

# PENALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN VENEZUELA

Revista Derecho y Democracia  
de la Facultad de Estudios Jurídicos de la Universidad Metropolitana



Rafael Simón Jiménez ■ Catherine Gallardo  
Liliana Vaudo ■ Carmen Alguíndigue  
Henrique Meier ■ Andrea Santacruz



# PENALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN VENEZUELA

Revista Derecho y Democracia  
de la Facultad de Estudios Jurídicos  
de la Universidad Metropolitana

Rafael Simón Jiménez

Catherine Gallardo

Liliana Vaudo

Carmen Alguíndigue

Henrique Meier

Andrea Santacruz



**PENALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL  
EN VENEZUELA**

Universidad Metropolitana,  
Caracas, Venezuela, 2020

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: MI2020000690

ISBN: 978-980-247-287-1

Formato: 15,5 x 21,5 cms.  
Nº de páginas: 300

Diseño y diagramación:  
Jesús Salazar / [salazjesus@gmail.com](mailto:salazjesus@gmail.com)

Reservados todos los derechos.  
Ni la totalidad ni parte de esta publicación pueden  
reproducirse, registrarse o transmitirse,  
por un sistema de recuperación de información,  
en ninguna forma ni por ningún medio,  
sea electrónico, mecánico, fotoquímico, magnético  
o electroóptico, por fotocopia, grabación  
o cualquier otro, sin permiso por escrito del editor.



## **Autoridades**

Luis Miguel da Gama  
*Presidente del Consejo Superior*

Benjamín Scharifker  
*Rector*

María del Carmen Lombao  
*Vicerrectora Académica*

María Elena Cedeño  
*Vicerrectora Administrativa*

Mirian Rodríguez de Mezoa  
*Secretario General*



## **Comité Editorial de Publicaciones de apoyo a la educación**

Prof. Roberto Réquíz

Prof. Natalia Castañón

Prof. Mario Eugui

Prof. Rossana París

Prof. Alfredo Rodríguez Iranzo (Editor)



# ÍNDICE DE ARTÍCULOS

---

<b>Presentación</b>	9
<b>Rafael Simón Jiménez</b> La denominada “Constitución Económica”: Contenido y balances.	21
<b>Catherine Gallardo</b> La libertad de empresa y la doble penalización a la actividad empresarial en Venezuela.	33
<b>Liliana Vaudo - Carmen Alguíndigue</b> Orden constitucional y justificación política de las normas de emergencia en el ámbito económico venezolano.	65
<b>Henrique Meier</b> Ley Penal del Ambiente: Una nueva amenaza legal contra el debilitado universo empresarial del país.	91
<b>Carmen Alguíndigue - Liliana Vaudo</b> La penalización de la actividad empresarial: tres muestras de indudable caracterización: Control cambiario, control de precios y tributos.	131
<b>Carmen Alguíndigue</b> Responsabilidad Penal en el ámbito laboral. Otra muestra de la criminalización de la actividad empresarial en Venezuela.	157
<b>Carmen Alguíndigue</b> Sistema penal venezolano: Persecución de delitos vinculados al área marítima y su incidencia en el comercio internacional.	181
<b>Liliana Vaudo</b> Tratamiento desigualitario de las personas jurídicas privadas en la ley orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento del terrorismo	213

**Liliana Vaudo**

Violación del principio de sucesión temporal de leyes a propósito de la apropiación y distracción de fondos en la intermediación financiera.

235

**Carmen Alguindigue - Andrea Santacruz**

Sistema penal venezolano. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sector bancario

265

## PRESENTACIÓN

---

Este nuevo número de la Revista Derecho y Democracia, órgano de expresión y divulgación de los trabajos de investigación de los profesores de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana, abierto también a otros profesores y juristas de las universidades nacionales y de universidades foráneas, está dedicado al muy actual tema del Derecho Penal Económico, dada la tendencia del actual régimen de poder imperante en Venezuela a utilizar las diversas fuentes del Derecho: leyes, decretos-leyes, sentencias, en particular del Tribunal Supremo de Justicia, y actos normativos de carácter administrativo, para establecer restricciones, cargas, obligaciones y prohibiciones al ejercicio de la legítima libertad económica garantizada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que exceden, sin duda alguna, el límite razonable y justo que legitima esas normas a fin de preservar el orden público económico, y que, por consiguiente, en la práctica, implican la negación a esa libertad, fundamento del régimen socioeconómico previsto en la norma suprema del ordenamiento jurídico de la República (Art. 7 CRBV): el modelo de una Economía Social y Ambiental de Mercado (Arts. 112, 113, 114, 115, 299 CRBV)

Es más, no conforme con esa normativa y actos que dificultan al extremo el desarrollo económico y social (“desarrollo sustentable”), que además, violan el principio constitucional de la corresponsabilidad entre el Estado y la iniciativa privada para garantizar “el desarrollo armónico de

la economía nacional” (Art. 299 CRBV), simultáneamente el susodicho régimen ha venido sancionado desde hace 18 años normas punitivas cuyos sujetos activos son las empresas privadas (la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y sus representantes. En ese sentido, no falta razón a quienes denuncian la existencia de un auténtico “Derecho penal del enemigo”, práctica perversa de los Estados totalitarios que infringe los postulados del Derecho Penal garantista sustentado en la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a la defensa en todo grado e instancia del proceso, el derecho a la defensa en libertad como principio y la detención preventiva como excepción.

Las consecuencias de esa “política de Estado” es la grave inseguridad jurídica, la desinversión, la quiebra de empresas (aparte de las expropiadas y confiscadas), y por ende, el descenso brusco de la productividad agrícola, pecuaria, pesquera, industrial, y su secuelas: el desabastecimiento y la escasez de productos alimenticios y fármacos, la catástrofe económica y social que padecemos, demostrable no sólo en incuestionables estadísticas emanadas de organizaciones internacionales y nacionales de reconocido prestigio, sino en la realidad cotidiana de un pueblo sometido a la necesidad de hacer colas interminables desde horas de la madrugada para recibir, y no siempre, algunos de los productos básicos de la dieta alimenticia a precios que superan el poder adquisitivo de compra de las mayorías, además de la vergonzosa práctica “gubernamental” de forzar la tenencia de un carnet eufemísticamente denominado “carnet patria” para acceder a unas bolsas de comida con limitados productos que apenas alcanzan para pocos días, por no hablar de la gravísima carencia de fármacos y los fallecimientos que se han venido produciendo por tal hecho, lo que ha llevado a la Iglesia Católica por medio de la Conferencia Episcopal a denunciar con severas palabras esta situación desde los valores y principios fundamentales de la dignidad de la persona humana, el derecho a la vida y la salud, que conforman la esencia de la Doctrina Social de la Iglesia expresada en diversas encíclicas papales.

En efecto, vulnerando los antes mencionados derechos y garantías constitucionales articulados a la protección de la libertad individual, en especial el clásico principio de la responsabilidad penal subjetiva, o la

prueba de la culpabilidad que desvirtúa la presunción de inocencia, en algunas leyes como la vigente Ley Penal del Ambiente se formaliza el insólito principio de la “responsabilidad penal objetiva”, una burda y grosera involución en materia penal que ha implicado la instauración del reino de la inseguridad jurídica, la arbitrariedad y la injusticia, es decir, la flagrante violación de los fines esenciales del Derecho como medio institucional al servicio de la convivencia pacífica, la justicia y el bien común.

Voy a permitirme presentar las diversas colaboraciones de los distinguidos profesores de este nuevo número de la Revista Derecho y Democracia, comenzando por el artículo del profesor Rafael Simón Jiménez Melean: **“La denominada “Constitución Económica: contenido y Balances”**. Expresa el profesor de Derecho Constitucional de la UNIMET que por vez primera en la evolución constitucional Venezolana, la carta fundamental de 1999 consagró en su texto normas relativas al “Régimen socioeconómico y el papel del Estado en la Economía” (Capítulo I, título IV) con lo que puso de manifiesto el interés por explicitar y regular las actividades y funciones de los distintos agentes económicos y delimitar el papel del Estado en su desenvolvimiento. El artículo 299 de la Constitución define los fundamentos del modelo económico y, de seguidas, especifica las funciones del sector privado y del Estado en la economía, delimitándose las mismas, aun cuando no se califica como tal, de manera expresa, un modelo de Economía Social de Mercado, con una promoción y protección de la actividad económica privada y una función reguladora y de intervención directa del Estado en determinados sectores de la economía que previese de este modo una complementariedad y una acción sinérgica entre ambos. Sin embargo el texto de la denominada “constitución económica” es prolijo en normar las distintas actividades económicas, en la protección de la propiedad privada, del consumidor, la prohibición a los monopolios y las confiscaciones, desarrollando de manera detallada disposiciones que abarcan todas las áreas de la economía.

Es esencial la comprensión de este primer artículo sobre la Constitución Económica para que se entienda cómo los valores, principios y normas de la Cláusula Económica de la CRBV se han violado de manera

sistemática y continua por el “Derecho” del “Socialismo del Siglo XXI”, tal y como queda fehacientemente demostrado por las colaboraciones subsiguientes que me honro en presentar por delegación de quien fuera Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, profesor Humberto Njaim. (Q.E.P.D.)

Las profesoras Carmen Alguindigue Morles y Liliana Vaudo, distinguidas especialistas en Derecho Penal y Criminología, la primera en proceso de culminar estudios de doctorado en Derecho en la UCV, y la segunda Doctora en Derecho de esa misma casa de estudios, ambas dedicadas desde hace un tiempo tanto en la docencia como en la investigación al Derecho Penal Económico, cuya cátedra en dicha asignatura comparten en la Especialización en Derecho Corporativo del Decanato de Estudios de Postgrado de esta Universidad, nos ofrecen de manera conjunta y separada, brillantes colaboraciones que confirman lo que he indicado al inicio de esta presentación. Es así como en su artículo conjunto: **“Orden Constitucional y justificación política de las normas penales de emergencia en el ámbito económico venezolano”**, señalan atinadamente que una de las formas de medir la democracia en el ámbito jurídico del Estado es por la forma como se crean normas en el campo penal acordes con los parámetros de respeto a los Derechos Humanos, la soberanía popular y la garantía de supremacía constitucional. La tendencia observada en el ámbito regulatorio, en los últimos dieciocho años, es de un excesivo control y persecución de la actividad empresarial, suprimiendo la iniciativa económica de los particulares mediante la imposición de penas como consecuencia de infracciones de naturaleza administrativa (responsabilidad objetiva). El propósito central de este artículo es determinar si la postura asumida por el “Estado” para controlar y castigar la criminalidad empresarial y sus efectos adversos es congruente con los preceptos destinados a regular el orden económico contenido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Cónsono con el postulado expresado en el artículo precedente, las mencionadas profesoras exponen tres ejemplos de la penalización de la actividad empresarial en su artículo **“La penalización de la actividad empresarial: tres muestras de indudable caracterización: control cambiario, control de precios y tributos”**. En este artículo dichas

profesoras señalan que el legislador venezolano y, con mayor exactitud, el Ejecutivo Nacional, ha mantenido una tendencia sostenida a reforzar el ámbito sancionatorio penal, no siendo la excepción el área económica. La creación de ilícitos administrativos y su transformación en ilícitos penales se ha extendido sin que se observe una línea clara del modelo de responsabilidad penal empresarial que pretende dibujarse. Agregan que resulta evidente un notorio simbolismo y selectividad en la creación de tipos penales que contemplan incrementos o dualidad de penas, lo que genera un panorama poco favorable a las empresas y demás personas jurídicas que ejercen la actividad económica en el país.

Este fenómeno, propio del llamado Derecho Penal Simbólico, es evidente, según las especialistas en el tema, en varios sectores. En su artículo analizan la penalización al sector empresarial que se expresa en las normativas del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario. El planteamiento se realiza desde un enfoque socio-jurídico, en tanto que se hace referencia a la aplicación de los instrumentos legales y a la realidad de la actividad económica del país. La virtud de este artículo es el desarrollo de un nuevo tema dentro de la línea de investigación “Sistemas Penales” en la búsqueda por continuar el estudio del fenómeno de la penalización de la actividad empresarial, el cual engloba el tratamiento desigual de entes públicos y privados, el desapego a los principios generales del Derecho Penal y, por ende, de los postulados del Estado constitucional.

Otro artículo elaborado en forma conjunta es el de las profesoras Carmen Alguindigue Morles y Andrea Santacruz, abogada Suma Cum Laude de la UNIMET, Magister en Gerencia Tributaria de esta misma Universidad: **“Sistema Penal Venezolano: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Sector Bancario”**. La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema controvertido a nivel doctrinario mundialmente, en tanto que no existe un criterio único sobre si es -o no posible penalizar a las personas jurídicas. Más allá del debate académico, el legislador venezolano ha desarrollado diversas normas conforme a las cuales ha señalado que las personas jurídicas

son penalmente responsables, aunque no existe un criterio único para establecer dicha responsabilidad. De hecho, se observan tipos penales que le atribuyen responsabilidad penal directamente a las personas jurídicas y otros que lo hacen en cabeza de sus directores, gerentes, administradores y representantes, es decir, sobre personas naturales que actúan como órganos de las personas jurídicas.

En materia financiera y bancaria la legislación que lleva inserta tipos penales está representada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Fideicomisos, la Ley Sobre Ilícitos Cambiarios y la Ley del Sistema Económico Comunal. Este artículo se refiere básicamente al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. A lo largo del mismo se alude a la violación del principio de reserva legal derivado del principio de legalidad, vinculado al mencionado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y luego, se analizan los tipos penales previstos en dicha norma, desde el prisma de los principios generales del Derecho Penal.

La profesora Carmen Alguindigue Morles colabora en forma individual con dos artículos de significativo interés. Es así como en su trabajo **“Sistema Penal Venezolano: Persecución de Delitos Vinculados al Área Marítima y su incidencia en el comercio internacional”** contribuye, sin duda alguna, al desarrollo del Derecho Penal Marítimo venezolano y su aplicación. Se abona en un tema reciente en la línea de investigación “Sistemas Penales”, antes mencionada, a los fines de orientar la actuación del sistema penal y contribuir con la seguridad jurídica requerida para incentivar el comercio marítimo internacional.

La debilidad del sistema penal venezolano en la persecución de los delitos en la esfera marítima genera graves daños desde el punto de vista económico, social y laboral tanto a personas naturales como jurídicas. No es extraño que sean pocos los casos conocidos por el sistema penal y la escasa actividad de pesquisa criminalística en la materia. Las investigaciones suelen ser superficiales y exceden del plazo legal. Se culmina, en la mayoría de las oportunidades, en el decreto de archivo fiscal por no haber podido lograrse la determinación de

responsabilidad penal a los privados de libertad. Lo anterior revela ante la comunidad marítima internacional la incapacidad del Estado de asegurar condiciones adecuadas de seguridad y resguardo de los espacios acuáticos y de respeto a bienes materiales, a la par de generar dudas sobre la vigencia del debido proceso y garantías procesales. El comercio marítimo es de importancia fundamental para el desarrollo de la vida económica del país.

En su otro artículo individual la profesora Alguindigue incursiona en el ámbito de la responsabilidad penal laboral: **“Responsabilidad Penal en el Ámbito Laboral: Otra muestra de la Criminalización de la Actividad Empresarial en Venezuela”**. Señala la autora que durante el período 1999-2015 el actual régimen de poder ha incurrido en una significativa producción legislativa (lo que denomino “El Estado como fábrica de leyes”, disponible en <http://www.soberania.org> y en la Revista de Derecho Público N° 100 de la Editorial Jurídica Venezolana) particularmente en lo que concierne a la regulación de la actividad empresarial. El marco legal muestra cambios importantes que se oponen con el modelo económico consagrado en la Constitución y resalta la creciente incorporación de delitos en señal de endurecer las antiguas sanciones administrativas. Es evidente que se está en presencia de un proceso de criminalización de la actividad empresarial que frena el desarrollo en el país, de su economía y la inversión. Este artículo pretende explicar las incorporaciones de ilícitos penales en la esfera laboral y alerta sobre la utilización del Derecho Penal con fines evidentemente simbólicos y selectivos, contrariando los más trascendentales principios generales en la materia.

Por su parte, la profesora Liliana Vaudo nos presenta, también, en forma individual, dos colaboraciones de indudable importancia y actualidad. Su artículo **“Tratamiento desigualitario de las personas jurídicas privadas en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y el Terrorismo”**, es demostrativo de lo que ambas especialistas han afirmado en sus artículos precedentes: la aviesa intención de la legislación “socialista” de destruir al sector privado de la economía. La profesora Vaudo expresa en su lúcido artículo que es por demás comprensible el requerimiento político criminal de sancionar

a quienes, además de llevar a cabo conductas previamente tipificadas como delitos dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, utilizan como medio de comisión la habilidad y la convergencia previamente concertada de una pluralidad de personas asociadas en número superior a tres, las cuales se asocian de hecho o constituyen personas jurídicas con apariencia de legalidad para realizar de manera organizada aquellas conductas previamente previstas como delito en el ordenamiento jurídico sustantivo y otras expresamente contempladas en la nueva ley como, por ejemplo, el financiamiento del terrorismo, que afectan las relaciones sociales y comerciales, el ámbito privado de las personas, sus bienes, su salud, la seguridad, el orden público y la paz internacional, todo lo cual hace necesario catalogarlos como delitos pluri-ofensivos.

