominal e intransferible y tendrá una validez de ciento veinte (120) días continuos, contados a partir de la fecha de su notificación. La Comisión podrá conceder un lapso de validez mayor, cuando lo considere indispensable y justificado (artículo 8).

La autorización habilita al particular para la compra de divisas, pero además establece las modalidades a través de las cuales podrá efectuarse esa compra. Así, según el artículo 9, la utilización de las divisas deberá corresponder a los términos establecidos en la autorización. No obstante, la Comisión podrá reconocer márgenes razonables de variación en los términos autorizados, siempre y cuando no impliquen desviaciones sustanciales frente a los originalmente aprobados. Nótese así que, tal y como antes se indicó, el control de cambio consiste en un mandato positivo, desde que la autorización fija los estándares dentro de los cuales los operadores económicos privados podrán ejercer su libertad de cambio, estándares que podrán referirse a aspectos cuantitativos –cantidad de divisas a comprar– y cualitativas –destino dado a las divisas–.

3. El control administrativo sobre la sinceridad y uso dado a las divisas

El artículo 10 consagra un auténtico régimen de policía sobre la ejecución de la autorización, al señalar que para velar por el cumplimiento de las normas que informan la administración de divisas, CADIVI establecerá los documentos y demás recaudos que deberán presentar los adqui-

rentes para comprobar la utilización de las mismas y podrá realizar la verificación física o contable correspondiente. La Comisión podrá exigir la comprobación de la utilización de las divisas autorizadas con anterioridad, como requisito previo a la aprobación de nuevas solicitudes del mismo usuario.

Asimismo, y como medio de control, el artículo 11 prevé que CADIVI podrá suspender, mediante providencia motivada, el registro y la tramitación de la autorización de adquisición de cualquier solicitante de divisas “mientras se culmina la investigación respectiva”, en aquellos casos en que existan serios indicios de que las personas interesadas hayan suministrado información o documentación falsa o errónea para su inscripción en el respectivo registro o en la solicitud de adquisición de divisas, “sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a que haya lugar”.

Esa suspensión luce como una auténtica sanción, lo que permite la aplicación de las garantías subjetivas establecidas en el artículo 49 de la Constitución, y entre ellas, el principio de legalidad de las sanciones administrativa. Ninguna Ley, sin embargo, consagra la prenombrada sanción de suspensión.

4. Sobre los derechos derivados de la autorización

Acudiendo a la teoría general de la actividad administrativa, puede señalarse que la autorización es un acto declarativo, pues incide sobre el derecho previo de libertad cambiaria. Además, en tanto acto favorable, genera el derecho en el particular a confiar en la legalidad y mantenimiento de su validez en el tiempo, de forma tal que sólo puede la Administración revisar la autorización expedida declarando su nulidad absoluta, *ex* artículo 82 de la LOPA, y previa sustanciación del debido procedimiento.

Sin embargo, en dos recientes sentencias del 25 de marzo de 2003, caso Avianca y del 26 de ese mes, caso American Airlines, la Sala Político-Administrativa, reiterando un criterio anterior (sentencia de 07 de octubre de 1993, caso Laboratorios Sánalo C.A.), indicó que:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que las autorizaciones emitidas por las autoridades cambiarias respecto de las solicitudes de divisas dentro de un mercado controlado, no generan derechos subjetivos para los

particulares, porque las medidas que dicta el Ejecutivo Nacional en materia económica, monetaria o fiscal son adoptadas en función del interés colectivo y en ejercicio del poder soberano que lo inviste de una facultad discrecional”.

Subyace, tras este planteamiento de la Sala Político-Administrativa, la supuesta antinomia existente entre la seguridad jurídica y el interés público, aportándose como solución la deferencia por este último. Ciertamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia recaída en el caso Tomandini, asunto 84/78, señaló que la seguridad jurídica cedía frente a un interés público preponderante, lo que permitiría la modificación del marco jurídico de la ordenación de la economía. Sin embargo, una cosa es afirmar que las autorizaciones para la adquisición de divisas pueden ser modificadas, y otra es sostener que éstas no generan derecho alguno. Premisa que, en definitiva, incrementa la ya precaria seguridad jurídica, pues los operadores económicos no tendrán ninguna garantía de esa autorización será respetada por la Administración.

V. EL RÉGIMEN APLICABLE DE CADIVI

El régimen jurídico de CADIVI está contenido en el Decreto 2.330. Analicemos los aspectos jurídicos más resaltantes de éste.

1. Naturaleza jurídica de CADIVI

CADIVI carece de personalidad jurídica propia; luego, sus decisiones son siempre imputables a la República. Ello sitúa a la Comisión dentro de la Administración Pública Central. Además, CADIVI tiene un cúmulo de competencias originalmente atribuidas a ella, sin que ningún órgano de la Administración Central (i.e. Ministerio de Finanzas) ejerza ningún control. Es, por tanto, un órgano desconcentrado con autonomía funcional.

2. Ausencia de adscripción

Enseña la teoría general de la organización administrativa que todo órgano ha de estar inserto dentro de determinada organización administrativa, en concreto, a nivel central. En otras palabras, todo órgano desconcentrado debe estar adscrito a algún Ministerio. No sucede así con CADIVI, puesto que dicho órgano no fue adscrito a ningún Ministerio. Es, por tanto,

un verdadero órgano apátrida, aunque a falta de previsión expresa, y como solución práctica, bien pudiera entenderse que tal Comisión está adscrita al Ministerio de Finanzas, con fundamento en el artículo 12 del Decreto 2.330.

Lo anterior permite aseverar que, en la creación de CADIVI, fue violado el artículo 90 de la LOAP, pues no le es dado al Poder Ejecutivo crear originariamente órganos desconcentrados. En efecto, lo que permite el comentado artículo 90 es transformar unidades ministeriales en órganos desconcentrados, y no –como se ha hecho- crear tales órganos sin previa transformación.

3. Atribuciones

Corresponde a CADIVI, como fue indicado, ejecutar la política cambiaria concertada entre el Ministro de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, instrumentando los controles que han sido dictados. Ejerce, por ende, la función de regulación sobre la libertad cambiaria, según la siguiente sistemática resumida en extremo, por razones de tiempo:

- a. *Funciones de control sobre la libertad de cambio.* Sin duda, es el núcleo de las competencias que le han sido asignadas. Corresponderá a CADIVI regentar los registros de usuario y otorgar las autorizaciones para la adquisición de divisas por parte de los usuarios del régimen cambiario.
- b. *Funciones normativas.* A CADIVI le ha sido reconocido, sin cobertura legal de ningún tipo, amplias potestades normativas que le permiten reglamentar el régimen de control de cambio según cada operación en concreto, a través de las llamadas providencias. El origen de esas normas se encuentra igualmente viciado de nulidad. En efecto, las providencias son normas de inequívoco carácter regulatorio, pese a lo cual –como ha observado David Quiróz Rendón- no se dio cumplimiento al procedimiento preceptivo de consulta pública, exigido en esos casos por los artículos 136 y 137 de la LOAP.
- c. *Potestad sancionadora.* Finalmente, se ha atribuido a CADIVI la aplicación de las sanciones administrativas que le correspondan. Tal competencia carece de contenido práctico

pues no existe, en el ordenamiento jurídico vigente, Ley alguna que prevea como infracción la contravención al actual régimen de control de cambio, sin que pueda la Administración aplicar analógicamente otras infracciones, o establecer éstas mediante actos sublegales. Por esa razón –junto a otras consideraciones– la Sala Constitucional anuló los artículos 2 y 6 de la Ley de Régimen Cambiario, hoy carente de mayor aplicación práctica, en su sentencia de 21 de noviembre de 2001.

4. Régimen de recursos

Otro aspecto a considerar es el régimen de recursos administrativos y contencioso-administrativos que proceden contra los actos de CADIVI. Cualquier consideración al respecto debe partir de la expresión contenida en el artículo 3 del Convenio N° 1, según el cual las decisiones de CADIVI agotan la vía administrativa.

Sin embargo, la regulación del agotamiento de la vía administrativa es materia de la reserva legal, pues se encuentra ya consagrada en diversas Leyes (numeral 2 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, LOCSJ), en concordancia con el artículo 93 de la LOPA). La conclusión de lo anterior es que el artículo 3 del Convenio N° 1 invadió materias de la reserva legal, desconociendo la regulación derivada de la LOCSJ y de la LOPA, lo que vicia de nulidad esa disposición. Los actos de CADIVI no pueden agotar la vía administrativa, desde que ninguna disposición legal alteró, respecto de ese órgano, la regla del artículo 93 de la LOPA.

Subsiste sin embargo un problema práctico, pues, como se dijo, los particulares se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica frente al régimen de recursos contra los actos de CADIVI. ¿Qué hacer en caso que sea necesario atacar un acto dictado por ese órgano? Sumariamente, presentaremos diversas soluciones a esa problemática.

- a. En primer lugar, los particulares afectados por las decisiones de CADIVI deberán atenerse al contenido de la notificación del acto lesivo, que a tales efectos debe hacer la Comisión; cualquier omisión en tal notificación derivará en la ineficacia del acto.

- b. La problemática en cuanto a la vía administrativa puede solventarse mediante la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad, conjuntamente con la acción de amparo constitucional, dado que en esos casos la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales exime al interesado de la carga de agotar la vía en sede administrativa.
- c. Contra los actos de CADIVI siempre podrá ejercerse el recurso de reconsideración, con fundamento en los artículos 92 y 94 de la LOPA. Los recursos administrativos son medios de defensa de los particulares, y de allí que su interposición –aún optativa- no puede negarse.
- d. El principal problema se presentará cuando, interpuesto el recurso de reconsideración, éste sea negado expresa o tácitamente. Dos alternativas resultan aplicables. Por un lado, puede optarse por impugnar tal decisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aún cuando no sea un acto que cause estado. El tribunal competente sería la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quien al admitir el recurso de nulidad incoado se encontrará en la diatriba de decidir si entiende agotada la vía administrativa, por una disposición contenida en un simple contrato interadministrativo. Otra opción es acogerse al recurso jerárquico, pero aquí encontramos otro obstáculo, pues CADIVI no está adscrita a ningún Ministerio, lo que impediría –de hecho- presentar el recurso ante la máxima autoridad jerárquica. En todo este tortuoso camino el particular afectado deberá advertir la existencia del lapso de caducidad de seis meses, a fin de acudir al contencioso administrativo.
- e. Pero frente a CADIVI no sólo cabe la interposición de recursos de nulidad. Por el contrario, también la inactividad de ese órgano es susceptible de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La presentación de la solicitud de autorización para la adquisición de divisas genera, en cabeza de la Administración, el deber de otorgar oportuna y debida respuesta. Si presentada tal solicitud, la Administración se abstie-

ne de dictar la correspondiente autorización, podría ser procedente la interposición de la llamada acción por abstención o carencia, solicitando al Juez contencioso administrativo –de nuevo, la Corte Primera– que condene a la Administración a dictar el correspondiente acto.

- f. Con carácter general, es la acción de amparo el mecanismo idóneo para asegurar la garantía del derecho de libertad económica, menoscabado por el régimen en vigor. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –tribunal competente para conocer de tales acciones– ha establecido los cánones que deben cumplir las limitaciones a la libertad económica, todos los cuales han sido vulnerados en el presente caso (cfr.: sentencia de 8 de mayo de 2002, caso Brahma). Principalmente, se exige que la limitación a esa libertad sea razonable y proporcional. Cabe preguntar si un régimen como el vigente, que ha derivado en la suspensión de *facto* del mercado cambiario por más de noventa días, supone una restricción razonable y justificada a la libertad económica, derecho que, en lo que respecta al mercado cambiario, ha quedado desnaturalizado.

REFLEXIONES FINALES

El control de cambio vigente pivota sobre tres principios generales. El primero, la centralización del mercado cambiario en el Banco Central de Venezuela y consecuentemente, la limitación a la adquisición de divisas y a su venta. El segundo principio es la creación de una Administración Cambiaria especial, CADIVI, encargada de instrumentar los controles a la compra y venta de divisas. Finalmente, se reconocen amplias potestades de ordenación y control que implican la gestión pública de las divisas, desde que será el Estado a quien corresponda dictar los lineamientos conforme a los cuales serán distribuidas divisas entre los particulares, así como proceder a su posterior administración en el mercado privado.

Ha operado la publicación del otrora mercado privado de divisas. Así, toda compra de divisas debe pasar por los controles administrativos que se establezcan, y que actualmente se fundamentan en el registro previo

y en la autorización para la adquisición de divisas al tipo de cambio fijado en los Convenios Cambiarios celebrados. La arbitrariedad del sistema adoptado –ante lo desmesurado de los controles acordados– pone en duda la racionalidad del actual régimen cambiario, ante la desproporción existente entre las externalidades que se pretenden controlar y las medidas de intervención pública acordadas.

En lo que respecta a la venta forzosa de divisas, en los términos del Convenio N° 1, ella sólo aplica cuando ingresen físicamente divisas a Venezuela. La tenencia de divisas, fuera de este supuesto, no apareja entonces la venta coactiva.

Ahora bien, el régimen cambiario cuyos principios generales han sido esbozados, como es sabido, ha tenido una tímida expresión en la práctica: un control de cambio *de iure*, ha degenerado en la suspensión del mercado cambiario *de facto*, por más de noventa días, dado que son ciertamente pocas las autorizaciones hasta ahora emitidas por CADIVI.

Ante tal coyuntura, debe recordarse que la falta de reglamentación de los derechos de los ciudadanos no es óbice para su efectivo ejercicio, de suerte tal que la inactividad normativa de CADIVI no puede impedir la adquisición de divisas necesarias para la realización de actividades económicas cuyo desarrollo protege la Constitución e, incluso, para la prestación de servicios de innegable contenido social, como ocurre en los casos de los servicios de salud, en los cuales la adquisición de divisas puede resultar esencial.

La faceta más delicada del actual control de cambios, por tanto, aún no se ha implementado, desde que será en la ejecución de la normativa cambiaria donde cobrarán realce los principios generales que han sido expuestos en esta conferencia.