Sin embargo, resulta a todas luces inadmisibles que aunque esa Ley es en principio aplicable a todas las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, así como a los órganos o entes de control y tutela; sin embargo, de manera contradictoria con el espíritu de dicho instrumento legal, se otorgue un tratamiento distinto a las personas jurídicas privadas con relación a las públicas, ya que sólo podrá ser sujeto activo de delito, por mandato legal, la primera de ellas al señalarse expresamente que las personas jurídicas, con exclusión del Estado y sus empresas, son responsables penalmente de los hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo cometidos por cuenta de tales, sus órganos directivos o sus representantes.

El otro artículo de la excelente investigadora se titula **“Violación del principio de sucesión temporal de leyes a propósito de la apropiación y distracción de fondos en la intermediación financiera”**. Destaca la profesora Vaudo que durante la última década el Ejecutivo ha aprovechado los poderes legislativos que le otorgan las leyes habilitantes para invadir el campo de reserva legal que, por mandato constitucional, es exclusivo de la Asamblea Nacional cuando de dictar disposiciones de carácter sancionatorio se trate. De ese modo, por medio de un Decreto con valor, fuerza y rango de ley se procedió a incorporar como delito la apropiación o distracción de fondos en la intermediación financiera, luego de que había sido despenalizado en diciembre de 2010. Lo sorprendente resulta ver cómo la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia, mediante su sentencia N° 794, no sólo convalidó este acto presidencial sino que justificó la persecución penal por hechos acaecidos bajo vigencia de una ley que había resultado derogada por cuatro reformas posteriores, en una de las cuales había quedado despenalizado el hecho por el cual eran enjuiciados los ciudadanos que allí se mencionan, alegando la Sala su vigencia en este caso concreto, violando así los principios aplicables en casos de sucesión de leyes.

También colabora en este nuevo número de la Revista Derecho y Democracia la profesora Catherina Gallardo, abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, profesora de Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Prácticas Procesales de la Universidad Metropolitana y de Derecho Constitucional en la Universidad José María Vargas. Su artículo titulado: **“La libertad de empresa y la doble penalización a la actividad empresarial en Venezuela”**, demuestra fehacientemente la tesis expuestas por quienes colaboramos en esta trascendente obra colectiva: el afán del actual régimen de poder de destruir progresivamente al sector privado de la economía empleando para ello formas jurídicas de incompatible contenido con los valores, principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, expresa la profesora en referencia que la tendencia intervencionista del Estado en la economía venezolana ha llevado, en los últimos años, al establecimiento de mayores controles a la actividad empresarial, y por ende, como parte del “plan” antes mencionado de liquidar el sector privado de la economía (la tesis marxista-leninista de la supresión de la propiedad privada sobre los medios de producción), así como a la aprobación de mayores normativas que consagran faltas y delitos y sanciones frente a los mismos, de mayor o menor gravedad, que afectan al empresario y el libre desarrollo de su actividad. En el marco de esta potestad sancionatoria la normativa jurídica más reciente, en especial el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, ha establecido la posibilidad de aplicar a su vez sanciones administrativas y penales por los mismos hechos, algo que ha sido avalado por la jurisprudencia venezolana y lo cual ha limitado el principio del *non bis in ídem* o no aplicación de dos

condenas por los mismos hechos (prohibición de aplicar dos sanciones penales), admitiendo la posibilidad de imponer una sanción penal y una administrativa e, incluso, dos sanciones administrativas cuando el interés tutelado por cada una sea distinto.

Esta marcada intervención del Estado en la economía, que lejos de propender a la labor de fomento del empresario, lo que conlleva es una restricción del derecho a la libertad económica, no luce acorde con el postulado constitucional de promoción de la libertad económica y trabajo conjunto Estado–empresario privado, conforme al modelo previsto en la Constitución de 1999. Ello así, resulta justificado el análisis de las políticas estatales sancionatorias a la actividad empresarial privada en los últimos años, aplicadas por los distintos Poderes Públicos -Ejecutivo (Administración Pública), Legislativo y Judicial-, así como su afectación y limitación al derecho a la libre empresa.

Quien esto escribe también colabora con esta publicación en una materia a la que le he dedicado más de 40 años: la compleja temática ambiental. En el artículo de mi autoría: **“La Ley Penal del Ambiente: una nueva amenaza legal contra el debilitado universo empresarial del país(Comentarios a la Ley Penal del Ambiente vigente, GO N° 39.913, de fecha 2 de mayo de 2012)”** abordo aspectos neurálgicos de la reforma de la Ley Penal del Ambiente de 1992, presentada como una nueva Ley en la materia (2011), la que, conjuntamente con otras leyes económicas y sociales, en especial la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley de Precios Justos y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, forma parte de una “política de Estado” cuyo objetivo es destruir el debilitado universo empresarial privado del país, con fundamento en la ideología marxista leninista en su versión Castro-comunista que califica a la economía de mercado como un sistema económico injusto basado en la supuesta explotación de los trabajadores, y que por tanto, postula la socialización (estatización) de la propiedad privada sobre los medios de producción con la consiguiente extinción de los derechos y garantías articulados a la libertad económica (democracia económica).

El riesgo para la libertad personal y la libertad de empresa que significa la vigencia de esa reforma a la Ley Penal del Ambiente deriva del establecimiento en dicha Ley de los conceptos de responsabilidad penal objetiva y de responsabilidad penal de las personas jurídicas, previstos como supuestos principios del Derecho del “socialismo del siglo XXI” que no es más que una expresión del “Derecho penal del enemigo”.

Esperamos que esta publicación contribuya a una mejor comprensión de la lamentable involución del Derecho Penal aplicable a las esferas económicas y sociales, de una legislación no sólo contraria a los postulados de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino también de las declaraciones y las normas garantistas de carácter internacional expresadas en los diferentes tratados y convenios en materia de Derechos Humanos que la República comenzó a suscribir y ratificar mucho antes de la vigencia formal de la CRBV.

No quiero finalizar estas líneas sin agradecer, en nombre del grupo de colaboradores de esta publicación, la encomiable labor de edición realizada por el brillante profesor-investigador, Doctor en Historia, Edgardo Mondolfi quien lamentablemente ya no forma parte del cuerpo docente e investigativo de esta Universidad y deja la dirección de Derecho y Democracia, dedicado de manera intensiva a la loable labor de la investigación de nuestra historia republicana en la Academia Nacional de la Historia, pero siempre pendiente del acontecer universitario. Asimismo, agradezco a quien fuera Decano, profesor Humberto Njaim (Q.E.P.D.), la confianza depositada en mi persona para elaborar estas líneas de presentación.

Prof. Henrique Meier  
Departamento de Estudios Jurídicos  
Universidad Metropolitana,  
Caracas 2 de febrero de 2017



## LA DENOMINADA “CONSTITUCIÓN ECONÓMICA”: CONTENIDOS Y BALANCES

---

Rafael Simón Jiménez Melean \*  
rsjimenezm@hotmail.com

### Resumen

Por vez primera en la evolución constitucional Venezolana, la carta fundamental de 1999 consagró en su texto normas relativas al “Régimen socioeconómico y el papel del Estado en la Economía” (Capítulo I, título IV) con lo que puso de manifiesto el interés por explicitar y regular las actividades y funciones de los distintos agentes económicos y delimitar el papel del Estado en su desenvolvimiento.

El artículo 299 de la Constitución define los fundamentos del modelo económico y, de seguidas, especifica las funciones del sector privado y del Estado en la economía, delimitándose las mismas, aun cuando no se califica como tal, de manera expresa, un modelo de Economía Social de Mercado, con una promoción y protección de la actividad económica privada y una función reguladora y de intervención directa del Estado en determinados sectores de la economía que previera de este modo una complementariedad y una acción sinérgica entre ambos.

El texto de la denominada “constitución económica” es prolijo en normar las distintas actividades económicas, en la protección de la propiedad privada, del consumidor, la prohibición a los monopolios y las confiscaciones, desarrollando de manera detallada disposiciones

---

\* El autor es Profesor de Derecho Constitucional de la UNIMET. Abogado (UCV). Doctor en Ciencias Jurídicas (USM) con más de veinte publicaciones en temas de derecho, historia y relaciones Internacionales.

que abarcan todas las áreas de la economía. Un recorrido sobre los contenidos normativos constitucionales, y su balance y cumplimiento quince años después de su vigencia, motivan la parte final de este trabajo.

**Palabras claves:** Constitución Económica, economía social de mercado, sector privado, Estado, interrelación, normativa, papel y roles en la economía, balances.

### **Abstract**

For the first time in Venezuela's constitutional developments, the letter 1999 devoted in its text to rules on the "Regime socio-economic and the role of the State in the Economy"(Chapter I, title IV) therefore highlighting an interest in explicitly and regulating activities and functions of the various economic operators and to delimit the role of the State in its unfolding. Article 299 of the Constitution defines the fundamentals of the model then specifies the functions of the private sector and state in the economy, delimiting themselves, even if they are not qualifies as such, expressly, a model of the Social Economy of Market, with the promotion and protection of economic activity and a regulatory and direct intervention function of the State in certain sectors of the economy that in this way provides for a complementarity and synergistic action between the two.

The text of the so-called "economic constitution" is neat into rule on the various economic activities, in the protection of private, consumer property, the prohibition on monopolies confiscations, developing in detail provisions covering all areas of the economy. At the constitutional regulatory content, and its balance sheet and compliance fifteen years after its validity, motivate the final part of this work.

**Keywords:** Economic Constitution, social economy of market, private sector, state, interrelationship, regulation, role and roles in the economy, balance sheets.

Tres aspectos fundamentales centrarán mi exposición sobre este tema: en primer lugar, lo relativo a la sistematización, por primera vez en nuestra evolución constitucional, de una normativa que establece las

bases del régimen socioeconómico y la función del Estado en la economía, tal como lo pauta el capítulo I del título VI de la carta fundamental de 1999. En segundo término, la función atribuida al sector privado de la economía y al Estado dentro de esas disposiciones constitucionales en la consecución de los objetivos económicos allí delineados, lo que pudiéramos conceptualizar como el modelo económico. Y, en tercer término, una evaluación a la luz de la realidad de los 15 años de vigencia de nuestro texto constitucional del desenvolvimiento de esa relación entre el Estado y el sector privado, y el cumplimiento de las responsabilidades atribuidos a cada uno de ellos.

Comencemos por constatar que, por vez primera en la Constitución de 1999, el régimen de la denominada “constitución económica” y, dentro de ella, la definición y delimitación de sus objetivos, así como la función que les corresponde al Estado y al sector privado en la consecución de los mismos, han sido sistematizados y agrupados en un capítulo especial denominado “Del régimen socioeconómico y de la función del estado en la economía”, el cual abarca los artículos 299 al 321 y que, de manera quizás exageradamente casuística, establece pautas en las distintas áreas y sectores de la actividad económica, incluyendo lo relativo al régimen presupuestario, tributario, monetario y de coordinación macroeconómica.

En la constitución nacional de 1961 las normas relativas al sistema socioeconómico de la nación se encontraban dispersos en los derechos económicos y sociales, por lo que, evidentemente, se constituye un paso adelante el tratamiento autónomo y sistemático que plasmó el constituyente de 1999.

El artículo 299 (ANC, 1999) primero del capítulo, contiene dos enunciaciones fundamentales: en primer lugar, define los fundamentos del sistema socioeconómico, basado en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, y los coloca al servicio del propósito de alcanzar el desarrollo humano integral, al igual que una existencia digna y provechosa para la colectividad. De seguidas pasa a precisar el papel que el Estado y la iniciativa privada tienen dentro del alcance

de tales objetivos, señalando la norma constitucional que el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr la justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta

Si nos tocara enmarcar el modelo económico postulado por la Constitución de 1999 dentro del marco de las escuelas tradicionales del pensamiento económico, podríamos conceptualizar como una economía social, humanista y ecológica de mercado, es decir, una economía mixta donde el sector privado y el estado coadyuvan en una acción sinérgica al logro de los objetivos y metas definidos en el propio texto constitucional.

Aun cuando nuestra Constitución no proclama expresamente el modelo de economía social, humanista y ecológica de mercado, el mismo resulta obvio cuando se desagregan los roles del Estado y del mercado, así como los principios, objetivos y logros que se procuran. La economía social de mercado es un modelo que busca distanciarse de dos planteamientos económicos extremos y que han demostrado su inviabilidad: el modelo marxista-comunista, que plantea que el Estado debe tener en sus manos todos los medios de producción, aboliendo la libre empresa y la propiedad privada, y estableciendo el control, planificación y dirección sobre la economía, y el modelo capitalista (liberal o neoliberal), el cual, colocándose al otro extremo de las teorías económicas, postula la mano invisible del mercado como mecanismo para la generación y distribución de riqueza por parte de los actores económicos, señalando que el Estado debe renunciar a su participación y control sobre la economía, retirándose a sus tareas en la prestación de seguridad, policía y justicia. El Estado “mínimo” y la libre iniciativa y competencia privada conforman los pivotes fundamentales sobre los cuales se edifican los enunciados del Liberalismo.

Ahora bien, ambos sistemas han demostrado contemporáneamente su incapacidad estructural para generar progreso, bienestar y calidad de vida para los ciudadanos. El modelo comunista-estatista, al asfixiar la libertad, la iniciativa privada y negar el valor del mercado, devino en un aparato burocrático que atrofió las potencialidades de iniciativa, creatividad y emprendimiento de la sociedad, y terminó implosionando al generar regímenes totalitarios que, en el plano político, esclavizaron a las sociedades donde lograron implantarse mientras que, en el plano de la producción de bienes materiales, se caracterizaron por la ineficiencia y la improductividad, generando niveles insoportables de privaciones, carencias y sacrificios para los ciudadanos.

En el caso del capitalismo neoliberal, la reciente crisis económica mundial que vapuleó los cimientos del sistema financiero y productivo a escala planetaria, dejó al descubierto la incapacidad del mercado por sí solo para asignar correctamente los bienes y servicios socialmente generados, así como la ausencia de reglas jurídicas y éticas que impidieran grandes fraudes, desfalcos y burla a ahorristas y consumidores, sumiendo a países enteros en la bancarrota y amenazando con hundir al conjunto de la economía mundial, generando costos enormes y fracturas sociales. Además de ello, el modelo requería de cuantiosos desembolsos de fondos públicos para socorrer a sus bancos y sistemas de ahorro, por lo cual el tan satanizado Estado tuvo que sufragar con dinero de los contribuyentes los grandes huecos financieros dejados por especuladores y defraudadores para evitar males mayores.

En cambio, el modelo de economía mixta, fundamentado en una visión social, humanista y ecológicamente sustentable, busca superar las insuficiencias, carencias, defectos y perversiones de los dos modelos anteriores, procurando un justo equilibrio entre el papel del Estado y del mercado en la economía. Al momento de discutirse esta materia en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, el Presidente de la subcomisión de economía de ese cuerpo legislativo, Alfredo Peña, señalaba: “no aceptamos ninguna de las visiones extremas, no al estatismo a ultranza y no al liberalismo a ultranza, puntualizando que “entre los principios del régimen se postula la libre competencia e iniciativa, lo que junto al derecho de propiedad, de comercio e industria

y trabajo, sientan las bases de una economía de respeto a la acción de los individuos. Luego de lo cual afirmaba: “sin embargo el Estado no está ausente sino que tiene un papel fundamental como regulador de la economía para asegurar el desarrollo humano integral, defender el ambiente, promover la creación de valor agregado nacional y de las fuentes de trabajo, garantizando la seguridad jurídica y fomentando la iniciativa privada”, lo cual le llevaba a concluir que “se plantea un equilibrio moderno entre el Estado y el mercado, entre la productividad y la solidaridad, entre la eficiencia económica y la justicia” (ANC, Diario de debates CRBV).

No hay duda entonces que se trata de un régimen de economía mixta, con equilibrios, definición de roles e interrelaciones entre el Estado y el mercado y que, al desagregar sus objetivos, se procura una economía social, humanista y ecológica. El constitucionalista Allan Brewer Carías (2000), quien formó parte de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 afirma lo siguiente al analizarla: “siguiendo, en cierta forma, las orientaciones de la constitución de 1961, en materia de constitución económica, la constitución de 1999 establece igualmente, pero sin decirlo, un sistema económico de economía social de mercado que se desarrolla sobre la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social que requieren la intervención del Estado\* Ahora bien, hechos estos señalamientos iniciales resulta pertinente precisar los ámbitos en los cuales se manifiesta el papel asignado a la iniciativa privada en el texto constitucional e, igualmente, los roles que le corresponden al Estado dentro del sistema económico que allí se define. El artículo 112 de la Constitución vigente proclama el denominado “derecho a la libertad económica”, postulando que “todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar

medidas para planificar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

El artículo 115 establece por su parte, y de manera clara y categórica, el derecho de propiedad en los términos siguientes: “se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”. Entretanto, el artículo 116 contiene una prohibición expresa de no confiscación, exceptuada sólo en casos de delitos contra el patrimonio público o narcotráfico.

Las disposiciones constitucionales antes mencionadas no dejan duda de que el régimen económico venezolano consagrado en su texto promueve, ampara y protege la propiedad e iniciativa privada como factor fundamental para la generación de riqueza, colocando su acción de manera complementaria junto a la del Estado como bases del sistema productivo, lo cual, según afirmación de la doctora Hildegard Rondón (2000), implica “una conjunción de actuaciones de dos sectores contrapuestos” Ahora bien, ¿cuál es el rol que la Constitución asigna al Estado dentro del sistema económico? El Dr. Brewer Carías lo ha agrupado y sistematizado de esta forma, atendiendo a sus funciones en: 1. Estado promotor: en este caso, y según sus propias afirmaciones, en que el “Estado no sustituye a la iniciativa privada sino que fomenta y ordena la economía para asegurar su desarrollo”. Esas funciones están definidas en el artículo 299 (“promoción del desarrollo económico”); el artículo 112, (“promoción de la iniciativa privada”); el artículo 305, (“promoción de la agricultura”); el artículo 302 (“promoción de la industria”); el artículo 396 (“promoción del desarrollo rural integrado”); el artículo 308 (“promoción de la pequeña y mediana industria”); el artículo 309 (“promoción de la artesanía popular”) y el artículo 310 (“promoción del turismo”).

Luego, siguiendo su sistema clasificatorio, el autor enumera las funciones del denominado “Estado regulador”, en las cuales, según sus afirmaciones, se faculta al Estado para regular el ejercicio de los derechos económicos, especificando los siguientes sistemas regulatorios:

1. La prohibición de monopolios contenida en el artículo 113 del texto constitucional y la regulación del régimen de concesiones estatales, contenidas en la misma disposición.
2. El régimen de protección al consumidor y al usuario, tutelado en el artículo 117 constitucional.
3. El régimen de la política comercial, pautado en el artículo 301, y
4. El régimen relativo a los ilícitos económicos, enunciado en el artículo 114 de la Carta fundamental.

Especial mención dentro de las novedades incorporadas al texto constitucional merece el artículo 114 donde se establecen severas penalidades para “el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos”. Igualmente, la Constitución penaliza la evasión fiscal (art. 317), pautando que los funcionarios públicos involucrados en ella recibirán el doble de la pena. Asimismo, contempla la imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio público, al igual que la confiscación de los bienes que se deriven de tales actividades (art. 116).

El tercero de los roles asignados al Estado dentro de la denominada “Constitución económica” es la del “Estado empresario”, cuyas formas tutela el artículo 300 (relativo a la creación de empresas estatales); el artículo 302 (que reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional y mediante ley orgánica, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico), y el artículo 303 (que, por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, otorga al Estado la titularidad de la totalidad de las acciones de *Petróleos de Venezuela*, PDVSA).

La cuarta función atribuida al Estado en la letra constitucional, es la de planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta, según lo pautado en el artículo 299 in fine, todo ello según reza la letra del referido artículo para garantizar la justa distribución de la riqueza.

En cuanto al papel específico asignado al Estado y al sector privado en la consecución de los principios y objetivos del sistema económico proclamados en el artículo 299 de la Carta magna, la doctora Rondón de Sanso (2000) ofrece una especial clasificación que parte de ubicar los objetivos económicos, dentro de lo que son los fines filosóficos del Estado y de la iniciativa privada, en un sistema de economía mixta. En tal sentido, y dentro del papel del Estado se ubicaría la justicia social, la protección del ambiente, la solidaridad, la planificación, el desarrollo humano integral, la existencia provechosa para la comunidad y la existencia digna, correspondiendo a una economía de libre de mercado elementos tales como democratización, eficiencia, libre competencia y productividad.

Para fundamentar el método clasificatorio antes referido la autora sostiene que “es indudable que la mayoría de los diferentes enunciados que la norma del artículo 299 realiza, pertenecen a categorías ideológicas contrastantes, con lo cual la ubicación que de las mismas se haga, no ofrece dudas”

Por último, podemos ofrecer una breve reseña de lo que ha sido la aplicación de los principios y definiciones consagradas en la denominada “Constitución económica” durante los 15 años de vigencia de su texto, los cuales, por lo demás, han coincidido temporalmente con la hegemonía política y personal del ex presidente Hugo Chávez y de sus sucesores en el poder.

Debemos observar que, como en otros muchos aspectos del texto constitucional, la práctica ejercida desde el Estado ha hecho nugatorio los derechos y garantías allí enunciadas y que, en el caso específico del modelo económico, lo hemos conceptualizado a la luz de lo que claramente se definen como los papeles del Estado y del sector privado dentro de un sistema económico mixto, donde la responsabilidad

de la iniciativa, el emprendimiento económico y la creación de riqueza corresponden al sector privado, el cual actúa amparado en claras protecciones a la libertad de empresa, la iniciativa privada y la propiedad privada, todo ello consagrado en el texto constitucional, correspondiéndole al Estado por su parte el papel de promotor, regulador, planificador y (en casos específicos, claramente delimitados) actor directo en el proceso productivo.

El empeño claramente inconstitucional de apellidar como socialista el modelo económico y político vigente en Venezuela, sin que tal definición tenga apoyo mayoritario de los ciudadanos ni fundamento o base jurídica alguna, ha sido el contexto susceptible de estimular numerosas intervenciones, expropiaciones y confiscaciones que han lesionado y atropellado el derecho de propiedad o arrinconado (y en muchos casos, imposibilitado) el cumplimiento de los objetivos que corresponden a la iniciativa privada dentro del marco claramente definido por nuestra Carta fundamental.

Se ha construido también, como en muchos otros campos de la vida ciudadana, una legislación paralela, claramente violatoria de la Constitución, la cual ha establecido sanciones, penalidades, cargas, gravámenes, restricciones y limitaciones al ejercicio de la actividad económica, degradando principios básicos de seguridad jurídica, tales como la no confiscación, la afectación de la propiedad sólo por causas de utilidad pública e interés general (previa sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización), así como la no imposición de tributos o contribuciones que afecten la continuidad de la actividad económica de la empresa.

Hoy se contabilizan y acumulan en Venezuela centenares de actuaciones ilegales y arbitrarias del Estado contra propiedades, bienes y unidades económicas despojadas a sus legítimos dueños, los cuales no encuentran amparo o protección jurídica en el sistema de justicia, ni ninguna forma de compensación, reparación o indemnización por parte del Estado. Los resultados de este despropósito, y de esta violación flagrante y continuada al modelo y a los principios y objetivos claramente consagrados en nuestro texto constitucional, están a la vista.

Tenemos el país con la más alta inflación y mayores índices de escasez de productos en el mundo, con cuatro sistemas cambiarios simultáneos que son reflejo de continuas devaluaciones que empobrecen a la población; reservas internacionales menguadas y en niveles de alarma; una multiplicada deuda interna y externa, incluyendo la deuda no cuantificada por la afectación hecha a las propiedades de empresarios de la ciudad y el campo, así como una gigantesca deuda morosa con contratistas y proveedores del Estado. Todo ello es el resultado de un modelo económico reconocidamente colapsado que no guarda ninguna relación con el enunciado constitucional de un modelo mixto, de economía social, humanista y ecológica de mercado, donde, como reza la letra de su artículo 299, “El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promuevan el desarrollo armónico de la economía nacional”.

### **Bibliografía**

Badell Madrid, Rafael (2000). La constitución económica. Artículo publicado en la Revista del BCV No. XVI. Caracas.

Brewer-Carias, Allan R. (1997). Las constituciones de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.

\_\_\_\_\_ (2000). La constitución de 1.999. Editorial Arte. Caracas.

Garay, Juan (2001). La constitución. Librería ciafre. Caracas.

Rondón de Sanso, H. (2000) Análisis de la constitución venezolana de 1999. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 31



## LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA DOBLE PENALIZACIÓN A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN VENEZUELA

---

Catherina Gallardo \*  
cgallargo@unimet.edu.ve

### Resumen

La tendencia intervencionista del Estado en la economía venezolana ha llevado, en los últimos años, al establecimiento de mayores controles a la actividad empresarial, atado ello a la aprobación de mayores normativas que consagran faltas y delitos y sanciones frente a los mismos, de mayor o menor gravedad, que afectan al empresario y el libre desarrollo de su actividad.

En el marco de esta potestad sancionatoria la normativa jurídica más reciente, en especial el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, y anteriormente la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, ha establecido la posibilidad de aplicar a su vez sanciones administrativas y penales por los mismos hechos, algo que ha sido avalado por la jurisprudencia venezolana y lo cual ha limitado el principio del *non bis in ídem* o no aplicación de dos condenas por los mismos hechos (prohibición de aplicar dos sanciones penales), admitiéndose la posibilidad de imponer una sanción penal y una administrativa e, incluso, dos sanciones administrativas cuando el interés tutelado por cada una sea distinto.

---

\* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela. Tesista de las Especializaciones de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de dicha casa de estudios. Profesora de Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Prácticas Procesales de la Universidad Metropolitana y de Derecho Constitucional en la Universidad José María Vargas. Abogada en ejercicio y asesora de la Asamblea Nacional.

Esta marcada intervención del Estado en la economía, que lejos de propender a la labor de fomento del empresario, lo que conlleva es una restricción del derecho a la libertad económica, no luce acorde con el postulado constitucional de promoción de la libertad económica y trabajo conjunto Estado–empresario privado, conforme al modelo previsto en la Constitución de 1999. Ello así, resulta justificado el análisis de las políticas estatales sancionatorias a la actividad empresarial privada en los últimos años, aplicadas por los distintos Poderes Públicos -Ejecutivo (Administración Pública), Legislativo y Judicial-, así como su afectación y limitación al derecho a la libre empresa.

**Palabras claves:** Libertad Económica – potestad sancionatoria – *non bis in ídem* – precios justos

### Summary

The interventionist tendency of the State in the Venezuelan economy has led in recent years to greater controls on business activity, the approval of major regulations that establish crimes and sanctions related to this regulatory frame, affecting the employer and the free development of his activity.

As part of this power to punish, the latest legal regulations, particularly the Decree with Rank, Value and Force of Organic Law of Fair Prices, and above all the Law for the Defense of People's Access to Goods and Services, have established the possibility to apply, for the same facts, administrative and criminal sanctions at the same time, a fact that has been endorsed by the Venezuelan law, which has limited the principle of *non bis in ídem* or non-implementation of two convictions for the same offenses, the prohibition of applying two criminal penalties, admitting the possibility of imposing both criminal and administrative penalties, and even two administrative sanctions when the interest protected by each is different.

This strong state intervention in the economy, far from tending to promote entrepreneurship, has led to a restriction of the right to economic freedom, nor does it look consistent with the constitutional postulate

of promoting economic freedom and working together State-private entrepreneur, under the model adopted in the Constitution of 1999. It thus appear relevant to analyze the State sanctions' policy imposed upon the private sector in recent years and implemented through various branches of government -Executive (Public Administration), Legislative and Judicial- and its impact in limiting the right to free Enterprise.

**Descriptors:** Economic freedom - sanctioning power - non bis in idem-fair prices

### 1. Libertad Económica en Venezuela

A fin de poder analizar la penalización de la actividad empresarial en Venezuela (y con ello nos referimos a la imposición de sanciones por parte del Estado a los empresarios que desarrollan actividades económicas en el país) debemos iniciar por el análisis de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico venezolano a la empresa privada.

En este sentido, lo primero que debemos señalar es que nuestra Constitución consagra, en su artículo 112, el *derecho a la libertad económica*, como el derecho que tienen todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, pudiendo dicho derecho ser limitado por razones de *desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*. Esta disposición constitucional igualmente dispone el deber del Estado de *promover la iniciativa privada*, en razón de lo cual debe fortalecerse la misma y no restringirse en forma exacerbada, a través de limitaciones y sanciones que, lejos de promover el crecimiento económico del país, vayan en detrimento del mismo.

Sobre el contenido y alcance de este derecho J. I. Hernández González señala que el mismo abarca la posibilidad de todos los particulares de “*acceder al mercado de su preferencia, explotar la empresa que han emprendido según su autonomía negocial, y cesar en el ejercicio de tal empresa*” (p. 115, 2006), es decir, el derecho de *entrar, permanecer y salir* del mercado cuando así lo deseen los empresarios.

Este derecho debe ser obligatoriamente aplicado de manera conjunta con el de *propiedad*, consagrado en el artículo 115 constitucional, que abarca el *uso, goce, disfrute y disposición* de los bienes de las personas, bienes dentro de los cuales necesariamente deben incluirse los medios de producción, propios de la empresa privada.

Asimismo, estos derechos de los empresarios se ven afianzados por disposiciones constitucionales tales como la prohibición de confiscación (artículo 116), el desarrollo de la libre competencia (artículos 113 y 299), la promoción y protección de la pequeña y mediana empresa (artículo 308), entre otros.

Observamos cómo las premisas fundamentales del Estado, partiendo del texto constitucional, van orientadas al fortalecimiento de la empresa privada como motor fundamental del desarrollo del país, siendo que bajo esta visión de Estado, prevista constitucionalmente, el empresario es colaborador directo para el logro de los fines esenciales del desarrollo económico, el suministro de bienes y servicios y el progreso nacional. En efecto, la definición que establece la llamada *Constitución Económica* en nuestro país parte de la *libertad* y el *trabajo conjunto Estado-empresario*, y no del *intervencionismo* estatal exacerbado, el cual más bien restringe la inversión y disminuye la empresa privada en el país, por los altos costos, restricciones y riesgos (incluso penales) que conlleva esta actividad.

En tal sentido vale la pena traer a colación lo expuesto por Ana Elvira Araujo García en su artículo titulado “La libertad económica y su regulación. Exclusiones”, en el cual expresa que, conforme al derecho de libertad económica, “*los poderes públicos no están para acosar esa libertad de empresa o industria, sino que la han de defender, y proteger su ejercicio así como la defensa de la productividad*” (2005, p. 25).

Esto no significa que la libertad económica sea un derecho ilimitado ya que el propio texto constitucional dispone la posibilidad de establecer limitaciones al mismo, las cuales, además, devienen su fundamento de la propia cláusula de Estado Social, dispuesta en el artículo 2 de la Constitución, en aras del interés colectivo y público de la sociedad para materializar las premisas de este modelo de Estado, como es establecer parámetros y normativas que garanticen que todos los ciudadanos,

incluidos los de más bajos recursos, puedan acceder a bienes y servicios de calidad para satisfacer sus necesidades vitales, siendo que estas limitaciones serán procedentes, conforme a lo señalado por la propia Sala Constitucional, cuando las actividades desarrolladas “*puedan alterar al orden público e incidan sobre la vida y desenvolvimiento que desempeñe el resto de la colectividad*” (sentencia del 13/11/01, caso *Pedro Alid Zoppi y otros*), siendo en este caso lo procedente el sometimiento de dichas actividades a regímenes de control y autorizaciones, más no la extinción de las actividades mismas.

Sin embargo, resulta importante resaltar que todas estas limitaciones deberán respetar el *contenido esencial* de este derecho que, conforme a lo dispuesto en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06/04/01 (caso *Manuel Quevedo Fernández*), deviene de la “*posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos*”.

Sin embargo, la práctica legislativa, administrativa y judicial no ha sido el ejemplo más alentador del fomento de la empresa privada en el país, toda vez que cada día son más las normas que limitan los derechos de los empresarios, siendo que la sola mención de los controles de precios (ya no sólo sobre productos de primera necesidad, sino por propias declaraciones de las altas autoridades del Ejecutivo Nacional, próximamente aplicable a toda clase de bienes producidos o importados que sean comercializados en la nación), las limitaciones de los márgenes de ganancia y el control cambiario, son un claro ejemplo de estas restricciones, a lo cual debe sumarse la cantidad de leyes que contemplan sanciones administrativas y penales en materia de ejercicio de la libertad económica y que conllevan restricciones a este derecho, cuya principal manifestación, hoy día, es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos.

Respecto a esta última ley, la propia Sala Político Administrativa del TSJ se ha pronunciado sobre la validez y necesidad de las regulaciones contenidas en la misma, respecto a la determinación de precios justos de bienes y servicios, señalando que ello se realiza “*para lograr la armonización de los derechos económicos contemplados en los artículos*

*112 y 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad a la que atiende la noción de Estado Social, en salvaguarda de los ingresos de todos las ciudadanas y ciudadanos, y de manera particular, con el acceso de las personas a los bienes y servicios en condiciones justas, para la satisfacción de sus necesidades en forma digna”, disponiendo esta norma igualmente “la aplicación de los correctivos necesarios, a través de los distintos sistemas de control, supervisión y fiscalización allí establecidos” para evitar las distorsiones en la economía (sentencia del 17/09/14 caso Industrias Venoco C.A. y otros).*

A ello habría que agregar las empresas que han sido adquiridas en forma forzosa por el Estado, en virtud de la necesidad de garantizar bienes a la población y poner freno a los procesos de especulación, boicot, etc., y demás distorsiones existentes en el mercado, entre las cuales figura la expropiación de (i) Cargill de Venezuela S.R.L., respecto a su planta de arroz ubicada en el Estado Portuguesa (Decreto Presidencial Nro. 6.656 publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.150 del 31/03/09); (ii) Owens Illinois de Venezuela, C.A. (Decreto Presidencial Nro. 7.751 publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.538 del 26/10/10); (iii) las pertenecientes al grupo Venoco C.A., destinado a la fabricación de aceites y lubricantes (Decreto Presidencial Nro. 7.712 publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.528 del 11/10/10), por sólo mencionar algunos ejemplos.