SENTENCIA MARBURY VERSUS MADISON (1803)

María Virginia Andrade

SUMARIO

APERTURA

BREVE RESUMEN DE LA SENTENCIA

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Bibliografía

APERTURA

El control de la constitucionalidad por el poder judicial en los Estados Unidos se encuentra organizado en los Estados particulares de la Unión como también en el estado federal; pero esta facultad no se encuentra establecida en la Constitución estadounidense. Por lo que hoy podemos decir, que el inicio del control de la constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos, no es un precepto constitucional sino la creencia de la conveniencia de que los jueces tuvieran el poder de revisar la legislación y declararla inconstitucional. Partícipe de estas ideas fue el gran colaborador de Washington, Alexander Hamilton, que vino a complementar la Constitución, haciendo expreso lo que ella tenía como posibilidad latente y que luego, en 1803 la desarrolló sabiamente el juez y presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, John Marshall, en el famoso caso Marbury vs. Madison.

BREVE RESUMEN DE LA SENTENCIA

El juez John Marshall, fue designado Presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, por el presidente norteamericano John Adams en 1801 y desempeño sus funciones en 1835.

La Suprema Corte en sus principios era considerada como algo secundario, un poder más del Estado, era un refugio para aquellos hombres

que ya querían retirarse, ya que la Corte se mantenía al margen de la labor activa del gobierno.

La Suprema Corte era un poder más al lado del Ejecutivo y el Legislativo y se encontraba obligada a admitir cualquier ley propuesta por el legislativo; pero que Marshall hizo sentir que la Suprema Corte norteamericana, no solo era igual en rango y categoría, sino que era la guardiana de la constitucionalidad ante los otros dos poderes, quienes así la reconocieron después del celebre caso Marbury vs. Madison.

John Marshall, que era aún secretario de Adams, apoyó este plan. Los jeffersonianos dijeron que el Congreso había nombrado tantos nuevos jueces, que el presidente Adams y el secretario de Estado Marshall permanecieron hasta la medianoche del 03 de marzo de 1801 firmando y sellando los despachos, y llamaron a los federalistas designados para estos cargos, “ jueces de medianoche”.

Llegaron a tener listos, debidamente sellados y hasta expedidos, la mayoría de los despachos, pero unos cuantos quedaron en el escritorio del secretario y estaban en ese mismo lugar cuando el sucesor de éste, James Madison, se hizo cargo de sus tareas el día siguiente. Entre los citados despachos de magistrados, había uno para la ciudad de Washington, a nombre de un tal William Marbury. Nunca se supo que pasó con ese documento, pero no fue enviado al destinatario, de manera que este pidió a los tribunales que ordenara al secretario de Estado que le fuera remitido. Con el correr del tiempo, en 1803 para ser más exactos, el asunto llegó a la Suprema Corte. En esta misma fecha la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso, siendo como ya hemos visto, John Marshall, el presidente de dicha Corte; decía: que Marbury estaba habilitado para su nombramiento y que el secretario de Madison actuaba tiránicamente e ilegal al retenerlo, pero que la Suprema Corte no podía emitir un auto obligándolo a hacer llegar el despacho, porque la Constitución había determinado exactamente las atribuciones de la Corte, y no mencionaba tal auto. Por esta razón, y he aquí la dinamita, aunque el Congreso federalista en 1789 sancionó una ley que permitía a la Corte expedir dichos decretos, el Congreso no tenía derecho de extender la jurisdicción de la Corte, de aquí que la ley era inconstitucional, nula y sin fuerza. El señor Marbury estaba autorizado para su cargo, sí, pero perdía su tiempo si esperaba que la Corte así lo reconociera.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

El famoso juez Marshall, y mediante un razonamiento exclusivamente lógico y sin referencia a ningún precedente o autoridad, establece los fundamentos en virtud de los cuales corresponde a la judicatura decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. Todo lo que se ha hecho después no ha sido más que el desarrollo y complementación de esta doctrina. Su argumentación gira sobre los siguientes puntos:

- A) El principio de la limitación de poderes y de la supremacía de la Constitución escrita: El gobierno de los Estados Unidos tiene poderes limitados, y precisamente para que tales límites no sean equivocados u olvidados es por lo que la Constitución es escrita. La Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios, al igual que otras son alterables a discreción de la legislatura y entonces la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Todos aquellos que han establecido Constituciones escritas las han considerado como “la ley fundamental y superior de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo. Esta teoría está vinculada a las Constituciones escritas y, en consecuencia, ha de ser considerada por este tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”.

- B) La función de los tribunales, para Marshall, es aplicar la ley correspondiente al caso; pero “si dos leyes están en conflicto entre sí, ha de decidir la aplicación de cada una. Si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular..., el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. Si los tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican”.

La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas limitaciones sin previo juicio. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandato, que el servidor es más que su amo. Los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a ésta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. 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. Significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con el pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última en preferencia a las primeras.

Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente; y ninguna suposición con respecto a sus sentimientos, ni aún el conocimiento fehaciente de ellos, puede autorizar a sus representantes para apartarse de dicha forma previamente al acto que indicamos.

La jurisprudencia Marbury no lleva a una interdicción al poder judicial para conocer de cualquier decisión administrativa; sobre ello se introducirá enseguida, como veremos, la distinción entre los actos ministeriales –justiciables– y actos discrecionales –no justiciables–, considerados inicialmente como political questions; por otra parte, es el propio poder judicial el que determina esos límites, en tanto que en el sistema francés la obturación formal del conocimiento judicial de la materia administrativa llevará a que ésta deba ser controlada por una instancia para-judicial.

El primero de los principios del actual derecho constitucional es el constitucionalismo, es decir, la confianza que ponen los hombres en el poder de las palabras formalmente escritas, para mantener un gobierno. Este principio tuvo su origen en la revolución americana, de manera que las Constituciones escritas en el mundo moderno, deben ser consideradas como una invención política norteamericana, basadas en tres nociones elementales: la de la existencia de una Ley superior que está colocada por encima del gobierno y de los particulares; la existencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que deben ser garantizados por el Estado; la de la existencia de una Carta constitucional, donde están expresamente escritos, con sentido de permanencia, los principios de sumisión del Estado al derecho, de limitación del Poder Público y de los derechos individuales.

La división general del contenido de las Constituciones modernas, es en una parte orgánica y una parte dogmática, comprendiendo la primera los conceptos de la separación de poderes y la supremacía de la Ley, y la segunda, la declaración de derechos fundamentales.

El concepto de la Constitución como una ley suprema y fundamental, puesta por encima de todos los poderes del Estado y de los particulares.

La Constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes es modificable cuando las legislaturas quieran modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la segunda parte es exacta, entonces las Constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable.

El Juez Marshall concluyó con su formidable proposición relativa a las Constituciones escritas:

“Ciertamente, todos aquellos que han adoptado Constituciones escritas, las consideran como la ley suprema y fundamental de la nación y, en consecuencia, la teoría de los gobiernos de esta naturaleza, tiene que ser que un acto de la Legislatura que contradiga la Constitución, es nulo.

Esta teoría esta esencialmente vinculada a las Constituciones escritas, y consecuentemente, debe ser considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”.

Jonson sintetiza la argumentación de Marshall en los siguientes principios: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; c) es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, la Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo; e) si el tribunal no rehusa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas.

Este constitucionalismo, manifestado en Constituciones escritas rígidas y supremas, es un principio desarrollado como tendencia general en el derecho constitucional moderno y contemporáneo, seguido en casi todos los países del mundo, excepto en el Reino Unido y en muy pocos otros países.

Esta ha sido siempre la tendencia del constitucionalismo latinoamericano desde 1811, iniciada con la Constitución de Venezuela de 21 de diciembre de 1811, y las Constituciones provinciales de 1812.

Bibliografía

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Civitas editorial, S.A, 1995, España.

GARCÍA-PELAYO. *Derecho Constitucional Comprado*. Alianza editorial S.A., Madrid, 1999, España.

BREWER-CARIÁS, Allan R. *Reflexiones Sobre la Revolución Americana(1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno*. Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1992.

FAJARDO, Ángel. *Compendio de Derecho Constitucional General y Particular*. Décimocuarta edición, Caracas, 1994.

MARÍA VIRGINIA ANDRADE

HAMILTON, A; MADISON, J; JAY, J; *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica. México, 1era edición en inglés; 1780, 1era edición en español; 1943, sexta impresión (1998).

ENTRE LOS VOTOS Y LAS BALAS: LAS SALIDAS CONSTITUCIONALES A LA CRISIS VENEZOLANA*

Carlos García Soto

SUMARIO

I. PROLEGÓMENOS

II. PUNTO PREVIO: LA SENTENCIA DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE FECHA 22 DE ENERO DE 2003

III. SIGNIFICADO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CARÁCTER SUPERIOR Y CONCENTRADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. Significado político de la Constitución
2. Carácter superior y concentrado de las normas constitucionales

IV. PROPUESTAS CONSTITUCIONALES EN LA CRISIS VENEZOLANA

1. La propuesta de enmienda constitucional
2. La propuesta del referendo revocatorio
 - 2.1. Noción y regulación constitucional
 - 2.2. Tópicos constitucionales en torno a la propuesta y la jurisprudencia de la Sala Constitucional
 - 2.2.1. La polémica Olavarría, Escarrá, Linares y Blyde: los requisitos del referendo revocatorio
 - 2.3. Regulación legal del referendo revocatorio
3. La propuesta de la Asamblea Nacional Constituyente

V. CONCLUSIÓN (ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD HISTÓRICA DE LA SALA CONSTITUCIONAL)

* La redacción de este trabajo se cerró el 29 de mayo de 2003, fecha en la cual se firmó el Acuerdo entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los factores políticos y sociales que lo apoyan y la Coordinadora Democrática y las organizaciones políticas y de la sociedad civil que la conforman.

I. PROLEGÓMENOS

El domingo 2 de febrero de 2003 se realizó en el país un proceso de recolección de firmas para promover distintas iniciativas constitucionales. Dentro del marco de crisis severa que atraviesa Venezuela, se han planteado a la opinión pública algunas salidas llamadas primero institucionales, luego democráticas, más recientemente constitucionales y en la actualidad electorales. Hemos resuelto dar con urgencia una salida electoral a la situación.

La Mesa de Negociación y Acuerdos que ha reunido a representantes del gobierno y de la oposición, facilitada por la OEA a través de su Secretario General, el Centro Carter y el PNUD, logró el pasado 29 de mayo un *Acuerdo entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los factores políticos y sociales que lo apoyan y la Coordinadora Democrática y las organizaciones políticas y de la sociedad civil que la conforman*. El Acuerdo expresa en su primer párrafo:

“1. Los suscritos miembros de la Mesa de Negociación y Acuerdos, representantes del Gobierno Nacional y de las fuerzas políticas y sociales que lo apoyan, así como de las organizaciones políticas y de la sociedad civil que conforman la Coordinadora Democrática, suscribimos el presente Acuerdo con espíritu de tolerancia para contribuir al fortalecimiento del clima de paz en el país. En ese sentido reiteramos los principios y mecanismos que nos trajeron a esta mesa, que constan en la Síntesis Operativa acordada por las partes desde el momento de su instalación, así como nuestra convicción de encontrar una solución constitucional, pacífica, democrática y electoral”.

Vivimos una crisis de todo el sistema. Lamentablemente, no hemos podido encontrar una vía a través de las instituciones públicas. Ante situaciones como estas, en las cuales no es posible encontrar una vía para solucionar los conflictos –normales en cualquier democracia– a través de los Poderes Públicos, se hace inevitable la consulta al pueblo. Volver a los orígenes: conocer la voluntad popular es la tarea venezolana de hoy.

Como es evidente, nuestra situación política no es circunstancial. Es fruto de una crisis que padecemos al menos desde la década de los años 80. No solucionamos las deficiencias de nuestra vida democrática cuando no eran tan marcadas. Hoy pagamos el costo de no querer ver lo que sucedía. Sin embargo, todavía estamos a tiempo y el dramático agravamiento de la crisis debe ser un acicate.

Hoy se han planteado tres soluciones básicas: la enmienda constitucional, el referendo revocatorio y la Asamblea Nacional Constituyente. A la necesidad comprender las implicaciones jurídico-políticas de tales propuestas responde este ensayo.

II. PUNTO PREVIO: LA SENTENCIA DE LA SALA ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE FECHA 22 DE ENERO DE 2003

El 22 de enero de 2003 la Sala Electoral (en Sala Accidental) del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia de efectos gravísimos. La sentencia atendía a un recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo constitucional de los ciudadanos Desiré Santos Amaral, Ramón Darío Vivas Velasco y José Salamat Khan, "...en representación de los intereses colectivos de los electores inscritos en el Registro Electoral Permanente...", diputados a la Asamblea Nacional del partido de gobierno, Movimiento Quinta República, de fecha 30 de diciembre de 2002.

La conformación de la Sala fue verdaderamente accidental. El mismo 30 de diciembre de 2002, la Sala designó Ponente al Magistrado Alberto Martín Urdaneta. La sentencia fue dictada por el Magistrado Luis Martínez Hernández. Entre el 9 y el mismo 22 de febrero hubo 11 recusaciones, 2 inhibiciones y se convocó un suplente.

Los recurrentes alegaron que el Directorio del CNE se encontraba ilegalmente constituido. Consideraron que la incorporación del ciudadano Leonardo Pizani no resultaba procedente, por lo que las actuaciones de ese directorio eran nulas, entre las cuales se encontraba la convocatoria a referendo consultivo para el 02 de febrero de 2003. Los recurrentes expusieron, fundamentalmente, que el ciudadano Pizani había sido designado como Miembro Suplente del Consejo Nacional Electoral, mediante acto publicado en la Gaceta Oficial N° 36.965 del 05 de junio de 2000, pero que había

renunciado en octubre de ese mismo año a través de carta dirigida al Presidente de la Asamblea Nacional, y que en fecha 11 de noviembre de 2002, había retirado su renuncia, mediante carta dirigida de nuevo al Presidente de la Asamblea Nacional. Sin embargo, adujeron, la renuncia al CNE es un acto unilateral que no requiere la aceptación por parte del funcionario que la recibe. Al efecto, invocaron los derechos constitucionalmente consagrados a la participación en los asuntos públicos (art. 62 constitucional); a las garantías de confiabilidad, imparcialidad y transparencia de los procesos electorales (art. 292 *in fine*) y a los principios de imparcialidad y transparencia que deben presidir la actuación de los órganos del Poder Electoral (art. 294).

Por su parte, la representación del CNE expuso, básicamente, según se desprende de la sentencia, “que del escrito recursivo no se invoca, ni implícita ni explícitamente, artículo constitucional ni ninguna vulneración al respecto, así como tampoco se exponen las circunstancias razonadas respectivas, careciendo por tanto de argumentación lógica que dé fundamento a la solicitud de amparo constitucional cautelar”.