Observamos entonces que la normativa legal, así como la actuación del Poder Judicial y la Administración Pública, lejos de propender al fortalecimiento de la empresa privada y al trabajo conjunto Estado-empresario, han establecido infinidad de mecanismos de control y medidas que, antes bien, han restringido la actividad empresarial privada y generado un decrecimiento del empresariado en el país, vistos los *altos riesgos* que conlleva hacer negocios en Venezuela. En el presente artículo nos referiremos en particular a las medidas sancionatorias, penales y administrativas, aplicadas en el país que, en algunos casos, pudieran atentar contra la libertad de empresa.

## **2. Actividad punitiva del Estado: sanciones administrativas y penas por delito**

En primer lugar debemos señalar que la potestad sancionatoria del Estado tiene su base constitucional en el derecho al debido proceso (artículo 49 de la Constitución), el cual dispone la necesidad de la existencia de leyes previas que establezcan las faltas y delitos para que puedan juzgarse y sancionarse a las personas, naturales y jurídicas.

Esta potestad punitiva del Estado puede devenir de la aplicación de sanciones por parte del Poder Ejecutivo (Administración Pública), a través de la potestad sancionatoria del Estado, así como de la aplicación de sanciones por parte del Poder Judicial cuando estemos en presencia de delitos, potestad ésta que -como lo expresa Santamaría Pastor- tiene como principales funciones la punición o castigo al infractor, así como la prevención, en función al desaliento de futuras conductas similares (2005, p. 371).

Respecto a la potestad punitiva o potestad sancionatoria de la Administración Pública, la misma ha sido definida por Brewer Carías como *“el poder que se le atribuye a la administración de sancionar determinadas conductas que contraríen la ley”* (2005, p. 45). Por su parte, Peña Solís la define como *“la situación de poder originada en una norma expresa de la Constitución que faculta a la administración pública para infringir un mal a los ciudadanos, que en términos generales no se traduce en la privación de la libertad, cuando éstos infrinjan una orden o prohibición definida en una norma legal, previa determinación de responsabilidad de la culpabilidad del imputado, mediante el debido procedimiento administrativo”* (2005, p. 72).

Al mismo tiempo, la potestad punitiva penal tiene su fundamento en el propio Código Penal, el cual dispone, en su artículo 3, que *“todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana”*.

Ambas potestades punitivas devienen su aplicación de una actuación contraria al ordenamiento jurídico que conlleva la imposición de sanciones por parte del Estado, previo la sustanciación de un debido

proceso (administrativo o judicial, según el caso) y conforme a una serie de garantías establecidas por la ley (principios de competencia, tipicidad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc.).

Por lo general se habla de una diferenciación con respecto a la gravedad de la infracción, en la determinación de si se trata de una sanción administrativa o de un delito penal, siendo éstos últimos los de mayor gravedad y con un interés jurídico tutelado de mayor entidad. Sin embargo, en la actualidad, dicha diferenciación deja de tener aplicación en muchos ámbitos toda vez que una misma falta conlleva la imposición tanto de sanciones administrativas como de sanciones de tipo penal. Finalmente, la principal diferenciación hoy día entre las sanciones administrativas y las penales vendrá: (i) por la autoridad que las emana y ejecuta; y (ii) por la posibilidad -o no- de aplicación de medidas coercitivas a la libertad personal.

En efecto, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al hacer la diferenciación entre sanciones penales y administrativas, señaló lo siguiente:

*Así, pese a las dificultades teóricas –en las que no debe entrar la Sala ahora- existe una nota esencial para distinguir el Derecho Penal del Derecho Administrativo Sancionador: el primero suele caracterizarse por la sanción privativa o restrictiva de libertad, aunque no siempre deba preverla; el segundo jamás conocerá de las mismas, debiendo limitar su alcance a otras formas de sanción. De hecho, mientras que las multas son la sanción típica del Derecho Administrativo, ellas tienen poca importancia en el Derecho Penal, y en ocasiones son apenas el complemento de una pena de privación o restricción de libertad” (Sentencia del 01/02/06; caso Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy).*

Actualmente existen diversas normas jurídicas que contienen sanciones tanto de tipo administrativo como de tipo penal, entre las

cuales podemos mencionar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, la Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica del Ambiente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, entre otras, siendo que incluso algunas de ellas establecen ambos tipos de sanciones por causa de los mismos hechos.

Ello así, vemos cómo el poder represivo del Estado hacia actividades directamente relacionadas con el ejercicio de función empresarial en el país es cada día más intenso, siendo que -tal como señalamos- se admite incluso la posibilidad de aplicar sanciones penales y administrativas por los mismos hechos, tal como sucede hoy día en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos y como sucedía en la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, aspecto éste respecto al cual formularemos opinión en el siguiente aparte.

Asimismo, hoy día diversas normas han venido estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual ya ha sido ampliamente estudiado por el Derecho Penal y escapa al objeto del presente artículo; mas, sin embargo, entre estas normas podemos traer a colación la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Penal del Ambiente, entre otras, siendo que esta responsabilidad penal agrava aún más el severo régimen sancionatorio al que están sometidos los empresarios en el país. Si bien es cierto que la regulación resulta necesaria en el marco del Estado Social para garantizar los derechos de los ciudadanos, no menos cierto es que cuando todos los ámbitos de la vida diaria se encuentran regulados y cuando existe un marcado intervencionismo estatal se dejan muchas veces de lado los derechos de libertad y se desincentiva la inversión privada a causa de los altos riesgos que la misma conlleva.

Veamos de seguidas la posibilidad de establecer una doble sanción a las personas jurídicas por la comisión de hechos, contrarios al ordenamiento jurídico y al principio del non bis in ídem.

### 3. El principio del *non bis in ídem* y su aplicación en nuestro ordenamiento interno.

Con el fin de poder iniciar esta sección debemos hacer referencia a la definición del principio *non bis in ídem*, siendo que el mismo está referido a la prohibición de que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho, siendo un punto claro que no pueden existir ni dos sanciones penales ni dos sanciones administrativas por los mismos hechos, pero existiendo la diatriba en torno a si es posible imponer una sanción administrativa y una penal por los mismos sucesos.

García de Enterría señala el modo en que, anteriormente, se admitía la independencia y compatibilidad de sanciones administrativas y penales; pero también cómo, con el paso del tiempo, y gracias a la labor del Tribunal Constitucional español, a partir del año 1981 y con base en el principio del *non bis in ídem*, no puede ser aplicada esta doble punición, ya que la misma podría conllevar a que *“unos mismos hechos podían estimarse de un modo por el juez penal y de otro completamente distinto o hasta contradictorio por la autoridad administrativa sancionatoria”* (2004, p. 185).

Respecto a este principio la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había señalado primariamente que *“no puede ni debe en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal”*, señalando igualmente 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”* (Sentencia del 07/08/01; caso Código de Policía del Estado Bolívar).

Sin embargo, en las últimas sentencias dictadas por nuestro máximo Tribunal se ha admitido que resulta perfectamente válida la aplicación de sanciones de tipo penal y administrativo por los mismos hechos, es decir, por constituir distintos *tipos* de responsabilidad, sin que ello pueda

considerarse atentatorio al principio del *non bis in ídem*. En efecto, en este sentido podemos citar, entre otras, la sentencia de la Sala Político Administrativa, en la cual se dispuso lo siguiente:

Ahora bien, cabe indicar que la prohibición pesa siempre en relación con un mismo tipo de responsabilidad, es decir, si se trata de un hecho que da lugar a una sanción administrativa, está excluida la posibilidad de aplicar varias veces la misma, pero cuando se trata de un hecho que siendo susceptible de responsabilidad administrativa, además lo es penal y civil, cada una de estas responsabilidades subsisten de forma individual e independiente, sin que la existencia de una de ellas necesariamente excluya la aplicación de la otra (21/04/05; caso Daniel Lino José Comisso Urdaneta).

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dispuso que era plenamente válida la posibilidad de *“sancionar un mismo hecho doblemente, pero sólo en el caso de que tales sanciones sean impuestas por autoridades diferentes, esto es, por ejemplo una sanción penal y otra administrativa a una actuación que tenga la consideración de ilícito penal y administrativa y aún una tercera sanción cuando la misma actuación genera responsabilidad civil”* (Sentencia del 20/02/03; caso Ricardo Sayegh Allup).

Del mismo modo, la Sala Constitucional dispuso que *“la jurisprudencia de este Máximo Tribunal distinguió entre los bienes jurídicos afectados por una conducta antijurídica para afirmar que la responsabilidad civil, penal y administrativa parten de intereses jurídicos distintos, de suerte que el establecimiento de esas responsabilidades con base en los mismos hechos no implicaba la trasgresión del aludido principio”* (Sentencia del 06/08/08; caso Nidia Gutiérrez de Atencio y otros).

Lo que sí ha sido admitido por la jurisprudencia es la existencia de una prejudicialidad del pronunciamiento penal en torno a los procedimientos administrativos sancionatorios, en aras a evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios.

En este sentido Badell & Grau, en su artículo en torno a los Derechos de los Particulares en los Procedimientos Administrativos Sancionatorios, cita una sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo del 24/11/00 (caso *Aristóbulo Isturiz*) en la cual dicho Juzgador señala que *“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”*<sup>1</sup>.

Igualmente podemos traer a colación otra sentencia de la Sala Constitucional en la cual se señala que cuando pudieran existir dos tipos de sanciones (en este caso disciplinarias y penales) debe *darse preferencia a la persecución penal*, ya que *la administración no podría desconocer los hechos probados ante los órganos de la jurisdicción penal*, siendo que en el caso de la existencia de dos tipos de proceso, el disciplinario debe quedar en suspenso mientras el penal sea decidido (17/07/02; caso *William Claret Girón y Edgar Morillo*).

Del mismo modo vale la pena traer a colación la sentencia de dicha Sala Constitucional en la cual se señaló que *“es posible que se establezca la responsabilidad penal y administrativa con base en los mismos hechos; pero es menester evitar una coetánea persecución. Si los hechos cuestionados constituyen a la vez ilícitos administrativos y penales, se hace deferencia a favor del proceso judicial penal cuyo resultado condicionará la suerte del procedimiento administrativo”* (06/08/08; caso *Nidia Gutiérrez de Atencio y otros*).

Ahora bien, la jurisprudencia también ha reconocido que la prohibición dispuesta pesa sobre la *tramitación simultánea* de

---

1 <http://www.badellgrau.com/?pag=59&ct=984> (02/11/15)

procedimientos sancionatorios administrativos y penales, siendo igualmente posible la existencia de pronunciamientos previos administrativos que den lugar a la posterior sustanciación de juicios penales. En este sentido podemos traer a colación la reciente sentencia de la Sala Constitucional en la cual se señaló lo siguiente:

En el caso de autos, si bien el ciudadano Capitán de Navío Julio César Rojas Velásquez fue sometido a un procedimiento administrativo que culminó con la imposición de una sanción disciplinaria en su contra, por los mismos hechos que dieron origen a la causa penal antes mencionada, no es menos cierto que el citado procedimiento administrativo sancionador se tramitó y concluyó con anterioridad al proceso penal que hoy se le sigue.

Siendo así, se advierte entonces que no se ha producido aquí infracción alguna al principio *non bis in idem*, toda vez que al hoy quejoso no fue sometido simultáneamente a un procedimiento administrativo sancionador y aun proceso penal por los mismos hechos (ya que el primero se sustanció y culminó con anterioridad a al segundo), y en consecuencia, por tratarse de un argumento a todas luces improcedente, su falta de apreciación por la alzada penal no constituyó una infracción al derecho a la tutela judicial efectiva (12/08/14; caso Julio Cesar Rojas Velásquez).

Sin embargo (y ello sí en clara contradicción con el principio antes señalado) en materia administrativa la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la posibilidad de dar apertura a dos procedimientos administrativos a través de distintos órganos, lo cual podría llevar a conclusiones diferentes sin que ello implique una violación al principio del *non bis in idem*.

En este sentido podemos hacer referencia a la sentencia de la Sala Político Administrativa en la cual, habiendo existido un procedimiento previo, instaurado por la Superintendencia de Seguros, en el cual se determinaba que dicha empresa no había incurrido en el ilícito de *elusión* de responsabilidades por la no cancelación de indemnizaciones por el incendio de un vehículo, señaló que era perfectamente válida la apertura de un procedimiento administrativo distinto por parte del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (INDEPABIS) que pudiese conllevar a la imposición de faltas por *mala prestación de servicios públicos* (30/03/11; caso *Seguros Altamira C.A.*).

En este mismo sentido contamos con la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la cual señaló que “*la sola resolución emanada de la citada Superintendencia –de Seguros– que avale o justifique el rechazo del siniestro reportado por el denunciante, no se traduce necesariamente, en la imposibilidad del órgano recurrido –INDEPABIS– de determinar la existencia de una infracción a la normativa cuya vigilancia y aplicación le incumbe y en consecuencia, imponer la multa impugnada*”, ello bajo el fundamento de que ambos órganos regulan y protegen derechos y deberes distintos: la SUDESEG (hoy SUDEASEG) encargada de *regular, supervisar e inspeccionar el ámbito de actividades que despliegan las empresas de seguros*, y el INDEPABIS (sustituido en parte de sus competencias por la Superintendencia para la Defensa de los Derechos Socio Económicos) encargado de *proteger y salvaguardar los intereses del consumidor y usuario*<sup>2</sup> (31/01/13; caso *Mapfre La Seguridad C.A de Seguros*).

Estos principios y esta aplicación del *non bis in ídem* (que en la actualidad no comporta la imposibilidad de establecer dos sanciones por los mismos hechos sino dos sanciones penales o dos sanciones administrativas, siempre que se protejan los mismos derechos y deberes

---

2 Argumento que de por sí resulta falso, toda vez que conforme a lo dispuesto tanto en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículo 3) como en la Ley de la Actividad Aseguradora (artículo 1), la Superintendencia de Seguros, hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora, tiene atribuida la competencia de velar por los derechos e intereses de los tomadores, asegurados y beneficiarios de las actividades de seguros, esto es, los consumidores y usuarios.

por los mismos hechos) ha sido desarrollada por vía legal en diversas normas jurídicas que disponen la posibilidad de aplicar, por los mismos hechos, sanciones penales y administrativas.

En materia disciplinaria estas potestades son tradicionales, toda vez que la comisión de delitos conlleva a su vez causales de destitución de funcionarios públicos o, al menos, de suspensión de sus funciones y de aplicación de procedimientos administrativos sancionatorios de índole funcional.

Sin embargo, la aplicación de esta dualidad de sanciones se ha extendido a las materias de protección al consumidor y al usuario que nos atañen directamente por constituir manifestación directa de la libertad de empresa, siendo que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, así como lo hacía anteriormente la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, establecen la posibilidad de imponer sanciones penales y administrativas por los mismos hechos: acaparamiento y especulación por ejemplo, por referirnos a algunos de ellos.

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios disponía en forma clara, en su última reforma, la aplicación tanto de sanciones administrativas como penales frente a los ilícitos de especulación, boicot y acaparamiento (*Gaceta Oficial* Nro. 39.358 del 01/02/10). En efecto, el artículo 132 de dicha norma disponía que quienes estuvieren incurso en dichas faltas serían “*sancionados con clausura temporal hasta por noventa días, multa de cien Unidades Tributarias (100 UT) a cinco mil Unidades Tributarias (5.000 UT) o cierre definitivo*”. Igualmente disponía en el Título VII, titulado *De los delitos y las penas*, la aplicación de penas de prisión de 2 a 6 años para los delitos de especulación (artículo 138) y acaparamiento (artículo 139), así como de 6 a 10 años para el delito de boicot (artículo 140).

Resultaba evidente entonces, a la luz de esta norma, la aplicación de sanciones de doble entidad (penales y administrativas) frente a la comisión de los ilícitos económicos de boicot, especulación y acaparamiento.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (reformado) disponía, en la misma norma, la consagración de sanciones administrativas y penales frente a las faltas –delitos de acaparamiento, boicot, especulación, etc.-, sin disponer en forma alguna cuándo actuarían los órganos de administración de justicia y cuándo la Administración Pública, quedando sí, absolutamente claro, la posibilidad de sancionar dos veces, con sanciones administrativas y penales, la comisión de estas faltas – delitos (*Gaceta Oficial Extraordinaria* Nro. 6.156 del 19/11/14).

En efecto, el artículo 56 de dicha norma sancionaba con multa de 1.000 a 50.000 unidades tributarias, ocupación temporal del establecimiento y prisión de 8 a 10 años a quienes incurriesen en el ilícito de especulación, sin hacer ningún tipo de distinción en torno a cuándo nos encontrábamos frente a sanciones de tipo administrativo y cuándo de tipo penal. Igual sucedía con el ilícito de acaparamiento, el cual, conforme al artículo 59 del mencionado Decreto Ley, tenía estipuladas las mismas penas que para la especulación. Por su parte, respecto al ilícito de boicot, previsto en el artículo 60 del mencionado Decreto Ley, se establecían penas de prisión de 10 a 12 años, así como multa de 1.000 a 50.000 unidades tributarias y ocupación temporal del establecimiento.

Observamos entonces cómo, en la misma norma jurídica, se disponían sanciones pecuniarias, medidas administrativas de ocupación temporal de establecimientos y sanciones privativas de libertad sin hacer señalamiento alguno a si se refiere a penas accesorias a la sanción penal o si, más bien, se refiere a sanciones administrativas y sanciones penales.

De la práctica hemos visto cómo la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos ha aplicado las sanciones administrativas dispuestas en la mencionada norma sin necesidad del inicio de un procedimiento penal, siendo que en algunos casos se ha procedido igualmente en forma simultánea a la imposición de sanciones administrativas y penales cuando, en el marco de procedimientos de fiscalización de la SUNDDE, se ha determinado la existencia en *flagrancia* de los mencionados delitos, aprehendiéndose

a las autoridades de las empresas autoras de los mismos (y, en algunos casos incluso, a sus representantes legales, tal como sucedió en el caso de *Día Día Practimercados*).

En este sentido, traemos como ejemplos algunos de los procedimientos en los cuales el órgano administrativo competente, es decir la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, ha aplicado sanciones administrativas en virtud de la comisión de ilícitos de especulación, acaparamiento y boicot:

- (i) **Auto Repuestos y Accesorios Cardona**, empresa ubicada en Porlamar, que fue sancionada con multa de 5.000 U.T. por acaparamiento y contrabando de extracción de baterías de vehículos en julio de 2015 y se ordenó el pase del caso al Ministerio Público;
- (ii) **Hipermercado Garzón** ubicado en el Municipio Cabimas del Estado Zulia, respecto al cual se acordó el cierre temporal y multa de 20.000 U.T. en mayo de 2015 por especulación y acaparamiento, siendo que, en este caso, al momento de la fiscalización, detuvieron al Gerente del establecimiento y lo pusieron a la orden del Ministerio Público;
- (iii) **Cauchos Apolo 15**, la cual fue sancionada en febrero de 2015 con multa de 25.000 U.T. por el acaparamiento de 3.000 cauchos y boicot, poniendo a los autores de estos delitos/faltas a la orden del Ministerio Público;
- (iv) **Empresa Distrilago C.A.**, la cual fue sancionada con multa de 50.000 U.T., comiso de la mercancía y ocupación temporal por acaparamiento de leche en polvo (Providencia Administrativa Nro. DNPA/DS/00046/2015 del 28/01/15<sup>3</sup>);
- (v) **Día Día Practimercados**, de la avenida San Martín, el cual fue sancionado con multa de 10.000 U.T. en el mes de septiembre de 2014 por acaparamiento de productos

---

3 Consultada en [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa\\_julio/179086-00805-2715-2015-2015-0578.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa_julio/179086-00805-2715-2015-2015-0578.HTML) (01/11/15).

de la cesta básica, que no eran colocados en los anaqueles para su venta y que, posteriormente, fuera sancionado con ocupación por parte del Estado y paso al control de Productora y Distribuidora Venezolana de Alimentos (PDVAL) en febrero de 2015 por acaparamiento y boicot;

- (vi) **Supermercados Los Andes C.A.**, la cual fue sancionada en el mes de abril de 2014 con medida de venta supervisada por acaparamiento y especulación en virtud del acaparamiento de pollos enteros y el sobreprecio de la carne y el queso;
- (vii) **Frigorífico El Catalán** (estado Anzoátegui), el cual fue sancionado en abril de 2014 con multa de 25.000 U.T. por especulación y usura, igualmente aprehendiéndose a su Gerente y dictándose orden de captura de toda la Junta Directiva del establecimiento<sup>4</sup>.

Estos son algunos de los casos en los cuales, en los últimos dos años, se han aplicado sanciones administrativas a empresas privadas por la comisión de ilícitos de especulación, boicot y acaparamiento, siendo sólo un ejemplo de algunos de los pocos casos en que han sido aplicadas estas sanciones, ya que han sido infinidad los comercios sancionados y muchísimos los operativos aplicados por la SUNDDE a fin de imponer, en ejercicio de sus potestades administrativas sancionatorias, medidas punitivas a los sujetos que cometan dichas infracciones.

El nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (*Gaceta Oficial* Nro. 40.787 del 12/11/2015) pareciera tener la intención de aclarar este aspecto y eliminar la dualidad en la consagración de sanciones penales y administrativas por los mismos supuestos de hecho, y consagradas en la misma norma. Empero, de su normativa se desprende, en forma clara, la existencia de dicha dualidad.

En efecto, si realizamos por ejemplo un análisis del articulado que consagra los ilícitos de especulación y acaparamiento (a los cuales, por razones didácticas, limitaremos el análisis en el presente artículo),

---

<sup>4</sup> Información extraída de la página web de la Superintendencia de Precios Justos: <http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve> (02/11/15).

debemos señalar que los mismos se encuentran consagrados en los siguientes términos:

Especulación:

**Artículo 49.** Quien compre o enajene bienes, productos o presten servicios, con fines de lucro a precios o márgenes de ganancia o de intermediación superiores a los establecidos por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos por regulación directa conforme a los lineamientos del Ejecutivo Nacional o aquéllos marcados por el productor, importador, serán sancionados con prisión de ocho (08) a diez (10) años

...omissis...

5. Además de la sanción establecida en este artículo, podrán ser objeto de medida de ocupación temporal del almacén, depósito, unidad productiva o establecimiento, hasta por ciento ochenta (180) días, prorrogables más multa de un mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) Unidades Tributarias.

La misma sanción será aplicable a quienes vendan bienes o presten servicios a precios superiores a los que hubieren informado a la autoridad competente. La reincidencia en la infracción establecida en este artículo será sancionada con la clausura del almacén, depósito o establecimiento del sujeto infractor, así como la suspensión del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas, en los términos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y su Reglamento.

Si el delito se cometiera sobre bienes o productos provenientes del sistema de abastecimiento del Estado u obtenidos con divisas asignadas por el

Estado, y con ello pretenda obtener ganancia, la pena de prisión será aplicada a su límite máximo. De igual forma, las multas serán aplicadas al doble de lo establecido y los bienes del infractor serán objeto de confiscación, cuando medie decisión judicial y sean cometidos en detrimento del patrimonio público.

**Acaparamiento:**

**Artículo 52.** Los sujetos de aplicación que restrinjan la oferta, circulación o distribución de bienes regulados por la autoridad administrativa competente, retengan los mismos, con o sin ocultamiento, serán sancionados con prisión de ocho (08) a diez (10) años.

Así mismo, serán sancionados con la ocupación temporal del establecimiento hasta por ciento ochenta (180) días prorrogables por una sola vez.

En el caso de los contribuyentes especiales, la infracción prevista en este artículo será sancionada con multa de hasta el veinte por ciento (20%), calculada sobre el valor de los ingresos neto anuales del infractor, en caso que concurren circunstancias agravantes.

En caso de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%), sobre el valor de los ingresos neto anuales del infractor. El cálculo de los ingresos netos anuales a los que se refiere este artículo, será el correspondiente al ejercicio económico anterior a la imposición de la multa.

Igualmente, la reincidencia en la infracción establecida en este artículo será sancionada con clausura del almacén, depósito o establecimiento del sujeto infractor y la suspensión del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades

Económicas, en los términos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y desarrollados en su Reglamento.

Si el delito se cometiera sobre bienes o productos provenientes del sistema de abastecimiento del Estado u obtenidos con divisas asignadas por el Estado, la pena de prisión será aplicada a su límite máximo. De igual forma las multas serán aplicadas al doble de lo establecido y los bienes del infractor serán objeto de confiscación, cuando medie decisión judicial y recaiga directa o indirectamente en detrimento del patrimonio público.

Boicot:

**Artículo 53.** Quienes conjunta o separadamente desarrollen o lleven a cabo acciones, o incurran en omisiones que impidan de manera directa o indirecta la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes, así como la prestación de servicios, serán sancionados con prisión de doce (12) a quince (15) años. Cuando dichas acciones u omisiones hubieren sido cometidas en detrimento del patrimonio público, los bienes serán además objeto de confiscación, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así mismo, serán sancionados con la ocupación temporal del establecimiento hasta por ciento ochenta (180) días prorrogables por una sola vez.

En el caso de los contribuyentes especiales, la infracción prevista en este artículo será sancionada con multa de hasta el veinte por ciento (20%), calculada sobre el valor de los ingresos neto anuales

del infractor, en caso que concurren circunstancias agravantes. En caso de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%), sobre el valor de los ingresos neto anuales del infractor. El cálculo de los ingresos netos anuales a los que se refiere este artículo, será el correspondiente al ejercicio económico anterior a la imposición de la multa.

La reincidencia en la infracción establecida en este artículo será sancionada, con clausura del almacén, depósito o establecimiento del sujeto infractor y la suspensión del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas, en los términos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y desarrollados en su reglamento.

Estas normas parecieran corresponderse plenamente con el deber ser normativo a los fines de evitar la dualidad de las sanciones administrativas y penales, estableciéndose las multas, medidas de ocupación temporal, confiscación, etc., como penas accesorias a las sanciones penales, a ser aplicadas por el mismo juez penal en el marco de sus competencias de juzgamiento.

Sin embargo, el mismo Decreto Ley señala igualmente que estos delitos pueden ser sancionados a su vez como infracciones administrativas, estableciéndose lo siguiente:

- Para el caso de la especulación, el artículo 46, numeral 3, dispone la sanción de multa de entre 500 y 10.000 unidades tributarias para aquellos que incurran en la actuación de *“vender u ofertar bienes o servicios a precios superiores al precio que correspondiere marcar o publicar, según la modalidad de precio que correspondiere”* (sobre este aspecto debemos señalar que el Decreto Ley, al definir especulación en su artículo 49, señala que se considera estamos en presencia de este delito

al “*enajenar o vender bienes o prestar un servicio a un precio superior al estipulado por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos*” (numeral 1), así como “*comercializar bienes o prestar un servicio a un precio superior al fijado como precio máximo de venta al público conforme a la normativa dictada al efecto*” (numeral 2).

- Para el caso del acaparamiento, el artículo 46, numeral 9, dispone igualmente de multas de entre 500 y 10.000 unidades tributarias para aquellos que incurran en la omisión de “*exhibir en sus anaqueles, estanterías o demás mecanismos de acceso al público, determinados productos disponibles en sus depósitos o almacenes, impidiendo a los usuarios el acceso oportuno a dichos productos*”. Asimismo, el artículo 47, numeral 1, sanciona con multas de entre 500 a 30.000 unidades tributarias a aquellos que impidan el acceso a la adquisición de bienes y servicios.

Vemos entonces cómo, a pesar de que la normativa pretendió limitar en principio la sanción por la comisión de ilícitos por especulación y acaparamiento al tema penal, asignándole esta competencia a los tribunales de la República, dicho propósito no fue materializado porque, al establecerse los supuestos por los cuales la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos tiene competencia para sancionar, se incluyó en los mismos los mismos elementos constitutivos de los delitos antes mencionados, pudiendo por tanto establecerse, sobre los mismos hechos, tanto procedimientos administrativos sancionatorios como juicios penales, sin que en ningún caso pueda existir oposición sobre este doble juzgamiento y sobre la doble imposición de sanciones, administrativas por una parte y penales, por otra.

Y es que, entre las sanciones administrativas que son competencia de la SUNDDE, conforme al artículo 38 del mencionado Decreto Ley, tenemos: (i) multas, (ii) Suspensión temporal del Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas, (iii) Cierre temporal de almacenes, depósitos y establecimientos, (iv) ocupación

temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias, comercios y medios de transporte, (v) clausura de almacenes, depósitos y establecimientos, (vi) comiso de bienes y (vii) revocatoria de licencias, permisos y autorizaciones, todas las cuales podrán ser impuestas, en sede administrativa, a aquellos que sean juzgados como culpables de especulación y acaparamiento, por sólo referirnos a los ilícitos objeto del presente estudio.

Adicionalmente, el artículo 11 del mencionado Decreto Ley dispone que, en el marco de las potestades de inspección y fiscalización que posee la mencionada Superintendencia, la misma podrá: (i) Notificar al Ministerio Público sobre las presunciones de ilícitos cometidos por sujetos regulados por dicha ley (numeral 10) y (ii) Requerir el auxilio de la fuerza pública (numeral 7). Ello así, conforme a las amplias potestades de fiscalización y control que posee el órgano rector en materia de precios, el cual podrá, adicionalmente a la imposición de las sanciones administrativas que le correspondan, remitir las actuaciones al Ministerio Público para la imposición de sanciones penales cuando ello resulta aplicable.

Igualmente, al referirse a los actos conclusivos de los procedimientos administrativos sancionatorios instaurados por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), el mencionado Decreto Ley dispone que *“si del procedimiento se evidenciaran elementos que presupongan la existencia de la comisión de delitos de orden público, el acto conclusivo indicará tal circunstancia, y el funcionario actuante ordenará la remisión de una copia certificada del expediente al Ministerio Público”* (artículo 86).

Ello así, queda clara la posibilidad que tiene la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos de aplicar sanciones administrativas cuando se consideren demostrados los ilícitos de especulación y acaparamiento, pudiendo existir igualmente un juzgamiento penal de los mismos hechos, siendo que, además, dicha Superintendencia tiene la competencia (cuando considere que pudiese existir la comisión de dichos ilícitos) de enviar las actuaciones al Ministerio Público a fin de que motorice el juzgamiento penal de los

mismos, originándose por tanto, además de una competencia en cabeza de la SUNDDE, la colaboración en el doble juzgamiento de dichos ilícitos.

En la práctica vemos cómo han existido infinidad de procedimientos penales en los cuales se han impuesto sanciones y medidas cautelares sustitutivas a representantes de empresas por la comisión de esos mismos ilícitos (especulación, boicot y acaparamiento), muchos de los cuales se han iniciado por la determinación de delitos *in fraganti* en el marco de procedimientos de fiscalización realizados en materia de costos y precios, en la mayoría de los cuales han participado representantes del órgano administrativo SUNDDE.

Observamos entonces cómo, en esta materia, se presentan diversos escenarios posibles respecto a la aplicación de sanciones administrativas y penales:

- (i) Que el órgano administrativo sustancie su procedimiento y determine la presunción de comisión de delitos penales, enviando las actuaciones al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes;
- (ii) Que en el marco de procedimientos de fiscalización sean acordadas sanciones administrativas<sup>5</sup> e, igualmente, se determine la comisión de delitos en *flagrancia*, procediéndose por tanto al juzgamiento penal. Sin embargo,

---

5 Recordemos que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos dispone en su artículo 74 que en el marco de las fiscalizaciones realizadas por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, la misma aplicará las sanciones a que haya lugar, siendo que si el particular no está de acuerdo con dichas sanciones, solicitará la aplicación del procedimiento administrativo debido, prescindiéndose por tanto del requisito y garantía del procedimiento administrativo *previo* para la imposición de sanciones. Sin embargo, debemos señalar que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la validez de este *control posterior de las sanciones*, en virtud del contenido social protegido en estas materias, relativas a la seguridad y soberanía agroalimentaria (sentencias del 28/07/10 caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, 04/12/13 caso *Nestlé Venezuela S.A.* y 10/06/14 caso *Moliendas Papelón S.A. (MOLIPASA)*).

en este sentido, debemos indicar que si se apertura un juicio penal para determinar la comisión o no de un delito, y en paralelo el particular solicita la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio para determinar la validez o no de la sanción administrativa impuesta por la SUNDDE, podrían estar en curso, en forma simultánea, un procedimiento administrativo y uno penal, por los mismos hechos, en claro atentado contra el principio del *non bis in ídem*, conforme a su alcance delineado por la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, y

- (iii) Que exista un previo procedimiento penal y, *a posteriori*, se abra un procedimiento administrativo sancionatorio.

Se aprecia entonces cómo, en la actualidad, y en virtud de las propias leyes y jurisprudencia nacional, el principio del *non bis in ídem* ha perdido cada vez más vigencia y fuerza, toda vez que es perfectamente válida la imposición de dos sanciones, una penal y otra administrativa, por los mismos hechos, siendo que incluso la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de imponer dos sanciones administrativas cuando el fin tutelado con cada una de ellas sea diverso, limitándose por tanto, en el caso de la Venezuela actual, el principio del *non bis in ídem* a la imposibilidad de imponer dos sanciones penales por los mismos hechos, siendo por tanto un equivalente a cosa juzgada.