La sentencia declaró con lugar el amparo constitucional cautelar solicitado y decidió:

“1. Se ordena a la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral, abstenerse de realizar aquellos actos que no resulten indispensables para garantizar el normal funcionamiento administrativo del referido órgano, y especialmente, abstenerse de iniciar la organización de procesos electorales, referendarios, u otros mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos, así como suspender los ya iniciados de ser el caso, hasta tanto se resuelva la presente controversia.

2. Se ordena a la actual Directiva del Consejo Nacional Electoral abstenerse de sesionar con la presencia y participación como Miembro Principal, del ciudadano LEONARDO PIZANI.

3. Se suspenden los efectos de la Resolución emanada del Consejo Nacional Electoral distinguida con el N° 021203-457

del 3 de diciembre de 2002, publicada en la Gaceta Electoral N° el 5 de diciembre de 2002.

4. La presente decisión no obsta para que la Asamblea Nacional haga uso de las potestades contempladas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Electoral a los fines de iniciar el procedimiento de designación de las nuevas autoridades del Consejo Nacional Electoral”.

En síntesis, la sentencia suspendió la realización del referendo consultivo convocado por el CNE y cualquier otro proceso comicial, referendario o de participación ciudadana en asuntos públicos hasta la resolución de la controversia (decidida en sentencia de 19 de marzo de 2003, en la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones impugnadas y se ordenó la desincorporación del ciudadano Leonardo Pizani de la Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral). Además prohibió al CNE sesionar con la presencia del ciudadano Pizani como Miembro Principal. Finalmente, la sentencia aclara que no obsta a que se designe al CNE según lo establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Electoral.

La sentencia dijo demasiado. Según se desprende del texto, en ningún momento se le pidió a la Sala ordenara “a la actual Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral, abstenerse de realizar aquellos actos que no resulten indispensables para garantizar el normal funcionamiento administrativo del referido órgano, y especialmente, abstenerse de iniciar la organización de procesos electorales, referendarios, u otros mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos (...)”.

El amparo cautelar sólo solicitaba la suspensión del referendo convocado y nada más. Textualmente, según dice la propia narrativa de la sentencia: “de manera accesoria al recurso interpuesto, los recurrentes solicitan se acuerde medida de amparo constitucional en resguardo de sus intereses y de los derechos e intereses de los electores inscritos en el Registro Electoral Permanente, mediante la cual se ordene al Directorio del Consejo Nacional Electoral y sus órganos auxiliares, abstenerse de realizar *actos de ejecución de los actos impugnados mediante el presente recurso*, así como, de igual forma, se ordene al ciudadano Leonardo Pizani abstenerse de intervenir o participar en los actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral, hasta tanto se emita el correspondiente pronunciamien-

to definitivo” (subrayado nuestro). Por todo ello, la sentencia incurrió en el vicio de *ultrapetita*, el cual ocurre cuando un órgano judicial decide cuestiones que no le han sido planteadas como objeto de decisión.

III. SIGNIFICADO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CARÁCTER SUPERIOR Y CONCENTRADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. Significado político de la Constitución

El 31 de marzo de 1981 el Tribunal Constitucional Español dictó una sentencia de importancia capital para el posterior desarrollo del Derecho Constitucional:

“La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que han de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”.

La Constitución es el documento jurídico con mayor contenido político. En ella se establecen los valores sociales, políticos y económicos básicos de la sociedad. Por eso se ha dicho que toda Constitución tiene una determinada concepción del hombre y de la sociedad. Por ser la norma fundamental, en ella se recogen, con mayor o menor precisión, los acuerdos políticos básicos a través de los cuales cada sociedad se desarrolla. Estos valores son sustento del pluralismo político necesario en las sociedades democráticas. Lo ha puesto de relieve Casal: “Este acervo jurídico-político ha cristalizado en el Estado constitucional, en cuyo seno el propósito de salvaguardar ciertos valores coexiste con la defensa del pluralismo político, y en el cual ocupa un lugar capital la idea del equilibrio, tempranamente subrayada por Maurice Hauriou y recientemente desarrollada por Zagrebelsky. Equilibrio entre los poderes del Estado, y equilibrio entre los valores que han de inspirar su actuación”¹.

¹ CASAL, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional*, UCAB, Caracas, 2000, p. 18.

El pluralismo político tiene su garantía precisamente en la Constitución. La realidad política implica diversidad de concepciones acerca de la sociedad y de los modos en que ésta debe gobernarse. La Constitución es un acuerdo sobre lo básico, fuera de lo cual caben distintas interpretaciones y prácticas políticas.

Esto permite que distintos grupos políticos puedan convivir bajo unas reglas comunes; y lo que es más importante, que tengan la posibilidad de ejecutar sus propuestas políticas sin que cambie ese conjunto de reglas básicas. Todo ello hace más estable el sistema político y permite mantener alejado el peligro de la violencia política. De nuevo Casal: “El pluralismo posee en el Estado constitucional una doble significación. Es, por un lado, un presupuesto del sistema político en que se asienta, por cuanto la Democracia resulta inconcebible si no hay libertad para la defensa de las más diversas ideas políticas; por otro lado, el pluralismo es el principal nutriente de tal sistema, ya que éste se sustenta en la efectiva repercusión sobre la dinámica del poder de las corrientes de pensamiento y de las inquietudes políticas presentes en la sociedad, así como en la riqueza de los grupos e instituciones que en ésta se desenvuelven”². Así, la Constitución pretende ser factor de estabilidad e integración entre las fuerzas políticas. No es una camisa de fuerza para la dinámica política, es un espacio para que ésta se desarrolle con el orden indispensable.

La pluralidad que promueve la Constitución debe dejar a salvo los derechos constitucionales. Desde su primigenia concepción, la Constitución es un documento para proteger las libertades fundamentales. Tanto, que las primeras Constituciones —la norteamericana, la francesa y la venezolana— organizaron el Poder precisamente para eso: proteger los derechos.

Por eso, la Constitución permite el gobierno de las mayorías, respetando los derechos de las minorías. En ella, en principio, nadie —a excepción de los grupos que pretendan actuar al margen de la Ley— debe quedar fuera del juego político, y esta amplitud debe presidir toda interpretación de la Constitución. “Las Constituciones democráticas permiten que el juego político lleve al poder —específicamente, al Poder Legislativo— a grupos de opinión distintos a los anteriores, con concepciones distintas de la vida del Estado. Por lo tanto, una correcta interpretación de la Constitución debe

² *Ibidem*, p. 22.

permitir la posibilidad de soluciones políticas disímiles, incluso contradictorias en muchos campos del proceso público. Sin embargo, ese espacio de libertad para el cambio político democrático debe verse limitado precisamente por el respeto a los valores fundamentales que la Constitución sacó del juego político, por considerarlos fundamentos del orden social”³.

La sobriedad de la Constitución permite la libertad política que debe tener el legislador. Si el legislador en todo caso debe respetar la Constitución al legislar, necesita que ésta le permita un campo más o menos amplio de acción política. Sin embargo, esa libertad política es reservada por la Constitución para los órganos de representación popular, no para los jueces, quienes no pueden actuar dentro de la Política, sino dentro del Derecho. “Esas decisiones políticas que corresponden a los órganos democráticos no pueden ser sustituidas por el arbitrio de la Sala Constitucional. Una mayoría democrática que elimine los delitos de prensa, en casos justificados, por ejemplo, no puede ser coartada por una Sala más propensa a la defensa de la majestad de los funcionarios”⁴.

Eduardo García de Enterría ha hecho una selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en la que se concretan las implicaciones del pluralismo que la Constitución debe garantizar:

“Como derivada del ‘valor superior’ del pluralismo político y del principio democrático (‘Estado social y democrático de Derecho’, dice el mismo art. 1.º), tiene especial relevancia la circunstancia de que el marco constitucional permite ser desarrollado a través de opciones políticas diversas y aun de signo diferente. Así comenzó especificándolo la Sentencia de 8 de abril de 1981 (‘corresponde al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas

³ LINARES BENZO, Gustavo José, *Leer la Constitución. Un ensayo de interpretación constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 16.

⁴ LINARES BENZO, Gustavo José, ¿Qué interpretaciones? ¿Cuán vinculantes? Alcance de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La libertad de expresión amenazada*, IIDH-EJV, Caracas, San José, 2001, p. 254.

constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53' ('respetar su contenido esencial'). Pues 'resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo' (Sentencia de 2 de febrero de 1981), de modo que 'el pluralismo político permite contemplar diversas soluciones en muchas materias, todas ellas constitucionales' (Sentencias de 24 de enero de 1984, 27 de junio de 1985, 16 de noviembre de 1989, 1 de diciembre de 1992, etc.). De donde se deduce que la legislación no es 'ejecución de la Constitución', como lo es el Reglamento respecto de la Ley, sino una 'libertad de configuración' dentro de los límites y los valores que la Constitución impone. Así, Sentencias de 22 de marzo 1988, 29 de noviembre de 1988, etc."⁵.

2. Carácter superior y concentrado de las normas constitucionales

Jurídicamente, la Constitución se divide en una parte orgánica: la organización del Poder Público y una parte dogmática: declaración de derechos. Organiza y limita el poder y garantiza la efectiva vigencia de los derechos. Eso la convierte en norma fundamental del ordenamiento jurídico. Esta supremacía tiene dos manifestaciones: las leyes deben dictarse de acuerdo al procedimiento establecido en la propia Constitución y todo el ordenamiento jurídico debe dictarse de acuerdo a ella e interpretarse conforme a ella misma.

Por la significación política de la Constitución, su contenido es esencialmente concentrado. No es un sistema jurídico cerrado, pero establece los límites dentro de los cuales el Derecho debe ser interpretado y aplicado⁶. "Ello así, el carácter propio de la normativa constitucional no es la vague-

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Los fundamentos constitucionales del Estado, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 52, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-abril 1998, p. 21.

⁶ Sobre la fuerza y carácter normativo de la Constitución, véase ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A. y LEJARZA, Jacqueline, Constituciones latinoamericanas. Nuevas tendencias, carácter normativo e interpretación constitucional, en *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, pp. 33-87 y LEJARZA A., Jacqueline, El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, septiembre-diciembre, 1999, pp. 195-220.

dad o la imprecisión, sino la concentración. El texto fundamental establece sobriamente los valores esenciales del ordenamiento jurídico y el intérprete, más que llenar lagunas, debe extraer de ese derecho concentrado la regulación concreta a los parámetros de comparación para decidir sobre la constitucionalidad del asunto confrontado”⁷.

Así ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, en sentencia de 27-11-90 de la Corte Suprema de Justicia en Corte en Pleno, caso *Acacio Germán Sabino Fernández*:

“En la técnica de la interpretación constitucional se debe evitar la interpretación estricta y literal, porque siendo la Constitución el instrumento regulador de la organización del Estado y de los límites de los poderes públicos, y el que reconoce los derechos fundamentales de la persona frente al mismo Estado, sus normas son más fuentes generales que reglas particulares. Así se ha dicho por la jurisprudencia fundadora de la interpretación de la supremacía constitucional, que en la Constitución existe un derecho original, representado por los principios que el pueblo al adoptar su Texto Fundamental quiso orientaran su gobierno, y que por eso son permanentes, y que también deben ser los que han de privar en la técnica de la interpretación constitucional a la hora de confrontar aquél Texto con la ley (Corte Suprema de los Estados Unidos, Juez Marshall, sentencia *Marbury versus Madison*, 1803). Es, pues, dentro de esa orientación como esta Corte debe ejercer su atribución de declarar la nulidad total o parcial de las leyes porque colidan con la Constitución (ordinal 3º, artículo 215). Así se ha dicho que la Constitución es ‘un conjunto normativo, pero no cualquier conjunto normativo, sino aquél que sustenta, fundamental todo el resto del ordenamiento jurídico del Estado, y por tanto, es norma de normas. Por ello es el conjunto normativo más general, sin referencia otro sino a sí mismo, pero al mismo tiempo es norma de un ser individual, del Estado concreto, acto fundacional de éste y como tal acto con un sentido de permanencia y perpetuidad (*omissis*), lo que implica que como condición de vida de un Estado concreto, de un

⁷ LINARES BENZO, Gustavo José, *Leer la Constitución*, ob. cit., p. 13.

ente individual, las finalidades y permanencia de éste son esenciales para la Constitución que le da sustento y le sirve de fundamento, la cual debe seguir la vida misma de este ente individual, dándole coherencia y seguridad' (PLANCHART MANRIQUE, Gustavo, "Reflexiones sobre el Control de la Constitucionalidad y la Interpretación Constitucional", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Discurso de Incorporación, Caracas 1990, p. 23)".

Los valores que la Constitución contiene son la clave de su interpretación. Las decisiones políticas fundamentales gobiernan el proceso de aplicación de la Constitución. En muchos casos, no dará una solución única para los problemas que se plantean, pero salvando lo esencial, deja el campo abierto para que la Política pueda correr libremente. Resalta Linares Benzo, "estos valores fundamentales, que constituyen las opciones básicas sobre las cuales se articula el Estado –la opción por la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a la dignidad humana, por ejemplo– son entonces el modo de interpretar adecuadamente el concentrado Derecho constitucional, derivando de él toda su virtualidad y fuerza vinculante (...). Interpretada a la luz de los principios básicos que ella misma establece, la Constitución alcanza todo su sentido y puede cumplir su función de norma directriz e integradora de todo el ordenamiento jurídico"⁸.

Por ello, la Constitución es la puerta de entrada al sistema jurídico, texto ante el cual deben confrontarse todos los demás documentos jurídicos y las actuaciones de cualquier operador del Derecho. Así lo ha reconocido la más autorizada doctrina española: "La Constitución no sólo resulta ser una norma aplicable por los Tribunales, sino que se revela, dada su posición central en el ordenamiento, desde la que preside toda la interpretación de éste, la clave de bóveda del sistema jurídico, expresión del 'sistema de valores' (concepto que reitera la jurisprudencia constitucional) que articula las bases de la comunidad política y social de la nación y que, por ello, contiene los grandes principios que han de informar todo el ordenamiento jurídico. Ello justifica la pretensión de la Constitución como informadora general del sistema jurídico, algo más, pues, que el de su consideración como simple límite de no contradicción"⁹.

⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ob. cit., p. 16.

IV. PROPUESTAS CONSTITUCIONALES EN LA CRISIS VENEZOLANA

Como posibles salidas a la profunda crisis que vive hoy la sociedad venezolana, se han discutido distintas propuestas constitucionales. La Constitución de 1999 ofrece tres vías a través de las cuales puede alcanzarse una solución sin llegar a la violencia: la enmienda constitucional, el referendo revocatorio y la Asamblea Nacional Constituyente. Tales vías desembocan en un proceso electoral, necesario, precisamente, para que el pueblo manifieste democráticamente su opinión, sin recurrir a vías violentas. Durante casi un año hemos vivido una dinámica que ya ha costado decenas de vidas. Todavía no estamos en una guerra civil, pero el ritmo que llevamos, aunado a la dramática crisis económica, nos puede acercar a ella.

Como se ha intentado explicar, una de las funciones primordiales de la Constitución es precisamente esa: ser un espacio para que las opciones políticas puedan jugar sin recurrir a las balas. Nuestro ambiente político ha llevado a muchos a pensar que ante un Gobierno que ciertamente es antidemocrático, no valen las vías constitucionales. Ante ello, la labor del estudioso del Derecho tiene que ser promover la confianza en la Constitución, aunque ésta haya sido vulnerada por un sector innumerables veces.

Vistos los sucesos de diciembre y enero, hay que volver a mirar a la Constitución como fórmula para ordenar la discusión pública. No se trata de defender la constitucionalidad por una mal entendida mentalidad jurídica, que nos llevaría a interpretaciones reduccionistas. Sólo si la salida se enmarca dentro de la Constitución, ésta no podrá ser impugnada políticamente, pacífica o violentamente; además de que reduce el peligro de reacciones violentas y resentimientos político-sociales, porque, como se vio, la Constitución es un documento para proteger a las minorías. Por lo demás, la Comunidad Internacional está empeñada en que la salida se enmarque dentro del texto constitucional, y obviar ese elemento podría implicar perder su ayuda. Así lo ha reconocido el Acuerdo suscrito entre gobierno y oposición:

“2. Expresamos nuestra total adhesión y respeto a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En su respeto y en el régimen legal que la desarrolla, se basa la prevalencia del Estado de Derecho. La Constitución contempla

un conjunto de valores y normas para expresar los principios fundamentales de convivencia social y política, y establece los mecanismos de solución de diferencias. Cualquier cambio para atender las experiencias del proceso político que se ha vivido debe ser hecho dentro de sus normas y de una manera preferentemente consensuada”.

1. La propuesta de enmienda constitucional

Una de las propuestas para las cuales se recogieron firmas el pasado 02 de febrero fue la referente a una enmienda constitucional. En síntesis, se trata de una reducción del período presidencial de seis a cuatro años, manteniendo la reelección inmediata, estableciendo la doble vuelta electoral y declarando concluido el presente período presidencial, con lo que necesariamente debe llamarse a elecciones presidenciales.

La enmienda se inscribe dentro de los procesos que la misma Constitución de 1999 establece para la reforma constitucional. En el marco del Derecho Constitucional, la enmienda se concreta en modificaciones puntuales al texto constitucional. Dicho mecanismo tiene la virtud de permitir la adecuación de una determinada regulación constitucional a una nueva situación fáctica, sin alterar el espíritu de la Constitución enmendada.

La enmienda se distingue de la reforma constitucional, el cual es el otro mecanismo de modificación de la Constitución. En cuanto a esta diferenciación entre enmienda y reforma, ha dicho Brewer: “La Reforma es el procedimiento que debe seguirse si se van a modificar las decisiones fundamentales o básicas para organizar políticamente a la comunidad; en cambio la Enmienda debe referirse a aquellos aspectos de la Carta Fundamental donde predomine más lo incidental que lo fundamental. La Enmienda es entonces, un instrumento para facilitar cambios no fundamentales pero, a la vez, adoptar un sistema distinto al que se establece en la estructura política; es en definitiva, la modificación de artículos que permiten dejar incólume el texto original o fundamental”¹⁰. Textualmente, en la Constitución de 1999, el objeto de la reforma se concreta como “una revisión parcial de esta

¹⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R., El Poder Constituyente instituido y los procedimientos de revisión constitucional en la Constitución de 1961, en *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 53, Caracas, 1999, p. 94.

Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional” (art. 342). Decisiones fundamentales en el caso de la reforma, y modificaciones en la estructura política sin alterar esas decisiones fundamentales, en el supuesto de la enmienda.

En la Constitución de 1999, la enmienda constitucional está regulada de la siguiente manera:

Artículo 340. La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

Artículo 341. Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.
2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.
3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.
5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y de fecha de la enmienda que lo modificó.

Nuestra Constitución vigente contiene un clásico sistema de enmiendas constitucionales, estableciendo el procedimiento para realizarlas, permitiendo que sean promovidas por el cuerpo electoral, el Presidente de la República en Consejo de Ministros o por la Asamblea Nacional.

Este sistema de enmiendas no es nuevo en nuestro constitucionalismo. Hace veinte años se enmendó la Constitución de 1961 para recortar por algunos días el período constitucional del Congreso y del Presidente de la República. El 16 de marzo de 1983 fue sancionada la enmienda constitucional N° 2 (GO N° 3.224 Extraordinario de 24-7-83), en la cual operó una reducción del mandato del Congreso y del Presidente de la República, adelantado la toma de posesión de los miembros de las Cámaras del 02 de marzo de cada año como establecía el artículo 154 al 23 de enero (artículo 3° de la enmienda), para el primer año del período constitucional. Consecuencia de ello, la toma de posesión del Presidente también se adelantaba, desde que debía realizarse dentro de los diez días siguientes a la toma de posesión de los miembros de las Cámaras.

Los firmantes para adelantar una enmienda constitucional, con base en lo establecido en los artículos 340, 341 y 5 de la Constitución, promueven la enmienda de los artículos 228, 230 y 233 del texto constitucional. Luego de una exposición de motivos en la que se realizan consideraciones sobre las fallas de nuestro sistema de elección presidencial, la propuesta tiene el siguiente contenido:

“Artículo 1.- La elección del Presidente o Presidenta de la República se hará por votación universal, directa y secreta de conformidad con la ley. Se proclamará electo o electa el candidato o la candidata que hubiere obtenido la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. Si ningún candidato o candidata obtuviere la mitad más uno de los votos válidamente emitidos, se celebrará una segunda vuelta electoral, dentro de los treinta días consecutivos siguientes con los dos candidatos que hubieren obtenido la mayoría de los sufragios, proclamándose vencedor a quien obtenga la mayoría.

Artículo 2.- El período presidencial es de cuatro años. El Presidente o Presidenta de la república puede ser reelegido o reelegida de inmediato y por una sola vez para un nuevo período.

Artículo 3.- Si la falta absoluta del Presidente o de la Presidenta de la República se produce durante los primeros dos (2) años del período constitucional, se convocará a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes, la cual deberá realizarse dentro de los noventa días consecutivos siguientes a la fecha de la convocatoria. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la presidencia de la República el Vicepresidente ejecutivo o la Vicepresidenta ejecutiva.

Artículo 4.- Disposición transitoria. La presente enmienda entrará en vigencia al publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y sus efectos temporales se aplicarán al período presidencial en curso, el cual, a los efectos de esta enmienda finalizará en la fecha en que asuma la presidencia de la República quien resulte electo para ese cargo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1, 2 y 5 de la presente enmienda. Y se considerará enteramente cumplido a los fines de la reelección presidencial. En lo que concierne a los períodos presidenciales ulteriores, se aplicará el artículo 231 de esta Constitución.

Artículo 5.- Disposición transitoria. La autoridad electoral deberá convocar a elecciones presidenciales dentro de los treinta días consecutivos siguientes a la fecha de aprobación de la presente enmienda. Dicha elección se realizará dentro de los noventa días consecutivos siguientes a partir de su convocatoria.

Artículo 6.- Imprimase íntegramente la Constitución seguida de la enmienda sancionada y anótese al pie de los artículos 228, 230 y 233 del texto constitucional la referencia al número y fecha de esta enmienda”.

La enmienda propuesta tiene algunos puntos confusos. En primer lugar, reduce el período presidencial a cuatro años en el artículo 2 y convoca a elecciones inmediatas, según lo establecido en los artículos 4 y 5. Podría argumentarse que si los efectos temporales de la enmienda se apli-

can al período presidencial en curso, como destaca el artículo 4, el actual período presidencial se considerará de cuatro años. De esta manera, teniendo en cuenta que del actual período presidencial han transcurrido más de dos años (2 años y 10 meses, aproximadamente), la falta absoluta que implicaría la cesación del actual período, según lo ordena el artículo 4, redundaría en la asunción a la presidencia del Vicepresidente Ejecutivo de la República hasta que culmine el período presidencial, según se desprende del actual artículo 233 de la Constitución. Ciertamente, la enmienda prevé el supuesto de la falta absoluta del Presidente de la República si ésta se produce dentro de los dos primeros años del período, resolviendo que se convocarán elecciones, pero nada dice sobre el supuesto en el cual esa falta absoluta ocurra después de transcurridos esos dos años.

En segundo lugar, se encuentra lo relativo a la retroactividad de la reducción del período que establece el artículo 4 de la enmienda. Dice la enmienda en ese artículo: “La presente enmienda entrará en vigencia al publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y *sus efectos temporales se aplicarán al período presidencial en curso*, el cual, a los efectos de esta enmienda finalizará en la fecha en que asuma la presidencia de la República quien resulte electo para ese cargo (...) (subrayado nuestro)”. Por otra parte, los artículos 3 del Código Civil y 24 de la Constitución consagran la irretroactividad –relativa– de las Leyes. Podría pensarse que la enmienda en cuestión no puede aplicarse al presente período constitucional, porque el actual Presidente de la República fue elegido para un período de seis años, y en virtud del principio de la irretroactividad de las leyes habría que negar la posibilidad de reducir el período presidencial de seis a cuatro años, a los efectos del período en curso. Sin embargo, las normas aludidas se refieren a las leyes y no a la Constitución, la cual es un producto jurídico distinto a las leyes¹¹.

Además, las normas de orden público, como son todas las que contiene la Constitución, admiten la aplicación inmediata, aún por vía de enmienda constitucional¹². “Si la nueva norma constitucional modifica los períodos del ejercicio del Poder Ejecutivo no estaría afectando ni el acto de designación de la autoridad, ni la actividad que ésta ha realizado al amparo de la anterior norma. Estaría regulando, en realidad, consecuencias futuras

¹¹ Cfr. “Sobre la posibilidad de recortar el período del Presidente”, en www.badellgrau.com

¹² Cfr. *Ibidem*.

consumadas con posterioridad a la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones constitucionales. No hay, en tal caso, retroactividad de la norma constitucional, sino una natural consecuencia de su *inmediata aplicación*, al ser ella de indudable orden público. Cabe recordar que las normas constitucionales son siempre *de inmediata aplicación*"¹³.

Por eso, propiamente, no puede considerarse que la enmienda implica efectos retroactivos. Los sujetos que detentan el Poder Público no pueden alegar derechos subjetivos adquiridos a partir del ejercicio del mismo, aun por el período inicialmente establecido. "La situación de estas autoridades es *estatutaria*, pues se rige por normas imperativas, en este caso, de rango constitucional. De allí que su cargo sigue la suerte de las normas jurídicas que lo regulan, incluyendo sus eventuales reformas. En ese *status*, objetivo, las situaciones nacen de la ley —en este caso—, de la Constitución"¹⁴.

Otra discusión en la que puede centrarse el debate es si la enmienda propuesta es propiamente una enmienda a la Constitución o una reforma. Como se vio, la reforma es el otro mecanismo de modificación del texto constitucional. Consiste en un cambio en las decisiones fundamentales del texto en cuanto a la organización política de la sociedad. Sabemos que la Constitución sirve precisamente para eso: estructurar políticamente al país, y un cambio en alguna de las decisiones fundamentales que forman esa estructura corresponderá a la reforma.

Ése no es nuestro caso. La variante que se pretende introducir en la Constitución es puntual. Si bien se refiere a una de las instituciones fundamentales del Estado como es el Presidente de la República, su incidencia no afecta fundamentalmente al texto. El recorte del período presidencial no modifica nuestro sistema político convirtiéndolo en monárquico o parlamentario, por ejemplo; lo que sí constituiría una modificación del sistema y, por tanto, del texto.

A la luz de un argumento anteriormente expuesto: que el Presidente de la República no puede alegar supuestos derechos adquiridos a partir del ejercicio de su cargo, esto se hace aún más evidente. La enmienda propuesta no supone un cambio de bulto en nuestro sistema político, ni

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

afecta directamente el ejercicio del Poder Ejecutivo ni los derechos del titular de la Presidencia de la República.

2. La propuesta del referendo revocatorio

El Acuerdo firmado en la Mesa de Negociación y Acuerdos consideran que el referendo revocatorio es la vía constitucional más adecuada para resolver la crisis política venezolana:

“12. Las partes, en cumplimiento del objetivo establecido en la Síntesis Operativa para buscar acuerdos con el fin de contribuir a la solución de la crisis del país por la vía electoral, coincidimos en que dicha solución se logra con la aplicación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que se prevé la eventual celebración de referendos revocatorios del mandato de todos los cargos y magistraturas de elección popular que han arribado a la mitad del período para el cual fueron elegidos (Gobernadores, Alcaldes, Legisladores Regionales y Diputados a la Asamblea Nacional), o arribarán a dicha mitad en el transcurso de este año, como es el caso del Presidente de la República conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de febrero de 2003. Tales referendos, incluyendo los ya solicitados y los que se solicitaren en adelante, serán posibles si son formalmente requeridos por el número exigido de electores y se aprueban por el nuevo Consejo Nacional Electoral, una vez que se establezca que se han cumplido los requisitos constitucionales y legales”.

2.1. Noción y regulación constitucional

Otra de las propuestas en cuestión es la referente al referendo revocatorio¹⁵. Ésta es una nueva institución incluida en la Constitución de 1999. Consiste en un mecanismo de participación ciudadana, por el cual el electorado tiene la posibilidad de revocar el mandato de un determinado

¹⁵ Sobre la figura del referendo y sus distintas modalidades, véase GIRAUD TORRES, Armando A., Contribución al estudio de la figura del referendo en el Derecho venezolano, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nº 91, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 35-111.

funcionario público cuando éste no ha cumplido con las legítimas expectativas de los electores. García-Pelayo lo ha definido como el “derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria”¹⁶. Está dispuesto en el artículo 72 de la Constitución:

“Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

Revocado el mandato, se procederá según lo establecido en el artículo 233, que regula el supuesto de la falta absoluta del Presidente de la República:

¹⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional*, Madrid, p. 184.

“Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

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 Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo”.

Por otra parte, el artículo 230 de la Constitución establece la duración del período presidencial:

“El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”.

A su vez, el artículo 231 regula la toma de posesión del cargo:

“El candidato o candidata elegida tomará posesión del cargo de Presidente o Presidenta de la República el diez de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional. Si por cualquier motivo sobrevenido el Presidente o Presidenta de la República no pudiese tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia”.

El texto de la planilla firmada fue el siguiente:

“Nosotros, los firmantes de esta planilla, tomamos la iniciativa de convocar a un referendo revocatorio del mandato del presidente de la República, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Constitución. A tal efecto, sugerimos la siguiente pregunta: ¿De conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está usted de acuerdo con revocar el mandato al presidente de la República, ciudadano Hugo Chávez Frías?”

2.2. Tópicos constitucionales en torno a la propuesta y la jurisprudencia de la Sala Constitucional

En cuanto a la posibilidad de revocar el mandato del Presidente de la República, durante varios meses hubo confusiones con respecto al momento a partir del cual tal referendo podría realizarse. Para determinar esa fecha es necesario saber con certeza cuáles son las fechas de inicio y finalización del período presidencial.

Estas fechas fueron determinadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias de fechas 05-04-01 y 16-05-01, ambas con ponencias del Magistrado José Manuel Delgado Ocando. En dichos fallos, que correspondían a sendos recursos de interpretación sobre

los días exactos de inicio y conclusión de los períodos correspondientes al Presidente de la República y los Diputados a la Asamblea Nacional, la Sala determinó que el actual período presidencial comenzó en fecha 19 de agosto de 2000 y concluiría el 10 de enero de 2007. Textualmente, dijo la Sala:

“a) el inicio del actual período del Presidente es la fecha de su toma de posesión, previa juramentación ante la Asamblea Nacional, el día 19.08.99 (sic)¹⁷, de acuerdo con los artículos 3 y 31 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, y la duración es la de un período completo, es decir, por seis años, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 3 *eiusdem*; si se admitiera el acortamiento del actual período se violaría este artículo; b) el próximo período constitucional comienza el 10.01.07, según lo dispone el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; c) el Presidente de la República deberá continuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, hasta el 10.01.07, ya que, de otro modo, habría que enmendar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el sentido de señalar, como inicio del mandato presidencial siguiente el día 19 de agosto, en vista de que el actual período concluye el mismo día y el mismo mes del año 2006, conforme lo prevé el artículo 3 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, a menos que se desaplique el artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual sería inconstitucional y, enmendador, por ende, de la norma suprema”.

La Sala no se pronunció sobre el término medio del actual período presidencial, a los efectos de considerar cuándo podría realizarse el referendo revocatorio. Sin embargo, la Sala Constitucional emitió un comunicado a la opinión pública nacional el pasado 04 de febrero, en el cual, basándose en la sentencia de fecha 05-04-01, declaró:

“1. Que el actual período presidencial comenzó el 19 de agosto de 2000, fecha en la cual el ciudadano Hugo Rafael Chávez

¹⁷ La sentencia contiene un error material: debió decir 19.08.00.

Frías prestó juramento del cargo como Presidente de la República ante la Asamblea Nacional.

2. Que la duración del mandato es de seis (6) años a partir de la fecha antes mencionada.
3. Que en razón de lo anterior, debe corregirse (sic) que la mitad del mandato se cumple el 19 de agosto de 2003”.

Resulta curioso que la Sala Constitucional haya optado por emitir un comunicado para pronunciarse sobre tal discusión. Sin embargo, el 13 de febrero, decidiendo sobre un recurso de interpretación constitucional interpuesto por los ciudadanos Freddy Lepage Scribani, Luis Beltrán Franco, Pedro Segundo Blanco y Carlos Casanova de fecha 29 de enero de 2003, declaró inadmisibile el primer aspecto de la solicitud, que versaba sobre cuál fecha constituye la mitad del período presidencial del Presidente de la República, por tratar “sobre un asunto previamente resuelto por este órgano jurisdiccional, el cual ratifica su criterio expuesto en los fallos transcritos (...)”. En cualquier caso, la Sala entendió que esa cuestión había sido resuelta en el comunicado de prensa.

Por otra parte, podría argumentarse que revocado el mandato del Presidente, éste podría acudir como candidato a las elecciones que la Constitución ordena inmediatamente. Desde el punto de vista político, salta a la vista que tal argumento es absurdo. Si el electorado revoca el mandato de un funcionario lo hace porque está en desacuerdo con su gestión. Tal situación asemejaría el referendo revocatorio a uno de tipo consultivo, lo que desvirtuaría su naturaleza y función.

Hay un argumento jurídico para oponerse a dicha interpretación. El artículo 72 de la Constitución ordena que luego que se ha revocado el mandato de un funcionario, “*se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley*” (subrayado nuestro). Tal revocatoria se inscribe dentro de los supuestos de faltas absolutas del Presidente de la República que establece el artículo 233 constitucional. Dicho artículo dice en su apartado 2: “(...) Si la falta absoluta del Presidente o la Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, 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 Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva” (subrayado nuestro). La palabra *nuevo* debe orientar la interpretación del artículo. Nuevo, en todo caso, significa distinto: no podrá acudir como candidato el ciudadano al que se le ha revocado el mandato. Por otra parte, la revocatoria de mandato constituye una falta absoluta, según el artículo 233 constitucional, lo que resulta en que deben aplicarse los mecanismos constitucionales para resolver la ausencia absoluta que implica la revocatoria. Una falta absoluta no podría convertirse en temporal, lo que sucedería de aceptarse tal argumento. En todo caso, la Sala Constitucional ha declarado expresamente que la revocatoria del mandato constituye un supuesto de falta absoluta, en sentencia de 05 de junio de 2002:

“De acuerdo con lo expresado, la Constitución prevé los casos de falta temporal y de falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República, antes y después de la toma de posesión”.

Ahora bien, observa la Sala que, cuando la falta absoluta es generada por la revocación popular del mandato, obviamente se ha de producir después de la toma de posesión y una vez transcurrida la mitad del período del mandato, esto es, después de los tres años de gobierno. En tal sentido, la vacante sería cubierta en forma inmediata de la manera siguiente:

“1) Si la falta absoluta se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes y, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República, el Vicepresidente Ejecutivo. El Presidente o Presidente electo que tome posesión del cargo, completará el período constitucional faltante.

2) Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia de la República hasta completar el fin del mandato”.

2.2.1. *La polémica Olavarría, Escarrá, Linares y Blyde: los requisitos del referendo revocatorio*

Recientemente, se abrió de nuevo el debate sobre la viabilidad jurídica del referendo. En artículos de opinión y declaraciones de prensa de Jorge Olavarría, Gustavo Linares Benzo y Gerardo Blyde se ha discutido sobre la validez de las firmas recogidas el 2 de febrero de este año.

El martes 22 de abril Jorge Olavarría, en su columna *Historia Viva* (Sección *Atenta-mente*) en *El Nacional*, p. A/6, formuló duras críticas al procedimiento seguido en la recolección de firmas:

“(…) Lo que rubrican las planillas de Súmate no es una solicitud para que el CNE convoque a un referéndum revocatorio. Es una proclama que anuncia que sus firmantes toman ‘la iniciativa de convocar a un referéndum revocatorio’ sin siquiera mencionar al organismo comicial. Este texto hace un llamado explícito a una subversión del orden constitucional que establece que el derecho de solicitar la convocatoria de un referéndum revocatorio, consagrado en el artículo 72 de la Constitución, se ejerce mediante la activación de las atribuciones del Poder Electoral, ejercido por el Consejo Nacional Electoral y sus organismos subordinados, que es el que puede convocar a un revocatorio.

El texto de la planilla de la operación El Firmazo es inaceptable para el CNE. Ello sentaría un precedente que lesiona en su base todo proceso electoral o de referéndum, pues constituye una invitación a la anarquía si se acepta que un grupo de ciudadanos, por sí solos, pueden convocar a un referéndum revocatorio. No son los ciudadanos quienes pueden convocar, organizar, administrar y vigilar un referéndum revocatorio. Lo que pueden hacer es solicitar al CNE que lo haga. El organismo comicial no tiene poderes discrecionales para aceptar, rechazar o demorar esa solicitud. Está en la obligación de hacerlo, si recibe una solicitud redactada en los términos debidos y constata que los solicitantes han cumplido todos los requisitos constitucionales y legales. Hecho esto, debe pro-

ceder a convocar el referéndum revocatorio de un mandato electoral.

Los requisitos para que el Consejo Nacional Electoral proceda a convocar a un referéndum para revocar el mandato del Presidente son: primero, que la solicitud al CNE esté formulada en los términos que manda el artículo 72 de la Constitución. Segundo, que la solicitud esté respaldada por las firmas verificables del 20% de los electores inscritos para el momento de presentarla, y éstas sean verificadas y encontradas conformes por el organismo subordinado del organismo comicial que corresponda. Tercero, que la solicitud sea presentada al Consejo cuando haya transcurrido la mitad del período del funcionario cuyo mandato se desea revocar. Hugo Chávez fue elegido el 30 de julio de 2002 por 3.757.773 votos para un período de seis años; tomó posesión de su cargo el 19 de agosto de 2002. La solicitud para convocar a un referéndum revocatorio de su mandato puede ser presentada a partir del 20 de agosto de 2003”.

Igualmente, el día 22 de abril abogado Carlos Escarrá Malavé expresó su opinión al respecto en entrevista al diario *El Mundo*, p. 3:

“El constitucionalista Carlos Escarrá Malavé advirtió que el artículo 72 de la Carta Magna, el cual norma a los referendos revocatorios, tiene varias lagunas jurídicas que deben aclararse para evitar complicaciones en el proceso.

Llamó la atención en cuanto a la posibilidad de que el ‘No’ logre más votos que el ‘Sí’ a la pregunta sobre la permanencia de un funcionario en el cargo, aun cuando la persona cuestionada haya logrado más sufragios que los obtenidos en su elección original. Hasta ahora se ha dicho que se puede revocar el mandato del presidente Chávez con igual número de votos más uno de los que él logró en julio de 2000.

Hugo Chávez fue electo con 3 millones 800 mil votos, y si la gente que quiere revocarlo saca cuatro millones en la consulta, se cumpliría con el requisito constitucional. Pero si

los que no quieren su salida logran seis millones de votos se plantearía una situación no considerada hasta ahora.

A juicio de Escarrá, en tal caso debe imponerse el principio democrático de que las mayorías privan sobre la minorías.

El abogado añadió que existe otra duda respecto a quiénes deben participar en el plebiscito: si tienen que ser las mismas personas que intervinieron en la votación original o todos los que lo deseen con derecho a voto.

‘Creo que se deben incluir a los nuevos votantes. Eso dependerá de la actualización del registro civil y electoral, entre otras cosas, porque lo que se está consultando es de interés nacional y eso incumbe a las personas que se hayan inscrito para ese momento’.

Otra incertidumbre que Escarrá plantea es la posibilidad de que el funcionario cuestionado pueda postularse en la elección inmediata si es revocado su mandato. ‘Si es rechazado, la norma democrática indica que no puede lanzarse a la contienda próxima, pero en elecciones posteriores sí’”.

Al día siguiente, 23 de abril, Gustavo Linares Benzo refutó la tesis de Jorge Olavarría sobre la validez de las firmas en declaraciones a *El Nacional*, p. A/2:

“Esa pregunta, tal como fue formulada, es la única manera de hacer el referéndum. Que en la solicitud se mencione o no el CNE es irrelevante. Que no se haya mencionado expresamente el día de la toma de posesión de Chávez también lo es. Deslegitimar el mecanismo haciendo uso de meros formalismos es completamente absurdo. El ente comicial puede perfectamente corregir *a posteriori* los términos de la pregunta, si lo juzga conveniente”.

El día 25 de abril, Jorge Olavarría volvió sobre el tema en *El Nacional*, p. A/2 en un artículo de opinión titulado *Lo legal no es tecnicismo*:

“Si se quiere que haya referéndum revocatorio, hay que recoger las firmas para solicitarlo. Las planillas que están en los depósitos de Súmate son nulas. Yo no he dicho que las firmas son inválidas. He dicho que el texto que esas firmas rubricaron está viciado de nulidad. Es lo firmado lo que invalida las firmas. Los que firmaron la planilla de El Firmazo fueron burlados en su propósito por la injustificable ligereza que redactó mal lo que los firmantes firmaron (...)”.

Por su parte, Gerardo Blyde, en artículo publicado el mismo 25 de abril en *El Universal*, p. 1-11, titulado *¿Convocamos o solicitamos?*, dio su opinión sobre el tema, coincidiendo con Jorge Olavarría:

“Las planillas que millones de ciudadanos firmamos el pasado 2 de febrero pueden ser rechazadas por el Consejo Nacional Electoral o por el Tribunal Supremo. El rechazo no será por las firmas y datos identificatorios, que son reales y los colocamos uno a uno todos los que solicitamos la consulta. El problema está en el texto de las planillas que, seguramente sin ninguna mala intención y debido a la premura con la que se imprimieron junto a todas las otras formas con diversas solicitudes para el ‘firmazo’, se colaron algunos gazapos que es menester corregir con prontitud para no ‘morir en el intento’ revocatorio por motivos de forma y no por el conteo en las urnas. Corregir ahora es oportuno. Quien no se quiera contar, se servirá de cualquier motivo de forma para evitar contarse. Nos toca a los que queremos que se cuente, evitar todo lo que esté a nuestro alcance para no servirle en plato de lujo ese motivo que buscará con lupa.

La Constitución dispone que los electores, en un número no menor del 20% de los inscritos, podemos *solicitar* se convoque a un referéndum revocatorio de mandato. Es la conocida iniciativa popular. Nuestra facultad, como electores, está limitada a solicitar al árbitro electoral que éste *convoque* a un revocatorio. Los electores solicitamos que el CNE convoque, los electores no convocamos directamente. Luego será el CNE el que convoque. Las planillas que firmamos dicen ‘Nosotros, los firmantes de esta planilla, inscritos en el Regis-

tro Electoral, tomamos la iniciativa de convocar a un referendo revocatorio...'; ha debido decir que *le solicitamos al CNE convocar a un referendo revocatorio para cumplir con el requisito constitucional*".