Si bien es cierto que esta política estatal busca establecer controles en aras a garantizar el cumplimiento de la normativa legal es contraria a su vez a la libertad de empresa, dado que la comisión de infracciones (incluso en algunos casos no tan gravosos) puede conllevar no sólo a la imposición de multas mil millonarias que conduzcan un comercio a la quiebra sino a la aplicación de penas de prisión a los dueños y directivos de los comercios, hechos éstos que, en efecto, para una pequeña o mediana empresa, comportaría muy probablemente el cierre de los establecimientos comerciales en forma permanente (Imaginemos el acaparamiento de apenas diez bultos de harina o de pañales que, a pesar de que desde el punto de vista del *quantum* económico y unitario

no es tan alto, representa igualmente un supuesto de hecho penado tanto como delito como falta administrativa por nuestro ordenamiento jurídico).

Resulta necesario efectuar entonces una debida ponderación en el establecimiento y aplicación de las sanciones en aras de garantizar la libertad de empresa y el trabajo conjunto Estado–empresario, lo cual constituye uno de los fines del modelo económico delineado en la Constitución y que, difícilmente, podría materializarse en aquellos casos en los cuales exista una potestad punitiva tan amplia que genere una desaceleración en la iniciativa empresarial privada.

#### **4. Conclusiones**

Debemos hacer descansar nuestras conclusiones en referencia al presente trabajo resaltando que el modelo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce el derecho a la libertad económica, así como derechos íntimamente relacionados a la misma, tales como la propiedad, la libre competencia, la promoción y protección de la pequeña y mediana empresa, entre otros, estableciéndose la necesidad del Estado de promover y fortalecer a la empresa privada y realizar un trabajo conjunto Estado–empresario con miras al desarrollo económico nacional y el logro de los postulados de la denominada *Constitución Económica*.

Sin embargo, en la actualidad venezolana, tanto la normativa legal como la actuación de los diversos poderes públicos (especialmente, del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial) han establecido, a través de la potestad punitiva del Estado, una serie de infracciones administrativas y delitos a quienes, en el ejercicio de su libertad de empresa, realicen conductas que se consideren lesivas al interés general o a los derechos de los particulares, con la particularidad de que cada día son más las normas que establecen sanciones, pasando el Estado a intervenir y regular la mayor parte de las actividades que realizan los particulares.

A este notable intervencionismo debemos sumar la posibilidad de aplicar, por los mismos hechos, sanciones de diversa índole (en particular, penales y administrativas), siendo por tanto que la penalización de las faltas en el marco de la actividad empresarial se vuelve cada vez más intensa; a ello se suma que, en virtud de lo dispuesto por la jurisprudencia nacional, principios como el *non bis in ídem* se limitan sólo a la imposibilidad de establecer dos sanciones penales por los mismos hechos, siendo posible la doble penalización, penal y administrativa, e incluso la doble penalización administrativa cuando los bienes tutelados por las dos sanciones sean distintos.

Ello así, este intervencionismo estatal en la actividad de los empresarios privados, que se evidencia simplemente al ver la televisión día a día (donde son infinidad los operativos organizados por las autoridades públicas para fiscalizar y sancionar al empresario privado) demuestra cómo el modelo constitucionalmente previsto, de apoyo a la empresa privada por parte del Estado, en la práctica no alcanza dicha finalidad, siendo perfectamente admisible preguntarse acerca de la ilegalidad e inconstitucionalidad de la actuación represiva del Estado.

## Bibliografía

**ARAUJO GARCÍA**, Ana Elvira: “La libertad económica y su regulación. Exclusiones”, en *VII Jornadas Internacional de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer – Carías”*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005.

**BREWER-CARIÁS**, Allan Randolph: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios de Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

**Código Penal**. Gaceta Oficial Nro. 5.768 Extraordinaria del 13/04/05.

**Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial Nro. 5.908 Extraordinaria del 19/02/09.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 6.156 del 19/11/14.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 40.787 del 12/11/15.

Decreto Presidencial Nro. 6.656 publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.150 del 31/03/09.

Decreto Presidencial Nro. 7.751 publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.538 del 26/10/10.

Decreto Presidencial Nro. 7.712 publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.528 del 11/10/10.

**GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo. II*, editorial Thomson Civitas, Madrid, España, 2004.

**HERNÁNDEZ GONZÁLEZ**, José Ignacio: *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 5.561 del 28/11/01.

Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial Extraordinaria Nro. 5.990 del 29/07/10.

Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Gaceta Oficial Nro. 39.358 del 01/02/10.

**PEÑA SOLÍS, José:** *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

**SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso:** *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, 2005.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 07/08/01 caso *Código de Policía del Estado Bolívar*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06/04/01 caso *Manuel Quevedo Fernández*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 13/11/01, caso *Pedro Alid Zoppi y otros*.

Sentencia de la Sala Constitucional del del Tribunal Supremo de Justicia del 17/07/02, caso *William Claret Girón y Edgar Morillo*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20/02/03, caso *Ricardo Sayegh Allup*.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 21/04/05, caso *Daniel Lino José Comisso Urdaneta*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 01/02/06, caso *Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06/08/08, caso *Nidia Gutierrez de Atencio y otros*.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 28/07/10 caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 30/03/11, caso *Seguros Altamira C.A.*

Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 31/01/13, caso *Mapre La Seguridad C.A de Seguros.*

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 04/12/13 caso *Nestlé Venezuela S.A.*

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 10/06/14 caso *Moliendas Papelón S.A. (MOLIPASA).*

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 12/08/14, caso *Julio Cesar Rojas Velásquez.*

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17/09/14 caso *Industrias Venoco C.A. y otros.*

<http://www.badellgrau.com/?pag=59&ct=984>

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/179086-00805-2715-2015-2015-0578.HTML>

<http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve>



# ORDEN CONSTITUCIONAL Y JUSTIFICACIÓN POLÍTICA DE LAS NORMAS PENALES DE EMERGENCIA EN EL ÁMBITO ECONÓMICO VENEZOLANO

---

Liliana Vaudo Godina \*  
lvaudo@unimet.edu.ve

Carmen Alguíndigue Morles \*\*  
calguindigue@unimet.edu.ve

## Resumen

Una de las formas de medir la democracia en el ámbito jurídico del Estado es por la manera con la cual se crean normas en el ámbito penal acordes con los parámetros de respeto a los Derechos Humanos, la soberanía popular y la garantía de supremacía constitucional. La tendencia observada en el ámbito regulatorio, en los últimos quince

---

\* Abogado UCV. Doctora en Derecho UCV. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Diplomada en Valores Humanos Universidad Santa Rosa. Diplomada en Docencia Policial UNES. Diplomada en “El rol del Juez en el juicio oral” para facilitadores del Sistema Judicial en la Universidad de Puerto Rico. Profesora de pregrado y postgrado UNIMET. Facilitadora de la Escuela Judicial del Consejo de La Judicatura. Juez Superior Penal jubilada. Juez de Primera Instancia de Juicio y Control. Juez itinerante nacional en lo penal. Sustanciadora y Relatora Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura.

\*\* Abogado, UCV. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV. Especialista en Gerencia de Auditoria de Estado USB. Doctoranda en la Universidad Central de Venezuela. Jefe del Departamento de Estudios Jurídicos y del Departamento de Derecho Internacional Unimet. Profesora pregrado y postgrado de la Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Ex Directora General de Actuación Procesal Ministerio Público, ex Fiscal de Proceso Penal y ex Directora de Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia. Capacitadora en Materia de Reformas Penales Latinoamericana del Centro de Estudios Jurídicos de las Américas. Asesora en materia penal corporativa.

años, es de un excesivo control y persecución de la actividad empresarial, suprimiendo la iniciativa económica de los particulares mediante la imposición de penas como consecuencia de infracciones de naturaleza administrativas (responsabilidad objetiva). En tal virtud, el propósito central del presente artículo es determinar si la postura asumida por Venezuela para controlar y castigar la criminalidad empresarial y sus efectos adversos es consona con los preceptos destinados a regular el orden económico contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

**Descriptor:** Constitución Económica, criminalización, libertad de empresas, responsabilidad objetiva.

**Constitutional order and criminal policy's justification for  
emergency regulations in the Venezuelan economic sphere  
Abstract**

Democracy in the legal field can be measured by the way the State draws criminal law, respecting Human Rights, popular sovereignty and constitutional supremacy. Certain tendencies in the economic sphere during the last fifteen years show excessive control and persecution of business activity, suppressing private economic initiative by imposing penalties as a result of administrative offenses (the so-called "strict liability").

Thus, the main purpose of this article is to see whether the position taken by Venezuela in the control and punishment of corporate crime and its adverse effects is conceived according to constitutional rules intended to regulate the economic order in the Republic of Venezuela.

**Descriptors :** Economic Constitution , loyalty, freedom of enterprises , strict liability.

El comportamiento del marco regulatorio dentro del ordenamiento jurídico y, en especial, en el ámbito jurídico penal en los últimos

años, a partir de leyes habilitantes, ha generado una serie de Decretos-Leyes por parte del Ejecutivo Nacional que indebidamente, y violando el principio de legalidad de los delitos y las penas, establece sanciones mediante responsabilidad objetiva, destinados a castigar a los actores dentro del medio empresarial, incluso de manera discriminatoria con relación a los actores del ámbito público.

### **1.-Nociones generales sobre la Constitución Económica y sus principios regulatorios**

El fenómeno de la utilización del Derecho Penal de manera simbólica no es novedoso. Reconocidos doctrinarios han explicado la tendencia partiendo de la pretendida intención de los estados en aparentar seguridad o control sobre determinadas esferas de las cuales son responsables. Para Hassemer, por ejemplo, *La soberanía popular, la fuerza de la democracia viene de la duda sobre lo correcto, sobre la proporción para tomar decisiones en tiempos de incertidumbre*, indicando en otro orden de ideas que el Derecho Penal suele convertirse en simbólico con la finalidad de plantear objetivos amplios que van desde generar temor en la población o producir la sensación de seguridad, sin que dentro de estos objetivos se encuentre realmente presente la necesidad de tutelar bienes jurídicos (1991, p.30).

De esta forma, a los fines de medir la fuerza de la democracia con respecto a la creación de normas en el ámbito jurídico penal, concretamente dentro del desarrollo de la actividad económica, se requiere tomar en consideración tres aspectos fundamentales:

- a.- La tutela de Derechos Humanos;
- b.- La preeminencia del Estado de Derecho, y
- c.- La separación de poderes.

La Constitución, creada por la soberanía popular, se halla situada en el escalafón más alto de la pirámide normativa. De esta manera, para definir lo que entendemos por democracia, debe existir una vinculación

con ese poder originario del cual emana la Constitución y se erige por encima de ésta. Ello genera como conclusión que sólo el pueblo es capaz de crear, modificar y cambiar la Constitución.

Por lo tanto, la Constitución es un texto solemne que no puede ser modificado por los órganos del poder público constituido, ya que el mismo es creado y se encuentra subordinado a ella. La Constitución, al conformar un programa de Estado creado por voluntad popular, es el que fija las reglas básicas que habrán de regir al Estado, viéndose sus entes y órganos mandatarios sujetos a la Constitución, los cuales no pueden ejecutar actos en contravención a las disposiciones constitucionales.

Para Konrad Hesse (1983), toda la actuación estatal se mide por el principio de Estado de Derecho, incluyendo los valores superiores y principios objetivos básicos.

En Venezuela el artículo 2 de la Constitución consagra:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (1999).

## **2.- El control jurídico de la constitucionalidad de las normas que regulan el ámbito jurídico penal económico**

El principio de separación de poderes, junto con el de legalidad de los delitos y las penas (éste último previsto en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución), es la garantía institucional básica del Estado Constitucional de Derecho. Según Ferrajoli resulta indispensable que exista la efectiva limitación del poder y se puedan restablecer las violaciones a normas y principios constitucionales. En tal sentido, la

Constitución contempla un control constitucional por vía judicial previsto en Venezuela desde la Constitución de 1811 (artículos 199 y 227). Llama la atención que, desde nuestra primera constitución, se estableciera la supremacía constitucional y la consecuencia de nulidad de todo acto que se dicte o ejecute en contravención a la misma.

En Venezuela se contempla un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia de la siguiente manera:

- a. Un Estado de Justicia, basado en la solidaridad y en el imperio de la ley.
- b. Equilibrio entre la función social del Estado y la propiedad privada de los medios de producción.
- c. El desarrollo de la responsabilidad social individual y empresarial para la consolidación de un Estado Social que, sometido al principio de legalidad, permite la conformación del Estado de Derecho.

Trasladando todos estos fundamentos al ámbito de regulación económica, el artículo 299 constitucional contempla una serie de basamentos que definen el sistema económico venezolano:

- a. Principios de: “justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad”;
- b. Finalidad: lograr el desarrollo humano integral y satisfacción de la colectividad;
- c. Régimen constitucional y político propio de una sociedad democrática, en el marco de un Estado Social de Derecho y con un modelo económico caracterizado por la presencia de:
  - c.1.- Libertad económica conforme a lo establecido en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y
  - c.2.- La intervención del Estado para asegurar la justicia social.

En tal sentido, es dable hablar de la existencia en nuestro país de una **Constitución Económica**, la cual tiene un carácter flexible, pues consagra un sistema económico que se “fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad y planificador de la misma con la participación de la sociedad” (Brewer Carías, A, 2000). De esta forma, vemos que la misma contempla una serie de normas que regulan el ámbito económico, a saber:

- a.- Preámbulo: Principio de Solidaridad;
- b.- Art. 112: Libertad de empresas;
- c.- Art. 113 y Disposición transitoria decimoctava: Libre Competencia;
- d.- Art. 114: Ilícitos económicos (la usura, la especulación, el acaparamiento y otros delitos conexos);
- e.- Art. 317: Evasión fiscal como hecho punible;
- f.- Art. 118: Economía popular y alternativas;
- g.- Art. 123: Derechos económicos del pueblo indígena, y
- h.- El Sistema Socioeconómico desarrollado en el Título VI, Capítulo I de la Constitución, en el cual destaca que se encuentra fundamentado en principios de *justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad.*

El Estado programa la economía y, a su vez, interviene en ésta como un actor más. La participación del Estado tiene como fin el bienestar de los ciudadanos, en este caso referido al beneficio socioeconómico, lo cual, bajo ningún concepto, significa que estemos frente a una Constitución socialista sino ante un Estado Social de Derecho y de Justicia Social.

Todos los ciudadanos tienen el derecho, en cualquier democracia con base en la Constitución, a participar en el poder político y en el

ámbito económico para que las decisiones se tomen con mayor eficiencia y permitan mantener costos más bajos, así como para garantizar la incorporación constante de nuevas formas de *marketing*, avances tecnológicos en la producción, entre otros, hallándose obligados los poderes públicos constituidos a otorgar los recursos y beneficios destinados a lograr el bienestar de la sociedad.

Si tomamos como modelo el artículo 2 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea de 1957 advertimos que, entre sus objetivos, figura la promoción del desarrollo armónico de las actividades económicas, su estabilidad y expansión continua, así como la elevación del nivel de vida de los ciudadanos, mayor justicia económica y social y mejora de las condiciones de vida y empleo, permitiendo así que todo aquel que desee competir en el mercado económico pueda hacerlo, pero respetando las reglas de lealtad.

El Estado debe proteger de esta forma la actividad empresarial y fomentar la libre competencia con las regulaciones correspondientes, en la medida en que una mayor competitividad favorece siempre la producción de mayor cantidad y mejores productos, debido a que el competidor se ve obligado a mejorar la calidad de los bienes y servicios que ofrece a favor del bienestar del consumidor. Esta tutela de la actividad productiva generará mayores proveedores y, en consecuencia, mayor competencia.

Proteger al mercado contra monopolios, oligopolios, conductas fraudulentas o corrupción es indispensable pero sin dejar de lado la importancia que, para el desarrollo económico del país, tiene el desarrollo de las empresas con el fin de optimizar las condiciones en que ofrecen sus bienes o servicios, todo lo cual guarda relación con los fundamentos de la libre competencia que permiten el desarrollo económico del estado.

### **3.-Modelo de regulación de empresas en el Tratado de Roma**

Con base en el Tratado de Roma, existe una serie de actuaciones que deben regularse para controlar ciertas actividades de las grandes empresas, tales como:

- a) Los acuerdos restrictivos, consistentes en acuerdos de competencia desleal entre empresas, castigados en muchos países, incluso por leyes contra la corrupción cuando se otorguen concesiones sin cumplir con el debido proceso de licitación;
- b) Las posiciones dominantes en el mercado, entre cuyos supuestos se encuentran los monopolios y los oligopolios;
- c) La concentración de empresas –proceso externo de acumulación-. En los casos de empresas filiales – dependientes de una casa matriz- ello ocurre cuando se constituyen empresas distintas o cuando se fusionan o se adquieren las empresas productoras de los mismos bienes o prestación de servicio a fin de eliminar la competencia.