En el artículo de opinión *Tecnicismos* del 04 de mayo de 2003, publicado en *El Universal*, p. 1-11, Gustavo Linares Benzo expresó de nuevo su posición:

"Los argumentos básicos contra las firmas son dos: se omitió en la cuestión que se hizo al electorado la mención del día de la toma de posesión de Chávez y, segundo, se convoca directamente el referendo y no se dice que sea el CNE el que lo convoque.

Un primer vistazo a tal argumentación evidencia que se trata de formalidades. Con esto no se quiere decir que las formas no importen, en buena medida el Derecho y la democracia descansan en su respeto. Pero en este caso, y como dice la Constitución, se trata de formalidades no esenciales. La primera de ellas no viene exigida por ley alguna, sino que es una afirmación *obiter dicta*, de pasada, de una sentencia de la Sala Constitucional. El sentido de esa exigencia era dejar en claro cuándo se cumplía la mitad del período del funcionario a revocar, y ello se cumple a cabalidad desde que la propia Sala Constitucional lo dijo expresamente: el 19 de agosto de 2003. Es notoria para todos esa fecha, de allí que su omisión no supone vicio alguno.

Que no se mencione al CNE tampoco tiene mayor trascendencia, pues es obvio que las firmas se recogieron precisamente para presentarse a ese órgano y será éste el que convoque al referendo. Tan es así, que el texto que se firmó simplemente 'sugiere' la pregunta a formularse, sugerencia que tiene como destinatario obviamente al CNE".

La discusión se reduce al tema de la validez de las firmas, tal como fueron recogidas. La ley electoral vigente no establece los requisitos que debe cumplir un referendo revocatorio. De lo establecido en el artículo 72

de la Constitución se exigen tres requisitos básicos: la solicitud deberá ser formulada por lo menos por el veinte por ciento de los electores inscritos. Se dudó sobre si ese veinte por ciento de electores debía tomarse del número total de electores inscritos para el momento en el que se recogen las firmas, o para el momento en que se solicite la convocatoria a referendo al CNE. Pensamos que ese veinte por ciento de electores debe corresponder al número total de los electores inscritos para el momento en el que se eleve la solicitud. El artículo 72 de la Constitución establece en su primer párrafo: “Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato”. Si bien las firmas pueden ser recogidas *antes* que transcurra la mitad del período del funcionario al que se le pretende revocar el mandato, como lo estableció la Sala Constitucional en fecha 13 de febrero de 2003, de la redacción de la norma parece que debe entenderse que el veinte por ciento de electores legitimado será el existente para cuando haya transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario. En segundo lugar, el artículo 72 exige que al referendo debe acudir por lo menos el veinticinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Electoral. Creemos que ese veinticinco por ciento de electores debe corresponder al total de los electores inscritos para el momento en el que se realice el referendo. En tercer lugar, el total de votos favorables a la revocación debe ser mayor que el número total de votos que eligieron al funcionario al que se le revoca el mandato.

Así lo ha interpretado la Sala Constitucional. En sentencia del 05 de junio de 2002, caso *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios* dispuso sobre el tópico de cómo debe entenderse el veinte por ciento de electores al que hace referencia el artículo 72 constitucional:

“Aunado a lo anterior, la referida norma contempla que dicha iniciativa popular debe estar constituida por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción. Por ello, tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral, la observancia de la exigencia constitucional de la iniciativa popular representada por el veinte por ciento (20%)

de los electores y electoras, constatando, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral -organismo subordinado de aquél-, la debida inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación el mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”.

En la misma sentencia se pronunció sobre el *quórum* mínimo de participación en el referendo:

“Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el *quórum* mínimo de participación efectiva en el *referéndum* revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno”.

En la sentencia de 13 de febrero de 2003, la Sala agregó a este último criterio lo siguiente:

“Se colige de lo expresado en el párrafo transcrito, que la frase “electores inscritos” tiene relación con el momento de la solicitud del referendo revocatorio, por lo que es en esa oportunidad que la mencionada Comisión de Registro Civil y Electoral verificará la “*inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato*”.

En el caso de un referendo para revocar el mandato del Presidente de la República, se requerirían 3.757.774 votos a favor. En las elecciones de 1998, el actual Presidente obtuvo 3.673.685 votos, pero en las elecciones de julio de 2000, sumó 3.757.773. A los efectos de la revocatoria, es esta cifra la que debe tomarse en cuenta, desde que es a partir de esa elección que asumió el mandato para el actual período presidencial. Desde

luego, deben cubrirse los otros requisitos: veinte por ciento de electores que hagan la solicitud y veinticinco por ciento de electores que acudan a sufragar.

Sobre el momento a partir del cual pueden recogerse las firmas para convocar a un referendo revocatorio, como se dijo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 13 de febrero de 2003, con Ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando expresó:

“Con relación al cuarto aspecto de la solicitud, esto es, establecer el *“momento temporal exacto (sic)”* a partir del cual *“pueden los interesados en la convocatoria al referéndum revocatorio empezar oficialmente a recolectar las firmas necesarias para convocarlo,* esta Sala observa que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual regula la figura del referendo revocatorio, nada menciona respecto del momento en el cual puede iniciarse la recolección de firmas al objeto de solicitar la realización del referendo revocatorio.

Aun así, esta Sala juzga que en dicho aspecto de la solicitud de interpretación constitucional no existe una duda razonable respecto del sentido y alcance del artículo 72 de la Carta Magna, sino una pretensión de regulación de la figura del referendo revocatorio, consistente en establecer el momento a partir del cual pueden recolectarse las firmas con el objeto solicitar su convocatoria.

Observa la Sala, que el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula un mecanismo electoral de participación política y se limita a señalar la oportunidad a partir de la cual puede efectuarse la solicitud de referendo revocatorio ante el Consejo Nacional Electoral, esto es, una vez transcurrida la mitad del período, y nada señala respecto de la oportunidad para recolectar las firmas, las cuales, lógicamente deben preceder a la solicitud, sólo podrían recolectarse en el término establecido en dicho precepto constitucional. En todo caso, dicho medio de participación política es de estricta reserva legal, de conformidad con los artículos

156, numeral 32, en concordancia con la parte *in fine* del artículo 70 *eiusdem*, por lo que establecer un requisito temporal para la recolección de las mencionadas firmas conllevaría menoscabar dicho principio de técnica fundamental.

Por tal razón, dado que lo pretendido por los solicitantes implicaría una afectación del principio de técnica fundamental de la reserva legal, según lo dispuesto en dichos artículos 156.32 y 70, este órgano judicial, en ratificación de su criterio jurisprudencial al respecto (ver sentencia N° 1029 del 13 de junio de 2001, caso: *Asamblea Nacional*), declara inadmisibile dicho aspecto de la solicitud. Así también se declara”.

La Sala evitó pronunciarse expresamente sobre el momento a partir del cual pueden recolectarse las firmas, aunque de lo dicho puede entenderse que la Constitución no prohíbe que tales firmas puedan ser recogidas antes de que se cumpla la mitad del período del funcionario al que se le pretende revocar el mandato. En todo caso, declara que dicha materia es de la reserva legal y que por tanto no puede pronunciarse sobre ella.

El 05 de junio de 2002, la Sala Constitucional dictó otra sentencia sobre la materia. En esta ocasión, la Sala estableció cuáles son los requisitos que debe llenar un referendo revocatorio. Permítase la larga cita:

“Requisitos de procedencia de la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio y las potestades del Poder Electoral

Comenzando por la primera de las pretensiones indicadas por los recurrentes, consistente en determinar si la convocatoria a referendos revocatorios es una potestad reglada del Poder Electoral, no de naturaleza discrecional, y que debe convocarse en un lapso brevísimo, cabe advertir que la revocación del mandato de los funcionarios electos por votación popular -por ser éstos los que han de responder directamente al pueblo que los eligió por el desempeño de sus cargos-, sólo puede producirse mediante la realización de un *referéndum* revocatorio, que conforme lo dispone el primer aparte del

artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se rige por las siguientes reglas:

Primero, la realización de un *referéndum* revocatorio sólo puede efectuarse una vez transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria. Al respecto, observa la Sala que, quien es elegido debe tener un tiempo determinado para gobernar o legislar, dado que éste es un derecho que le asiste a toda autoridad elegida por el pueblo, a la que los electores también pueden solicitarle que rinda cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado, conforme lo establece el artículo 66 de la Constitución vigente. La “mitad del período”, como límite de naturaleza temporal a partir del cual puede ejercerse la revocación del mandato, sin duda representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante.

Por tal motivo, resulta imprescindible, a los fines de probar el cumplimiento del mencionado requisito, que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo.

Segundo, esta Sala considera importante destacar en el texto constitucional vigente, la preponderancia que reviste la iniciativa popular para convocar las diversas modalidades de *referéndum* que se contemplan, fundamentalmente, el llamado *referéndum* revocatorio del mandato.

Por tal motivo, el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece claramente que la solicitud de la convocatoria de un *referéndum* para revocar el mandato de una autoridad electa, como el Gobernador de Estado, sólo puede tener su origen en una iniciativa popular y no en la iniciativa de órganos públicos, dado que esta última posibilidad no se corresponde con la *ratio* de la institución,

cual es, que el cuerpo electoral que eligió considere conveniente someter a revisión la actuación de sus representantes.

Aunado a lo anterior, la referida norma contempla que dicha iniciativa popular debe estar constituida por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción. Por ello, tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral, la observancia de la exigencia constitucional de la iniciativa popular representada por el veinte por ciento (20%) de los electores y electoras, constatando, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral –organismo subordinado de aquél–, la debida inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación el mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos.

Dicha condición constitucional difiere del porcentaje de ciudadanos exigido para convocar otro tipo de *referéndum*, en virtud del motivo en que se fundamenta la revocación del mandato, el cual, a juicio del Constituyente de 1999, “*es un referendo que debe utilizarse para resolver crisis políticas que sucedan en el Estado y en la sociedad*” (Vid. Diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, correspondiente a la sesión ordinario del 12 de noviembre de 1999).

Tercero, la solicitud de convocatoria a *referéndum* revocatorio que reúna las condiciones anteriores, se formula ante el Consejo Nacional Electoral, órgano del Estado a quien compete la organización, administración, dirección y vigilancia de los referendos, de conformidad con lo establecido en el artículo 293, numeral 5, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al disponer:

“Artículo 293.- El Poder Electoral tiene por funciones:
(*omissis*)

5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos (...).”

Observa la Sala que, las mencionadas actividades deberán ser desarrolladas por el Poder Electoral conforme “a la Ley Orgánica respectiva”, tal como lo expresa el artículo 292 *eiusdem*.

No obstante, es importante destacar que, la Ley Orgánica a que se refiere dicha norma aún no ha sido dictada, por lo que la Disposición Transitoria Octava del Texto Constitucional, prescribe que “[m]ientras se promulgan las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución, los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral”. Asimismo, advierte esta Sala, que la revocación del mandato es un mecanismo democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme lo dispone el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes, de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente no impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación.

Por ello, estima la Sala que una interpretación coherente de la normativa aludida conduce a afirmar que, hasta tanto sea dictada la Ley correspondiente, el Consejo Nacional Electoral tiene facultades para convocar y organizar cualquier tipo de *referéndum*, lo cual incluye, entre otras, la fijación de la fecha para su celebración. Sin embargo, el ejercicio de las referidas facultades por parte del máximo ente comicial, que

se desencadena al ser presentada la solicitud de convocatoria a *referéndum* revocatorio, se encuentra sometido a las reglas previstas en el artículo 72 de la Constitución, sin que deje ningún margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada, ni a establecer -en las normativas de carácter sub legal que dicte-, nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente.

Por consiguiente, esta Sala concluye, que una vez que el Consejo Nacional Electoral verifica el cumplimiento irrestricto de las condiciones mencionadas *ut supra* -referentes a que haya transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual se había elegido al funcionario o funcionaria, y que un número no inferior del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción así lo pidiesen-, y por ende, declare que las mismas se encuentran satisfechas, correspondería a dicho órgano comicial convocar al *referéndum* revocatorio solicitado, fijando la oportunidad de su celebración, y organizando, dirigiendo y supervisando los comicios correspondientes.

Quórum exigido para la aprobación del referéndum revocatorio

Solicitaron los recurrentes, que esta Sala Constitucional determinase si la forma de cálculo de los votos a favor de la revocatoria del mandato responde al número nominal (intangibile), establecido en la elección precedente del mismo, y que el veinticinco por ciento (25%) mínimo requerido (*quórum*), responde al número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud del referendo revocatorio.

Ahora bien, observa esta Sala, que la participación del pueblo en las dos fases principales del proceso referendario, esto es, la convocatoria y la decisión, hacen que esta institución se acerque bastante al ideal de la llamada democracia directa.

De este modo, y como corolario de los postulados de una democracia participativa y protagónica, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la norma objeto de la presente interpretación no sólo deja la iniciativa de la solicitud de convocatoria a *referéndum* revocatorio a un porcentaje importante de los electores inscritos (20%), diferenciándose de otros referendos que exigen un porcentaje menor, sino que, adicionalmente requiere que, para su aprobación, se haya manifestado una exigente mayoría para que la revocatoria del mandato tenga valor decisorio.

En efecto, observa esta Sala, que el artículo 72 de la Constitución de 1999 prevé dos condiciones para que se estime válida la revocación del mandato: i) que *“igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria”*, y ii) que *“haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos”*.

Ambas condiciones son de particular interés para los recurrentes, por lo que esta Sala estima que la interpretación solicitada no puede hacerse de forma aislada, sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular, como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de forma concatenada con la Constitución de 1999, como norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, resulta fundamental entender lo significativo del Preámbulo de la Constitución 1999 cuando declara como su fin trascendente *“refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica”*, dado que, como ya se ha señalado, la Constitución llama a los ciudadanos a participar en el logro de los fines, las funciones y los cometidos donde el Estado despliega su acción gubernativa; asimismo, define a la democracia como protagó-

nica, lo cual se traduce en una exhortación para que el ciudadano asuma labores de formación, ejecución y control de la gestión pública desde una perspectiva próxima al buen gobierno; y más aún, concibe a un ciudadano corresponsable del funcionamiento del Estado, no tan sólo en la búsqueda de la vigencia plena de los derechos civiles y sociales, sino también en la política estratégica de la República (vid. Artículo 4 de la Constitución de 1999).

Considera esta Sala importante destacar, que este nuevo orden constitucional, incluye dentro de este concepto de participación al principio de la representación, no como opuesto a la participación, sino como formando parte de ella. Así, el núcleo de la representación en términos democráticos se preserva en la Constitución de 1999 –elección de representantes, sufragio libre, libertad de asociación política–, pero con restricciones claras a la libertad del elegido –la rendición de cuentas y la revocación del mandato–, *“que muestran una clara disposición del constituyente de mantener la voluntad del representante y la voluntad del representado en una armonía de funcionamiento, desiderátum central del gobierno democrático, donde el hacer del gobierno traduzca de forma simétrica la voluntad del pueblo”* (BRACHO GRAND, Pedro L. y Miriam Alvarez de Bozo. “Democracia Representativa en la Constitución de 1999” en Estudios de Derecho Público Vol. I. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001).

La participación aparece, entonces, como un derecho, como un fin del Estado, como una forma de ejercicio del gobierno, y como una forma de entender el ejercicio de la soberanía en el Estado, tal como lo establece el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al disponer:

“Artículo 5.- La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y la ley, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

En este orden de ideas, observa esta Sala que, la revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempeñado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el *referéndum* revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un *quórum* mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobado la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el *quórum* mínimo de participación efectiva en el *referéndum* revocatorio, debe estar representado necesariamente –por lo menos–, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue

electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno”.

La sentencia también dedicó una parte a establecer los efectos del referendo revocatorio:

“Efectos del referéndum revocatorio: sustitución del funcionario revocado

Por último, solicitaron los recurrentes se determinare si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, debe considerarse que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas.

Al respecto, observa la Sala que la revocación, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente en la norma objeto de estudio, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, incluidos los Gobernadores del Estado. De tal forma que, si el *referéndum* arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocación del mandato, el artículo 72 de la Constitución vigente establece expresamente que “*se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes*”.

La referida disposición constitucional instituye, entonces, dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de *referéndum* de todos los cargos y magistraturas de elección popular, produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

En tal sentido, advierte esta Sala que, en caso de revocatoria del mandato del Presidente o Presidenta de la Repúbli-

ca, la falta absoluta del mismo será cubierta de inmediato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

“Artículo 233.- Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

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 Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo”. (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con lo expresado, la Constitución prevé los casos de falta temporal y de falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República, antes y después de la toma de posesión.

Ahora bien, observa la Sala que, cuando la falta absoluta es generada por la revocación popular del mandato, obviamente se ha de producir después de la toma de posesión y una vez transcurrida la mitad del período del mandato, esto es, después de los tres años de gobierno. En tal sentido, la vacante sería cubierta en forma inmediata de la manera siguiente:

3) Si la falta absoluta se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes y, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República, el Vicepresidente Ejecutivo. El Presidente o Presidente electo que tome posesión del cargo, completará el período constitucional faltante.

4) Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia de la República hasta completar el fin del mandato”.

Desde ya hay que decir que la sentencia tiene varios puntos importantes. En primer lugar, reguló un procedimiento para el que no tenía competencia, usurpando una función propia de la Asamblea Nacional, como es la de regular procedimientos y derechos constitucionales como el referendo revocatorio (art. 156, 32 C). Como dijo la misma Sala en su sentencia de 13 de febrero de 2003 el referendo revocatorio como mecanismo de participación política es de estricta reserva legal, de acuerdo con lo establecido en los artículos 70 y 156, 32 de la Constitución. La Constitución establece tres requisitos y mientras no se dicte una Ley en la materia, la Sala Constitucional no podía agregar requisitos a los establecidos sobriamente en la Constitución. En este caso, también, la Sala dijo demasiado. Al referirse a los límites de la Sala Constitucional ha dicho Brewer:

“El juez constitucional nunca puede ser legislador; puede anular las leyes con efectos *erga omnes*, eliminándolas del ordenamiento jurídico, con efecto similar a la derogación, como si fuera un ‘legislador negativo’ (H. Kelsen); pero nunca puede ser un ‘legislador positivo’, que dicta normas. De hacerlo, no sólo incurriría en usurpación de autoridad, por la usurpación de las funciones legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional, lo que haría de la sentencia un acto nulo e ineficaz (art. 138 C), sino que violaría el principio democrático, que impone que la ‘ley’ sólo puede ser emanada de los órganos del Estado integrados por representantes del pueblo, elegidos mediante votación popular”¹⁸.

La Sala estableció como primer requisito “que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, *con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo*” (subrayados nuestros). El artículo 72 no hace alusión a que se mencione el nombre y apellido del funcionario, ni que se establezca la fecha de toma de posesión efectiva del mismo. Si bien es estrictamente necesario que se indique el nombre y apellido del funcionario y el cargo que desempeña, de manera que pueda ser diferenciado de cualquier otro funcionario, mal podía la Sala establecer como requisito que se indicara la fecha de toma de posesión efectiva del cargo.

En segundo lugar, la Sala entendió que la solicitud de convocatoria a referendo corresponde al electorado, quien la presentará al ente comicial así: “(...) el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece claramente que la solicitud de la convocatoria de un *referéndum* para revocar el mandato de una autoridad electa, como el Gobernador de Estado, sólo puede tener su origen en una iniciativa popular y no en la iniciativa de órganos públicos, dado que esta última posibilidad no se corresponde con la *ratio* de la institución, cual es, que el cuerpo electoral que eligió considere conveniente someter a revisión la actuación de sus representantes”.

En tercer lugar, la Sala alude al competencia del Consejo Nacional Electoral para recibir la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio y

¹⁸ BREWER-CARIÁS, Allan R., La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La libertad de expresión amenazada*, cit. p. 22.

organizar, administrar, dirigir y vigilar los referendos, de acuerdo con los artículos 293, 5; 292 y la Disposición Transitoria Octava de la Constitución.

Más adelante, la sentencia contiene una afirmación capital: el referendo revocatorio se incluye dentro de los mecanismos de participación en los asuntos públicos, conforme al artículo 62 de la Constitución. Ello origina una consecuencia directa: el Estado y la sociedad están obligados a facilitar la generación de las condiciones más favorables para el ejercicio del referendo como modo de ejercer el derecho constitucional a participar en los asuntos públicos.

Para el caso del Consejo Nacional Electoral ello apareja una consecuencia importante: el ente electoral carece de cualquier tipo de discrecionalidad en el ejercicio de sus potestades sobre el referendo revocatorio como mecanismo de participación pública, toda su actividad es reglada, lo que le impide emitir pronunciamientos sobre la solicitud formulada. Literalmente dijo la sentencia: "(...) el ejercicio de las referidas facultadas por parte del máximo ente comicial, que se desencadena al ser presentada la solicitud de convocatoria a *referéndum* revocatorio, se encuentra sometido a las reglas previstas en el artículo 72 de la Constitución, sin que deje ningún margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada, ni a establecer —en las normativas de carácter sub legal que dicte—, nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente”.

El Acuerdo logrado en la Mesa de Negociación y Acuerdos compromete a la República a financiar el referendo revocatorio:

“15. Asumimos que en la Constitución y en las Leyes de la República se prevén los requisitos y mecanismos idóneos y necesarios para que proceda, por parte de la Autoridad Pública competente, la financiación oportuna de los referendos revocatorios y cualquier otro mecanismo de consulta popular, que deben efectuarse una vez autorizada su procedencia por el órgano público competente. En lo referente al Plan República, éste será activado ante la solicitud de las autoridades electorales, en los mismos términos y condiciones en que habitualmente ha sido ejecutado en procesos electorales

anteriores”.bitualmente ha sido ejecutado en procesos electorales anteriores”.

Por otra parte, El Poder Electoral está obligado a cumplir la Constitución sin necesidad de esperar a que se dicte Ley en la materia. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Electoral, en sentencia de 19-05-00:

“Así pues, de acuerdo al Constitucionalismo moderno y considerando que la recién promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que lo era la Constitución de 1961, es un sistema de normas, conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, no podría ser considerada como un documento político contentivo de “programas”, que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso legislativo, por tanto, considera esta Sala, que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente, hecho éste al que alude la parte recurrente como indispensable. De esta manera, sería inaceptable calificar una norma como programática, por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional.

Expuesto como ha sido el efecto directo de la Constitución y tomando en consideración el dispositivo contenido en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos del Poder Público están sujetos a esta Constitución*”, se observa que el Consejo Nacional Electoral, erigido por efecto de ese mismo texto normativo como el órgano rector del nuevo Poder Electoral, está obligado a ejercer las atribuciones constitucionalmente conferidas, aun en ausencia de textos legislativos que lo desarrollen.

Consciente el constituyente de la ausencia de la ley referida, el mismo Texto Fundamental preceptuó en la Disposición Transitoria Octava, que “*Mientras se promulgan las*

nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral”.

El punto 17 del Acuerdo reconoce la competencia del CNE para establecer la fecha del referendo revocatorio:

“17. La fecha en la que deberán realizarse los referendos revocatorios ya solicitados, así como aquellos que puedan llegar a solicitarse, la determinará el CNE, una vez cumplidos los requisitos legales y constitucionales pertinentes, y en forma que resulte diligente y oportuna, conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, comprometiéndose a no proponer ni impulsar modificaciones a dicha norma”.

El punto 16 garantiza la asistencia internaciones en los procesos referendarios:

“La OEA, el Centro Carter y las Naciones Unidas, han manifestado su disposición a prestar la asistencia técnica que les sea requerida por las autoridades competentes de la República Bolivariana de Venezuela, para la realización de cualquier tipo de consulta electoral, ajustándose cualquier requerimiento al principio de legalidad contenido en la Constitución de la República. Esta asistencia técnica podría incluir desde las actividades preparatorias o pre-electorales hasta las actividades propias de observación electoral. En lo referente al apoyo directo que se le puede prestar al CNE, es importante resaltar la voluntad de colaboración, tanto con recursos humanos como materiales, que estas tres organizaciones han ofrecido”.

Creemos que las objeciones que se han opuesto al texto de la planilla firmada no constituyen formalidades esenciales. En el primer caso, el hecho de que no se haya mencionado el día de la toma de posesión del Presidente de la República, es un requisito que la Sala Constitucional estableció, sin tener competencia alguna para ello. Como lo recuerda la misma sentencia del 13 de febrero de 2003, la materia de procedimientos en los

asuntos de participación pública es de la estricta reserva legal, con lo cual mal podía la Sala hacer referencia a requisitos que no se encuentran en la Constitución ni en Ley alguna. En todo caso, es un hecho público y notorio que la fecha de inicio del actual período presidencial es el 19 de agosto de 2000, y la fecha en la que se cumple la mitad del período es el 19 de agosto de 2003, como ya lo ha dicho la jurisprudencia de esa misma Sala. En el segundo caso, tampoco es esencial que se haya mencionado al CNE como ente al cual se dirigirían las firmas. Si no se dirigen ante el CNE, ¿ante quién pueden dirigirse? La Constitución deja en claro que es el CNE el ente encargado de organizar los procesos electorales como el referendo revocatorio y jurídicamente no podría ser de otra manera. En todo caso, la Constitución no exige expresamente que las planillas deben ser dirigidas al CNE; es más, mal podía la Constitución, con el lenguaje sobrio que debe caracterizarle, aludir a un requisito que es absolutamente obvio.

Más aún. El hecho de que en la planilla haga alusión al que los firmantes convoquen, cuando la convocatoria corresponde al CNE y la solicitud de convocatoria a los firmantes, no debería obstar a que esas planillas se consideren válidas. Como lo dice la misma sentencia del 05 de junio de 2002, el Estado no debe obstaculizar los medios de participación en los asuntos públicos, y al observar una formalidad de ese tipo lo haría.

Porque si se declara que tales planillas son inválidas se violarían los derechos constitucionales a la petición y a la participación en los asuntos públicos de los electores firmantes. Que no pueda realizarse el referendo a partir de la presentación de las firmas recogidas el 02 de febrero, por los defectos de la forma que las planillas puedan contener, haría ilusorio el ejercicio de tales derechos.

En cualquier caso, el CNE no puede pronunciarse sobre la validez de la solicitud, tal como lo estableció la Sala Constitucional en la sentencia de 05 de junio de 2002. Las potestades del órgano electoral en esta materia son absolutamente regladas, por lo que le está vedado incluso algún pronunciamiento sobre la solicitud.

Aun cuando pueda entenderse que las planillas son inválidas, nuestro ordenamiento jurídico no contempla en ningún lugar la consecuencia jurídica de ello, ni cuál sería el Poder Público con competencia para declarar tal consecuencia. Las planillas no podrían estar viciadas de inconstitu-

cionalidad, porque no infringen precepto constitucional alguno. Tampoco podrían violar Ley alguna, desde que no hay Ley que regule el referendo revocatorio.

En cuanto a lo expresado por Escarrá Malavé, sobre la duda que se presentaría si aun cuando los votos a favor de la revocatoria superen el total de votos obtenidos por el funcionario cuando fue electo, los votos en contra de la revocatoria superen a su vez el total de los votos en contra, hay que atenerse a lo que establece la norma constitucional. El artículo 72 C es claro al establecer que cuando el total de votos a favor de la revocatoria sea mayor al total de votos sufragados por el funcionario en su elección, se considerará revocado el mandato. Otra interpretación violaría directamente lo dispuesto en la norma. El principio democrático lo que establece en este caso es precisamente eso: si un número de electores mayor al número de electores que dieron su voto al mandatario quiere revocar el mandato, es una consecuencia clara de la dinámica de la vida democrática: las mayorías cambian.

2.3. Regulación legal del referendo revocatorio

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política¹⁹ (GO N° 5.233 extraordinario de 28 de mayo de 1998) no contiene una regulación específica sobre el referendo revocatorio. Por ser anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, sus normas sobre referendo se limitan a regular la modalidad del consultivo en sus artículos 181 al 195. Creemos que los artículos 182, 183, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 194 y 195 son aplicables de manera análoga al referendo revocatorio fundado en la Constitución de 1999. Los artículos tienen el siguiente contenido:

“Artículo 182. La convocatoria de los referendos, deberá contener los siguientes requisitos:

1. Formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un «si» o «no» y,

¹⁹ Un análisis completo de la Ley se encuentra en UROSA MAGGI, Daniela y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *Estudio Analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, FUNEDA, Caracas, 1998, 483 pp.