### **4.- Intervención del sistema del sistema penal en la regulación de la actividad económica**

Retomando lo señalado por Hassemer (1995), la utilización del simbolismo en el Derecho Penal con una justificación que persiga diferentes fines político-criminales distantes de la tutela de bienes jurídicos, abarca, entre otros aspectos, los siguientes:

- a.- Leyes de declaración de valores: Por ejemplo, en nuestro caso sería la corrupción entre particulares que contempla, por un lado, lo que exige la lealtad en la competencia y, por otro, protege el sistema económico;

- b.- Leyes que denomina de apelación moral y que responden a exigencias tales como derechos colectivos de tercera generación, colocando como ejemplo el derecho penal ambiental dirigido muy especialmente a las personas jurídicas a fin de que sus directivos, socios, administradores adquieran conciencia ecológica, siendo implementada de manera expresa la responsabilidad objetiva;
- c.- Incluye igualmente lo que denomina “Respuestas sustitutorias del legislador”, evidentes en nuestros Decretos-Leyes dictados por el Ejecutivo como “leyes de crisis” y que, en el caso de Venezuela, se hacen evidentes en el paquete de normas creadas y/o modificadas por vía de Ley Habilitante en estos últimos años, tales como la Ley Orgánica de Precios Justos, La Ley contra la Corrupción, Ley de Instituciones del Sector Bancario, Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, Código Orgánico Tributario e, incluso por vía legislativa, la Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo. En esta última se excluye de manera expresa de su ámbito de aplicación a las empresas del Estado, creando discriminación respecto a las empresas privadas y fomentando la impunidad en el ámbito público, contemplando además tipos penales sujetos a la discrecionalidad del juez junto con la supresión de garantías en el otorgamiento bien sea de beneficios procesales o de fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena.

La pretendida validez de estos modos de actuar en el ámbito de creación regulatoria y sancionatoria suele venir acompañada de justificaciones tales como:

- a.- Aumento progresivo de las conductas fraudulentas en el ámbito económico y desestabilización económica;
- b.- Modernización del Sistema Penal;
- c.- Surgimiento de tipos penales entre los cuales destacan:

- c.1.- Delitos societarios;
- c.2.- Delitos laborales (trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene necesarias, cumplimiento de órdenes de reenganche de los trabajadores);
- c.3.- Delitos de quiebra (Quiebra fraudulenta prevista en el Código de Comercio);
- c.4.- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial;
- c.5.- Delitos contra el orden económico (monopolios y oligopolios);
- c.6.- Delitos contra el consumidor (usura, acaparamiento, oferta engañosa), y
- c.7.- Delitos cometidos en la actividad de intermediación financiera (intermediación financiera irregular).

Si nos colocamos en la posición de preguntarnos si ciertamente el derecho penal es la respuesta o la solución a esta modalidad de delitos, no podemos dejar de lado que la responsabilidad en los supuestos de delitos económicos se genera a partir del tratamiento en el ámbito civil hasta llegar a la responsabilidad penal, pasando por las sanciones administrativas cuya preferencia significaría reportar mayores beneficios a la sociedad al generar ingresos al erario público a favor de los administrados. A pesar de tales regulaciones el derecho penal económico emerge como alternativa viable para la solución a los delitos económicos, especialmente los ejecutados desde las empresas o a través de mecanismos tecnológicos que superan las barreras fronterizas y pueden causar extensos daños sociales, políticos y económicos, y ello es debido a que:

- a.- La realidad de la criminalidad de empresas puede ir más allá del mercado;
- b.- Con la evolución de la tecnología se incorporan nuevas conductas típicas a partir de los delitos de

cuello blanco que repuntó a mediados del siglo XX, y

- c.- Los considerables daños pueden llegar a incidir sobre el desarrollo socioeconómico.

Sin embargo, en otras realidades caracterizadas por niveles distintos a los nuestros en términos de libertad y estabilidad económica, la tendencia se dirige a la creación de leyes administrativas.

### **5.- Sistema Penal y sanción de la actividad empresarial en Venezuela**

En realidades como la nuestra la tendencia es a crear delitos dentro de leyes diseñadas para materias propias de la regulación administrativa del Estado, desapareciendo así el principio de mínima intervención y última ratio del Derecho Penal. En innumerables casos se violentan los principios y garantías constitucionales, luciendo confusa la individualización de la pena por la multiplicidad de autores y partícipes involucrados. Por otra parte, tampoco se respetan los principios de lesividad, legalidad y culpabilidad sino que existe una creciente tendencia a responsabilizar de manera objetiva con la excusa de tutelar intereses difusos y colectivos - de manera preferente la estabilidad económica-, dándole a la misma un valor de bien jurídico superior incluso al del respeto a la vida y la libertad, tal como ocurrió en el año 2011, con la sentencia dictada por la Sala Constitucional en el caso Dickson-Fernández Berruecos, cuando abiertamente violó el principio de sucesión temporal de leyes e irretroactividad, al darle vida a una ley que ya había sido derogada por tres reformas posteriores, dos de 2010 y una de 2011, en lugar de aplicar a los encausados la ley que les fuere favorable, es decir, la reforma de diciembre de 2010 mediante la cual fueron despenalizadas las conductas de distracción y apropiación indebida de fondos de los clientes.<sup>1</sup> En tal sentido señaló:

---

1 Sala Constitucional. 2011. Sentencia 794 -caso de los banqueros Dickson-Fernández- Expediente N° 11-0439 del 27 de mayo de 2011.

## DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

- 1.- AVOCA el conocimiento de la presente causa.
- 2.- Se DESAPLICA por control difuso de la constitucionalidad el ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia.
- 3.- Se DECLARA, con carácter vinculante, la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008, y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal.
- 4.- Se ORDENA la remisión de la presente causa y de los expedientes que la integran, a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia para que la misma siga su curso en el estado en que se encuentra
5. Se ORDENA la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Judicial y la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente:  
“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para

las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se desaplica por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010”.

Muestra de ello es el más de centenar de leyes que contemplan tipos penales creadas con base a la doctrina de los vidrios rotos o tolerancia cero, siguiendo los parámetros del derecho penal del hecho a fin de castigar el hecho sin importar el vínculo subjetivo volitivo del autor, siendo generalizado a todo el Derecho Penal, al punto de ser aplicada a la delincuencia común como arma de exclusión, tal como las situaciones observadas con el tipo penal de asociación aplicado a los empresarios por medio de la “Ley contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo”, que busca reprimir todas aquellas conductas –en este caso el ejercicio del derecho a la libertad económica– que en un momento determinado resulten incómodas al grupo político dominante que ha pretendido imponer un modelo económico distinto al previsto en la Constitución.

## **6.- La jurisprudencia como base de la penalización de la actividad empresarial en Venezuela**

A fin de reforzar la tendencia a la penalización de la actividad empresarial resulta pertinente hacer referencia a la sentencia n° 834, emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 18 de junio de 2009, que le ha servido de mecanismo para instaurar procesos en contra del ejercicio de la actividad económica, debido a que mediante esta decisión la Sala estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>2</sup>. Esta sentencia, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, llevó a Venezuela a formar parte del grupo de países –anglosajones, España, Francia, entre otros– que admiten que

---

2 Sala Constitucional. 2009.-Caso Corpomedios- expediente 03-0296. Nro 834. 18 de junio de 2009.

las personas jurídicas son responsables penalmente, apartándose de esta forma del principio *societas delinquere non potest*.

La sentencia expresa, entre otras cosas:

En cuanto a la violación del principio de intrascendencia de las penas, previsto en el artículo 44.3 constitucional, por cuanto las personas jurídicas, en concepto de los solicitantes no son susceptibles de ser imputadas penalmente, esta Sala debe referir lo siguiente:

En la dogmática penal el juicio de imputación tiene un contenido axiológico, en el sentido de que a través del mismo se coloca en relevancia el significado de la relación de causalidad en el ordenamiento jurídico, pues efectúa la verificación de una relación jurídica especial entre la acción y el resultado, prescindiendo de la constatación de la relación causal. Así, en los procesos penales que conducen a un resultado lo que se trata de comprobar es la valoración de la relación causal, libre de razones filosóficas.

Así entonces, la teoría de la adecuación típica se resuelve a través de la teoría de la imputación y no a través de la teoría de la relación causal; ubicándola en el plano valorativo y atendiendo a un concepto moderno y social de la acción, llamado también teoría objetivo-final de la acción. Según esta concepción los hechos o acciones deben concebirse como fenómenos naturales de la vida social y la responsabilidad penal debe ser entendida -en su función social- como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Ello significa que la discusión dogmática cede ante los problemas sociales, siendo el resultado de un cambio de

paradigma cuya legitimidad viene dada por la capacidad de resolver los problemas que se plantean espacio-tiempo.

Tal postura, de cara a una concepción laxa de la responsabilidad penal, permite reorientar el concepto de imputación en la teoría del delito fracturando las estructuras ontológicas del Derecho Penal para concluir que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal -imputabilidad-, puesto que la culpabilidad ya no se concibe como un juicio de reproche eminentemente personal sino como un juicio que -en tanto función social- protege preventivamente los bienes jurídicos, siendo que la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean estas naturales o jurídicas; aceptar lo contrario y aferrarse al principio tradicional *societas delinquere non potest* implicaría -frente a novedosas formas de criminalidad- dotar de impunidad a los entes colectivos y convertirlos así en gérmenes para la sociedad.

A esa nueva dimensión de la responsabilidad penal apunta el Derecho Comunitario de la Unión Europea, que estipula la responsabilidad de las personas jurídicas, entendidas como una unidad económica. Así merece destacar las siguientes sentencias del Tribunal de la Comunidad Europea, recaídas en los casos: *Christiani & Nielsen* del 18 de junio de 1969, *Farbstoffe* del 24 de julio de 1969; *Johnson & Johnson* del 25 de noviembre de 1980; *Moët & Chandon* del 27 de noviembre de 1987; *AEG* del 6 de enero de 1982 y *Zinc Producer Group* del 6 de agosto de 1984.

En cuanto al principio de intrascendencia de las penas debe precisarse que el mismo dispone

que la pena no se transfiere, no comprende a terceros; de esta manera las penas son personales e intransferibles; excluyendo así la responsabilidad penal por acciones u omisiones de otros y hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal; de allí que la Sala observa que la disposición normativa impugnada no consagra en su texto ni tampoco puede inferirse la imposición de penas a terceros ajenos a la actividad o servicio propio de las telecomunicaciones, pues la sanción está destinada al prestador del servicio de telecomunicaciones una vez que se ha comprobado la infracción administrativa o penal según sea el caso.

La Sala Constitucional sostiene que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal, considerándose así que la culpabilidad ya no se concibe como un juicio de reproche personal sino que abarca la protección de bienes jurídicos, debiendo abandonarse el principio tradicional de la teoría clásica *societas delinquere non potest*, según la cual las personas jurídicas no delinquen. La Sala cita una serie de decisiones de la jurisdicción de la Comunidad Económica Europea, algunas de ellas de mediados del siglo XX, las cuales resuelven conflictos que distan de constituir procesos penales y entre los cuales se encuentran: *Christiani & Nielsen* del 18 de junio de 1969; *Farbstoffe*, del 24 de julio de 1969; *Johnson & Johnson*, del 25 de noviembre de 1980; *Moët & Chandon*, del 27 de noviembre de 1987; *AEG*, del 6 de enero de 1982, y *Zinc Producer Group*, del 6 de agosto de 1984.

La Sala se refiere a estos casos fuera de contexto ya que, carente de toda motivación, no establece qué parte de esos pronunciamientos sirven de base al fallo de la Sala ni de qué modo las mismas son aplicables e influyen en el caso que se ventila, por lo cual, la decisión se funda en un falso supuesto de errónea aplicación. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Comisión se rigen por el Tratado

de Roma de 1957 y sus funciones son anulatorias y de resolución de conflictos, y no las de un tribunal penal.

La Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hace alusión a decisiones de la Comunidad Económica Europea que resuelven que, en acciones concertadas entre sociedades filiales controladas por una casa matriz, no se configuran los acuerdos previstos en el artículo 85.1 del Tratado de Roma, en las cuales se indica que según la Comisión y el Tribunal de la Comunidad Económica Europea debe entenderse que las filiales (que eran las partes en los casos a que se refiere la Sala Constitucional en la sentencia *in comento*) no son empresas autónomas, criterio que colide incluso con lo que pretendiera sustentar la Sala Constitucional. Hacemos referencia a esto ya que la Sala Constitucional, partiendo de un falso supuesto, tomó las anteriores consideraciones para establecer que en Venezuela debía prevalecer el criterio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando ninguna de las decisiones mencionadas –jamás citadas en contexto– aluden a responsabilidad penal alguna.

La Comisión, el 18 de junio de 1969, en lo que se considera la primera decisión emitida en tal sentido en el caso *Christiani et Nielsen*, señaló:

El art. 85 no contempla acuerdos ni prácticas concertadas entre empresas que pertenecen a un mismo grupo en tanto que sociedades madres y filiales, si las empresas forman una unidad económica en el interior de la cual la filial no goza de una autonomía real en la determinación de su línea de acción sobre el mercado y si estos acuerdos o prácticas tienen por fin establecer un reparto interno de las tareas entre las empresas.

Estos argumentos de la Comisión en nada guardan relación con lo expresado por la Sala Constitucional en la sentencia N° 834. Por otra parte, tampoco el artículo 86 de la Convención contempla ninguna regulación de carácter penal, ya que dicha norma señala expresamente lo siguiente:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir particularmente en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, al mercado o el desarrollo único en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación por parte de los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Se trata en consecuencia de normas regulatorias de la lealtad en las actividades comerciales, estando prohibidas las posiciones absolutas y unilaterales en la determinación del precio, así como la restricción de la libertad de elección a los consumidores frente a varios competidores. Dichas situaciones se resuelven en todo caso por la vía arbitral, estableciendo responsabilidades y mecanismos de resarcimiento, mas no con base en sanciones penales.

En tal virtud, la posición que debe prevalecer en Venezuela es que sea el órgano legislador el que asuma su rol de crear las disposiciones legales tanto en el ámbito social como en el sancionatorio, respetando el derecho constitucional de ejercer la actividad económica lícita con las solas limitaciones que establecen los derechos de los ciudadanos, sin que ello constituya una práctica persecutoria contra las empresas, imponiendo a éstas las obligaciones y sanciones administrativas pertinentes, salvo que medie fraude u otro proceder doloso, para lo cual, como último recurso, podrá hacerse uso del Derecho Penal dotado de criterios de racionalidad y respeto por los principios generales inspirados en la proporcionalidad. De lo contrario, estaríamos en presencia de la violación de las garantías y derechos insertos en el modelo de Estado constitucional, el cual se deriva de la Constitución vigente.

En la actualidad al menos un centenar de empresas se encuentran siendo investigadas por el Sistema Penal. Los Informes Anuales del Ministerio Público 2012-2014 reportan más de cuarenta detenciones y /o imputaciones sobre ciudadanos vinculados a las empresas o personas jurídicas y alrededor de sesenta o más medidas cautelares personales o patrimoniales. En la mayoría de los casos, las investigaciones corren la suerte de los delitos ordinarios, es decir, que un escaso número llega a juicio y los que obtienen una sentencia condenatoria son resultado de admisiones de hecho.

En un país donde es notoria la escasez de productos y el sobreprecio de las mercancías básicas, resulta inclusive evidente la selectividad sobre los casos que llegan a conocimiento del Sistema Penal y la desaplicación, flagrante y reiterada, de las normas, sin ningún tipo de consecuencias jurídicas. Sólo por mencionar un caso, a continuación se presenta uno reportado en los boletines de prensa del propio Ministerio Público<sup>3</sup>:

El Ministerio Público logró privativa de libertad para el director general del supermercado Día Día, Manuel Andrés Morales Ordosgoitti, quien fue detenido el pasado 02 de febrero, por presuntamente

---

3 [http://www.mp.gob.ve/web/guest/buscador/-/journal\\_content/56/10136/6997971](http://www.mp.gob.ve/web/guest/buscador/-/journal_content/56/10136/6997971)

incurrir en irregularidades en la distribución de productos de primera necesidad. En la audiencia de presentación, el fiscal 73° nacional, Israel Paredes, imputó al hombre por la presunta comisión de los delitos de boicot y desestabilización de la economía. Tales delitos se encuentran previstos y sancionados en la Ley Orgánica de Precios Justos.

Una vez evaluados los elementos de convicción presentados y tras la solicitud del fiscal, el Tribunal 36° de Control del AMC dictó medida privativa de libertad contra Morales Ordosgoitti, quien fue recluido en la sede del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin), ubicada en El Helicoide. Según la investigación preliminar, la noche del pasado domingo 01° de febrero, funcionarios de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos realizaron una inspección en los galpones del mencionado supermercado, ubicado en la avenida principal de La Yaguara, municipio Libertador del Distrito Capital, donde fueron localizadas toneladas de productos de la cesta básica. Durante el procedimiento, los inspectores detectaron irregularidades en el proceso de distribución de la mercancía. Al día siguiente, Morales Ordosgoitti fue detenido por funcionarios del Sebin y puesto a la orden del Ministerio Público”

Los delitos que se le imputan son los de boicot y desestabilización de la economía, previstos y sancionados en los artículos 60 y 61 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de noviembre de 2014. El artículo 60 del Decreto-Ley, reformado por Decreto presidencial 2092, Gaceta Oficial 6202 Extraordinaria del 8 de noviembre de 2015, establecía una pena entre 10 y 12 años de prisión para el delito de boicot, multa y 180 días de ocupación de

bienes con posible clausura del local, lo cual sólo puede aplicarse como pena accesoria de una sentencia condenatoria; dicha penalidad fue recientemente reformada (como se lee del artículo 53 del Decreto Ley recién publicado), aumentando la sanción corporal entre 12 y 15 años de prisión<sup>4</sup>.