2. Exposición breve de los motivos, acerca de la justificación y propósito de la consulta”.

Este artículo establece dos requisitos básicos para hacer efectivo el referéndum: una exposición de motivos que informe al elector sobre el motivo del referendo y una pregunta clara que pueda ser respondida afirmativa o negativamente. Ambos requisitos se cumplen en el texto de la planilla firmada el pasado 02 de febrero.

Artículo 183. Las convocatorias de los referendos formulados por iniciativa popular deberán contener, además de los requisitos establecidos en el artículo anterior, la identificación de los electores que la suscriben, con indicación de su nombre y apellido, número de cédula de identidad, Entidad Federal en la que están inscritos para votar y la firma autógrafa o huellas digitales correspondientes.

Parágrafo Unico: Recibida la convocatoria de un referendo, la autoridad electoral verificará la autenticidad de las firmas y expedirá la constancia a que haya lugar.

Este artículo también establece otro requisito indispensable para la elaboración de la consulta, exigiendo la plena identificación de los electores, extremo también cumplido en las planillas firmadas en 02 de febrero.

Artículo 184. El Consejo Nacional Electoral, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la convocatoria correspondiente, verificará el cumplimiento de los requisitos de Ley, y se pronunciará fijando el día, en el cual deberá celebrarse el referendo, señalando claramente la pregunta o preguntas propuestas que ha de responder el Cuerpo electoral convocado. En todo caso, la fecha para la celebración del Referendo deberá fijarse entre los sesenta (60) y los noventa (90) días siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante el Consejo Nacional Electoral.

Esta norma igualmente podría aplicarse de forma analógica para un referendo revocatorio. La Constitución no regula lapsos para realizar la convocatoria a referendo, luego que el CNE ha recibido la convocatoria.

Estos lapsos pueden ser tomados por el CNE a los fines de regular la convocatoria a referendo revocatorio. Realizado el referendo, y si resulta revocado el mandato, la Constitución establece los lapsos relativos a la convocatoria a elecciones.

Artículo 186. No podrán celebrarse referendos durante la vigencia del estado de emergencia, de suspensión o restricción de garantías constitucionales, o de graves trastornos del orden público, previstos en los artículos 240, 241 y 244 de la Constitución de la República.

Esta norma que prohibiría la celebración de referendos durante la vigencia de un estado de excepción ha sido derogada por la Ley Orgánica de Estados de Excepción (GO N° 37.261 del 15-08-01), que establece:

“Artículo 7. No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27, 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:

13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública”.

Ni siquiera en el supuesto de un estado de excepción, podría negarse al electorado la posibilidad de participar en un referendo revocatorio. La Ley Orgánica de Estados de Excepción prohíbe expresamente tal posibilidad, al incluir a los derechos a la participación y al sufragio dentro de las excepciones a los poderes de restricción sobre garantías constitucionales que el Presidente de la República puede utilizar durante la vigencia de un estado de excepción.

Artículo 187. La campaña no podrá tener una duración inferior a quince (15) ni superior a treinta (30) días y finalizará a las doce (12) de la noche del día anterior al señalado para la votación.

Ésta disposición también puede ser aplicada para un referendo revocatorio, pues no hay otra norma en nuestro ordenamiento jurídico que regule el período de campaña para un referendo.

Artículo 188. Los solicitantes del Referendo a través de grupos organizados, así como los partidos políticos, grupos de electores y agrupaciones ciudadanas a favor o en contra sobre el asunto objeto de la consulta a celebrarse, tendrán acceso en igualdad de condiciones, a los medios de comunicación social del Estado.

El Consejo Nacional Electoral distribuirá los espacios, señalará la duración de cada presentación y establecerá las reglas que deberán observarse en los mismos.

En todo caso, durante la campaña se permitirá la realización de propaganda a favor o en contra sobre el asunto objeto de la consulta propuesta, por todos los medios de comunicación social de acuerdo con la reglamentación que al efecto dicte el Consejo Nacional Electoral, el cual deberá fijar el límite máximo de recursos que podrán ser gastado.

Artículo 189. La convocatoria del Consejo Nacional Electoral a la celebración de un Referendo, fijando la fecha en la cual tendrá lugar, y señalando claramente la pregunta o preguntas correspondientes, deberá ser publicado durante la campaña, por lo menos en tres (3) oportunidades en dos (2) diarios de mayor circulación nacional.

Asimismo, el Consejo Nacional Electoral deberá realizar una campaña divulgativa a través de los medios de comunicación social, para dar a conocer a la ciudadanía el contenido de la propuesta sometida a Referendo, para invitar a los ciudadanos a participar en la votación y para ajustarlo sobre la organización del mismo. En dicha campaña divulgativa, el Consejo Nacional Electoral se abstendrá de expresar juicio alguno sobre el texto que será votado, ni señalará sus ventajas, implicaciones o desventajas, si las hubiere.

Artículo 190. En la organización de las Mesas Electorales y en las Juntas Regionales, Municipales y Parroquiales Electorales, en caso de que estas últimas se crearen, el Consejo Nacional Electoral garantizará el acceso de los representantes y testigos, tanto de grupos que apoyan la aprobación de la pregunta o preguntas consultadas, como de los que la operen, a fin de presenciar y fiscalizar todos los actos del proceso de un Referendo.

Artículo 191. Las votaciones se realizarán en formatos elaborados por el Consejo Nacional Electoral, los cuales tendrán impreso el texto de la consulta, diseñada de tal forma que los electores puedan votar claramente con un «si» o un «no».

Artículo 192. Serán hábiles para votar en los referendos, los electores inscritos en el Registro Electoral.

El procedimiento electoral del Referendo se regirá, por el régimen electoral general consagrado en esta Ley y sus Reglamentos.

Artículo 194. Contra las actuaciones de los organismos relativas a los procesos de un Referendo, podrán interponerse los recursos previstos en esta Ley.

Artículo 195. Los fondos requeridos para el financiamiento de los procesos electorales correspondientes a los Referendos Nacionales, serán cubiertos con presupuesto del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con esta Ley”.

3. La propuesta de la Asamblea Nacional Constituyente

La Asamblea Nacional Constituyente fue otra de las propuestas presentadas el pasado 02 de febrero. El articulado de la misma es muy parecido en muchos aspectos a las bases comiciales por las cuales se rigió la Constituyente de 1999. El referéndum por el cual se convocaría esta Constituyente se basaría en estas dos preguntas:

“¿Convoca usted a una Asamblea Nacional Constituyente de carácter originario con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, de conformidad con lo establecido en los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?

¿Está usted de acuerdo con las bases comiciales propuestas por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral que han tomado la iniciativa de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y que han sido publicadas en la Gaceta Electoral No. _____ de fecha _____ de _____ de _____ ?”.

La propuesta establece que la Asamblea Nacional Constituyente es el poder originario que recoge la soberanía popular en su base comicial séptima.

El artículo 347 de la Constitución de 1999 dice:

“El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

Según lo establecido en el artículo, como el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente, básicamente, para tres cosas: transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, tal como lo recoge la propuesta de bases comiciales.

El artículo 348 de la Constitución establece quiénes pueden convocar una Constituyente. La propuesta en cuestión surge como iniciativa de electores inscritos en el Registro Electoral.

En el artículo 349 de regula el funcionamiento de la Asamblea. Dicha regulación no es verdaderamente tal, desde que da poderes absolutos a la Asamblea. Textualmente dice :

“El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución.

Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Constituyente.

A efectos de la promulgación de la nueva Constitución, ésta se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Constituyente”.

Tales poderes son sumamente peligrosos. Ningún Poder –ni siquiera el Judicial– puede objetar las decisiones de la Asamblea. Su decisiones podrán ser inimpugnables por cualquier afectado, lo que origina un déficit de democracia en su régimen y funcionamiento. Fiel a la tesis de la supraconstitucionalidad de la sentencia de 19 de enero de 1999 que reinó durante los meses de redacción de la Constitución, el artículo 349 hace inmune a la Constituyente de cualquier control. Esto, en momentos de tanta volatilidad política y jurídica, es aún más peligroso.

La Constitución de 1999 resultó un caso inédito en nuestra vida política. Las Asambleas Constituyentes siempre habían sido métodos para recomponer el Estado luego de una guerra o ruptura del hilo constitucional. En 1999 se convocó en democracia, precisamente, para evitar la ruptura del orden constitucional. Si hoy se convoca una Asamblea Nacional Constituyente no sabemos si será para evitar una guerra o para reparar lo dañado en una guerra²⁰.

Asamblea Nacional Constituyente es un asunto muy serio, que requiere unas condiciones políticas determinadas. Creemos que este no es el mejor momento para convocarla. El problema político inmediato y fundamental de la sociedad venezolana es cambiar de Presidente. Una Constituyente, ciertamente, podría complicar la situación reinante. Cuando se calmen las aguas, quizá.

²⁰ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. , *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000.

V. CONCLUSIÓN (ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD HISTÓRICA DE LA SALA CONSTITUCIONAL)

Se ha intentado un breve ensayo sobre el significado político de la Constitución y la interpretación que debe gobernar su manejo. También se ha procurado aclarar un poco las implicaciones de las propuestas constitucionales que se encuentran en la opinión pública. Hay que decir que la salida debe ser constitucional. Como se vio, no sólo por los argumentos jurídicos que puedan ser invocados, sino porque es la única forma de garantizar la paz social. Precisamente porque Venezuela se encuentra ante un régimen antidemocrático, debe intentarse la vía electoral; no debemos seguir el juego de la violencia.

Hoy el referendo revocatorio parece ser la propuesta más viable para encontrar una salida a nuestra crisis. En todo caso, fue la alternativa propuesta por el sector oficial, acordada por la oposición y respaldada por la Comunidad Internacional. El camino jurídico está claro, tal como se ha pretendido explicar; sólo falta que la política no entorpezca una solución pacífica.

Los criterios de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia jugarán un papel fundamental. El artículo 335 de la Constitución le atribuye carácter vinculante a sus decisiones para los demás jueces de la República. En la utilización de esa atribución la Sala ciertamente ha cometido algunos excesos, como ocurrió con las sentencias de 22-9-00 (caso *Servio Tulio Briceño León*) en la cual creó una acción autónoma de interpretación constitucional que la convierte en un constituyente perpetuo; igualmente, en la sentencia de 20-1-00 (caso *Emery Mata Millán*) dictó un verdadero procedimiento de amparo, para lo que no tenía competencia alguna, desde que el establecimiento de normas procesales pertenece a la estricta reserva legal; en la sentencia de 12-6-00 (caso *Eliás Santana*) reglamentó derechos constitucionales, para lo cual también carecía de competencia²¹. Son ejemplos de cómo la Sala Constitucional se ha irrogado de unos poderes que carece y que la convierten en un Poder Público mucho más poderoso que los otros. Como prácticamente cualquier decisión

²¹ Cfr. LINARES BENZO, Gustavo, "¿Qué interpretaciones? ¿Cuán vinculantes? Alcance de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *cit.*, pp. 255-257.

política cabe dentro de la Constitución, en definitiva la Sala Constitucional, a partir de algún recurso de interpretación puede decidir cualquier tópicico –con carácter vinculante– de la vida pública venezolana.

Pero ante ello cabe oponer la misma naturaleza de la Sala como tribunal. A ella se encomienda el Derecho, no la Política. Si bien el Derecho Constitucional es la zona más gris del ordenamiento, desde que en él lo político y lo jurídico sólo se dividen por intersticios, la Constitución en ningún lugar permite la verdadera libertad política que la Sala Constitucional ha ejercido. “En definitiva, el carácter no democrático de la Sala Constitucional impide la usurpación de la libertad política que la Constitución otorga a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, limitándose las potestades de esa Sala a *interpretar* –hallar– y determinar la más plausible solución al caso concreto dentro de esos límites de libertad política concedidos por la Constitución a los órganos legiferantes, sabiendo además que será la decisión concreta de la sentencia, su parte dispositiva, lo único vinculante”²².

Brewer ha precisado los límites del carácter vinculante de las decisiones de la Sala, así:

“En cuanto a la interpretación constitucional, es ella la que tiene carácter vinculante cuando la realiza la Sala Constitucional; pero ello no significa que todo el cuerpo motivo de una sentencia pueda llegar a tener ese carácter vinculante. La ‘doctrina’ expuesta por la Sala en una sentencia, es eso, doctrina que sirve de motivación para decidir. Esa doctrina nunca puede tener carácter vinculante, aun cuando sea un valioso instrumento auxiliar para la aplicación de la ley.

Lo que puede ser vinculante de una sentencia, por tanto, sólo puede ser la parte resolutive de la misma, en la cual la Sala Constitucional fije la interpretación de una norma, y ello de señalarlo expresamente. La interpretación de la norma establecida, entonces, en la parte resolutive de una sentencia, pasa a ser fuente del derecho del mismo rango que el que tiene la norma que se interpreta: si es una norma constitucional, la interpretación adquiere rango constitucional, y si es una ley la que se interpreta, adquiere

²² LINARES BENZO, Gustavo, ob. cit., p. 255.

rango legal. Por ello, la Sala Constitucional no puede, *ad libitum*, estar modificando sus interpretaciones”²³.

No somos los últimos porque somos infalibles; somos infalibles porque somos los últimos, dijo en una ocasión la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Brown vs. Allen*, 1953²⁴. Bien entendida, la frase explica la necesidad de que en toda sociedad alguien diga la última palabra. Pero esa cualidad de la Sala Constitucional pretende dar lugar a la seguridad jurídica, no a la arbitrariedad o al gobierno judicial. Como intérprete supremo de la Constitución, la Sala Constitucional tiene la posibilidad de decidir prácticamente cualquier asunto público. En los últimos años hemos visto cómo quienes en realidad gobiernan en Venezuela son los cinco Magistrados de la Sala. Hoy no se les pide que incumplan su función, pero deben respetar las salidas constitucionales a la crisis nacional cuando éstas no tengan problemas de orden constitucional. Venezuela se juega su democracia y la Sala debe estar consciente de ello.

²³ BREWER-CARÍAS, Allan R., La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *cit.*, p. 22.

²⁴ LINARES BENZO, Gustavo, *ob. cit.*, p. 245.