El boicot fue incorporado como práctica económica ilícita en el Sherman Act de 1890, siendo ésta una práctica ilícita que se lleva a cabo por dos o más empresas contra otra empresa a fin de perjudicar la actividad del competidor en el mercado o su salida de éste, cerrando el mercado respecto de determinado insumo, siendo castigada la conducta desleal anticompetitiva como delito; por lo cual, a todas luces, el delito se encuentra mal definido dentro del Decreto Ley en virtud de no poder ser ejecutado por un solo agente comercial sino por una pluralidad de actores, en tanto que tampoco se trata de una conducta dirigida contra los usuarios sino una modalidad dentro de la competencia desleal en perjuicio de la libertad de empresa.

Llama especialmente la atención la calificación adicional que se otorga al tipo penal consistente en la finalidad de cometer el delito con el objeto de desestabilizar la economía, que resultaría un subtipo agravado ya sea el boicot, el acaparamiento, la especulación, el contrabando de extracción, la usura, la cartelización o cualquier otro delito conexo, cuando dicha conducta produzca la alteración de la paz y atente contra la seguridad de la Nación, lo cual conlleva a que se aplique la pena máxima prevista para el delito, lo cual, además, tiene como consecuencia el efecto confiscatorio de los bienes *a priori* sin que medie una sentencia penal condenatoria definitivamente firme. Esto deja a total discreción del juez subsumir cualquier conducta que, a su libre conveniencia, sirva para completar un tipo penal abierto con la única finalidad de lograr la confiscación de los bienes.

Desde el punto de vista adjetivo se observa que la detención se efectuó al día siguiente de tenerse conocimiento de los presuntos hechos, por lo cual no existió flagrancia. La misma se realizó luego de una orden

---

4 Presidencia de La República. (2015) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial 6202 E.

emitida, horas antes, por el Presidente de la República en una plenaria del PSUV<sup>5</sup>. Seis días después detuvieron al apoderado judicial de la empresa siendo que la acusación contra ambos se consignó 50 días luego de la detención<sup>6</sup>, lo cual viola lo establecido en el artículo 236 del Decreto con rango, valor y fuerza de ley del Código Orgánico Procesal Penal, que señala como tiempo máximo para presentar la acusación un lapso de 45 días; finalizado éste, sin que se consigne la acusación, la persona debe quedar de inmediato en libertad por decaimiento de la medida de coerción personal. Sin embargo, nada de ello se cumplió siendo que, a la fecha, aún sigue detenido, esperando la realización del juicio. Se trata, como puede verse, de una situación que viola flagrantemente el debido proceso previsto en el artículo 49 constitucional.

En el caso referido se evidencia, además, que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos -inconstitucional a todas luces por emanar del órgano ejecutivo violando el principio de reserva legal y contraviniendo la norma constitucional en cuanto a las exigencias que debe cumplir todo cuerpo legislativo de carácter orgánico- incorporó la norma del artículo 90, la cual excluye de cualquier beneficio procesal a quienes sean enjuiciados por estos delitos, fruto de la incorporación del expansionismo en el derecho penal, dentro de un sistema cada vez más distanciado –incluso totalmente opuesto- de los postulados garantistas de progresión de los derechos humanos.

### Conclusión

De todo lo expresado concluimos que la tendencia político-criminal actual de nuestro Estado viene dada por una creciente represión contra las empresas, particularmente la privada, la cual es objeto de un constante

---

5 <http://www.eluniversal.com/economia/150202/maduro-ordena-la-ocupacion-de-los-36-practimercados-dia-a-dia> De la misma forma, también ordenó que sean detenidos sus directivos. Esto lo declaró desde la plenaria extraordinaria del Psuv Por otra parte, con relación al procedimiento abierto a la cadena de tiendas Farmatodo, indicó que esas tiendas "deben permanecer en manos de sus directivos", declaración que descarta una posible expropiación a corto plazo.

6 [http://www.mp.gob.ve/web/guest/buscador/-/journal\\_content/56/10136/6997971](http://www.mp.gob.ve/web/guest/buscador/-/journal_content/56/10136/6997971)

acoso y asfixia normativa penal debido al auge de sanciones, algunas de ellas repetidas. Como consecuencia, se genera el paso al control y la represión, operando el sistema penal como industria de reproducción de la verticalidad que se traduce en una mayor injusticia social producto de la violencia institucionalizada.

Las normas penales son, en su mayoría, dictadas mediante Decretos-Leyes de emergencia por parte del Ejecutivo, en contravención al principio de legalidad, lo cual evidencia una pérdida del control sobre la prevención del delito por parte de los órganos del poder público debido a la carencia de eficacia en sus políticas, que sólo evidencian crisis de gobernabilidad. Contra este obrar a los administrados sólo le queda solicitar el control difuso de constitucionalidad de las mismas ante los jueces que conozcan sus causas –apelando a la conciencia de los mismos- para desaplicarlas al caso concreto o pedir su nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

### **Bibliografía**

Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria, 24 de marzo de 2000.

Asamblea Nacional (2012) *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*. Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012. Imprenta Nacional. Caracas.

Bellamy, Ch., y Child, Graham, *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. Eric Picaiiol, Madrid, Civitas, 1992, pag. 68.

Borrego, Carmelo, Bello, Carlos, Rosales, Elsie. (1992) *Derecho Penal y Constitución -leyes colaterales, Proyecto Sosa Tamayo y Constitución*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, N° 84. [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/84/rucv\\_1992\\_84\\_283-356.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/84/rucv_1992_84_283-356.pdf)

Comunidad Económica Europea (1957) *Tratado de la Comunidad Económica*. Roma 1957.

Ferrajoli, Luigi: (2004). *Derechos y Garantías Constitucionales. La ley del más débil*. Trotta. Madrid.

Font Galán, Juan Ignacio, (1986) *La libre competencia en la comunidad europea*, Bolonia, *Publicación del Real Colegio de España*, 1986.

Hassemer, Winfried, (1991). “Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos”. N° 51. Temis, Bogotá.

----- (1995). *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos* [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20130708\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf)

Hesse, Konrad, (1983). *La interpretación constitucional*. En “Escritos de Derecho Constitucional”. Tirant Lo Blanch, Madrid.

Kemelmajer, Aida y Pérez, Fernando. (1994) *Las concentraciones empresariales y el derecho de libre competencia en la Unión Europea, a través de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia*. Revista AEU 80, n° 1.

Ortiz Blanco, Luis, *El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario*, ed. Civitas, 1994, volumen 1, Madrid.

Paz, Norma, *El sistema de control de la constitucionalidad en Venezuela*. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc24/24-6.pdf>

Presidencia de la República (2014) Decreto 1467 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos. Gaceta Oficial 6156 Extraordinaria del 4 de diciembre de 2014.

Presidencia de la República (2015) Decreto 2092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos. Gaceta Oficial 6202 Extraordinaria del 8 de noviembre de 2015.

Puente Muñoz, Teresa, (2002). *El contrato de concesión mercantil*, Madrid, editorial Montecorvo, Madrid.

S/A *La gran enciclopedia de la economía*. <http://www.economia48.com/spa/d/competencia-desleal/competencia-desleal.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. (2009). Sala Constitucional. Sentencia 834 dictada el 18 de junio de 2009. (Caso Corpomedios). Ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

Unión Europea. (2008). *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (Versión consolidada) que modifica el Tratado de Roma de 1957. Diario Oficial de la Unión Europea, 9/05/2008.



**LA LEY PENAL DEL AMBIENTE:  
UNA NUEVA AMENAZA LEGAL  
CONTRA EL DEBILITADO  
UNIVERSO EMPRESARIAL  
DEL PAÍS**

**(Comentarios a la Ley Penal del Ambiente vigente,  
GO N° 39.913, de fecha 2 de mayo de 2012)**

---

Henrique Meier\*

**Resumen**

El presente artículo trata algunos aspectos neurálgicos de la reforma de la Ley Penal del Ambiente de 1992, presentada como una nueva Ley en la materia (2011), la que, conjuntamente con otras leyes económicas y sociales, en especial la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley de Precios Justos y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, forma parte de una “política de Estado” cuyo objetivo es destruir el debilitado universo empresarial privado del país, con fundamento en la ideología marxista leninista en su versión Castro-comunista que califica a la economía de mercado como un sistema económico injusto basado en la supuesta explotación de los trabajadores, y que por tanto, postula la socialización (estatización) de la propiedad privada sobre los medios de producción con la consiguiente extinción de los derechos y garantías articulados a la libertad económica (democracia económica).

---

\* Director del Área de Estudios Jurídicos y Políticos del Decanato de Postgrado. Coordinador de la Especialización en Derecho Corporativo y de la Especialización en Gerencia Pública. Profesor de Derecho Ambiental Aplicable a las Personas Jurídicas en la Especialización en Derecho Corporativo, UNIMET. Coautor de la Ley Penal del Ambiente de 1992, de la Ley Orgánica del Ambiente de 1976, de la Ley del Instituto de Control y Conservación de la Cuenca Hidrográfica del Lago de Maracaibo (1981) y de la Ley Orgánica Para la Ordenación del Territorio (1983).

El riesgo para la libertad personal y la libertad de empresa que significa la vigencia de esa reforma a la Ley Penal del Ambiente deriva del establecimiento en dicha Ley de los conceptos de responsabilidad penal objetiva y de responsabilidad penal de las personas jurídicas, previstos como supuestos principios del Derecho del “socialismo del siglo XXI” que no es más que una expresión del “Derecho penal del enemigo”.

**Palabras claves:** Derecho penal del enemigo, ideología marxista leninista, debilitamiento del universo empresarial privado, responsabilidad penal objetiva, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **Abstract**

The following article deals with some neuralgic aspects of the Environmental Penal Code amendment of 1992, introduced as a new Law in the field (2011), which, jointly with other economic and social laws, specially the Organic Labor Act, the Fair Price Law and the Prevention Organic Law, Conditions and Work Environment, being some sort of “state policy” that targeted the destruction of the weakening entrepreneurial and private universe of the country, with a Marxist-Leninist ideology as basis in its Castro-communist version, which qualifies the market economy as an unfair economical system based on the supposed exploitation of the workers, and therefore, enacts socialization (nationalization) of private property over the means of production with the ensuing extinction of the rights and guarantees articulated to economic freedom (economic democracy). The risk for personal freedom and industry freedom that signifies the validity of that amendment to the Environmental Penal Code derives from the establishment in that Law of the concepts regarding objective criminal responsibility and penal responsibility of the legal persons, expected as supposed Law principles of the “XXI century socialism” which is nothing more than an expression of the “Enemy’s Penal Law”.

**Key Words:** Enemy's Penal Law, Marxist-Leninist ideology, the weakening entrepreneurial and private universe, objective criminal responsibility and penal responsibility of the legal persons.

## Introducción

En las páginas que siguen se exponen algunos comentarios acerca de la reforma de la Ley Penal del Ambiente de 1992 aprobada por la Asamblea Nacional en diciembre de 2011 pero que, por razones desconocidas, sólo fue objeto de publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* en mayo de 2012.

Esa reforma en nada mejora el contenido y la redacción de la Ley de 1992. Su finalidad fundamental, cónsona con la ideología estatista del actual régimen de poder, es crear nuevas amenazas coercitivas y sancionadoras (“Derecho Penal del enemigo”)<sup>1</sup> al sector privado de la

---

1 Señala el penalista español Manuel Cancio Meliá en su análisis crítico de la teoría planteada por el jurista alemán Günther Jakobs respecto del concepto del Derecho penal del enemigo que “...*el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera..., en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado en base a la actitud interna del autor*”. Jakobs, Günther y Cancio Meliá Manuel (2003). *Derecho Penal del enemigo*. Thomson Civitas, Madrid, p. 100.

En el contexto en el que sitúo este tema, el Derecho Penal del enemigo excede la concepción de Jakobs, autor que diferencia la contradicción como función de la pena en el Derecho penal del ciudadano, de la eliminación de un peligro como función de la pena en el Derecho penal del enemigo. “*Quien por principio se conduce de modo desviado- afirma Jakobs- nos ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero, a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido*” (opus cit, pp.18-19).

No se trata de un Derecho penal del autor (de su peligrosidad para el orden social, como es el caso de la legislación antiterrorista y del terrorista citado por Jakobs como ejemplo de Derecho penal del enemigo), sino de la ideología del “enemigo objetivo” inherente al “Derecho penal” de todo Estado totalitario, vale decir, la criminalización de las personas que formen parte de la categoría ideológica que

---

ese tipo de régimen de poder califica como enemiga de la seguridad de Estado: de la raza pura, la nación, la revolución, el socialismo. Se criminaliza no a la persona en su condición de individuo “peligroso”, sino por su pertenencia a una categoría general conceptualizada como “enemiga” del orden totalitario impuesto por el Estado. Así, en la Alemania nacionalsocialista los judíos y gitanos considerados como razas inferiores fueron objeto de represión (detención, trabajo forzoso y eliminación física) por poner en peligro la pureza de la raza aria. En Cuba los disidentes, aunque no representen riesgo de peligro alguno para el “orden socialista”, son objeto de persecución y detención por no ajustarse al estándar “antropológico” del llamado “hombre nuevo socialista”. En el país, los empresarios no afectos al régimen de poder forman parte del enemigo objetivo, vale decir, representan al capitalismo explotador. Es lo que explica la acusación de “traición a la patria” que ha hecho el tal capitán Diosdado Cabello, flamante presidente de la llamada “asamblea nacional” al Presidente del Grupo Polar Lorenzo Mendoza y al economista Ricardo Haussman, luego de haber ordenado la grabación ilegal de una conversación de estas personas en la que se limitaron a mencionar al Fondo Monetario Internacional como instancia a la que necesariamente deberá acudir cualquier gobierno que decida intentar resolver la actual catástrofe económica. Al respecto, transcribo parte del artículo del jurista Alberto Arteaga publicado en El Nacional el 26 de octubre de 20015: *“El asunto, entonces, resulta absolutamente claro a la luz de la Constitución y de la ley, no dando lugar a ningún argumento valedero en su contra, como pretendería serlo la supuesta invocación de la “seguridad de la nación”, que ha sido el pretexto para llevar a cabo tan nefastas prácticas, generadoras de acciones penales contra altos funcionarios públicos de otros países. Por lo demás, el complemento del asunto, carente de todo fundamento en los hechos y en el derecho, sería que el contenido de la grabación ilícita incluiría expresiones que contienen el “fumus delicti” de traición a la patria, usurpación de funciones y la ya reiterada muletilla de la asociación para delinquir, añadido que convierte a todo disidente en integrante de un grupo estructurado para el crimen organizado. Ante tales imputaciones y atendiendo al tenor de la grabación exhibida bajo el amparo del poder, es fácil concluir que la grabación ilegal difundida no contiene elemento alguno incriminatorio, reduciéndose al intercambio absolutamente lícito de puntos de vista o de propuestas económico-políticas perfectamente acordes con la libertad de expresión y de pensamiento propias de un sistema democrático. La opinión pública tiene derecho a una explicación satisfactoria sobre la denuncia calumniosa presentada contra la víctima de un atropello a sus derechos por parte del Estado y, tal vez –aunque sea ingenuo–, lo único que cabría es la respuesta enérgica y contundente del Ministerio Público, a los fines de rechazar las escuchas ilegales y la apertura de una investigación para determinar la responsabilidad por la puntual, arbitraria, clandestina y abusiva interceptación de una comunicación privada, unido a un reclamo enérgico al Ejecutivo para que cumpla la ley y se abstenga de tales prácticas merecedoras de la más efectiva reprobación legal y ciudadana. Pero, una vez más, la realidad se encargará de reafirmar que no se da a cada quien lo que le corresponde, ya que prevalecen intereses ajenos a la justicia, valor que sirve como fundamento de una sociedad organizada”.* (Negritas mías).

Disponible en <http://www.elnacional.com>

economía (empresas) como parte de la “política de Estado” destinada a liquidar el patrimonio empresarial del país mediante la aplicación de un sistema represivo expresado en un conjunto de leyes, reglamentos y resoluciones administrativas -la utilización de formas jurídicas- para imponer normas arbitrarias, injustas, violatorias de los principios, derechos y garantías del orden constitucional formal (“Derecho autoritario e injusto”).

Pero, antes de comentar algunos de los puntos más controversiales de la Ley Penal del Ambiente, voy a referirme a otras leyes que también son clara expresión de esa ideología contraria a la libertad económica (democracia económica) en todas sus manifestaciones.

## I. La legislación “socialista” o anti-empresarial

Veamos de seguidas los instrumentos jurídicos más emblemáticos de dicha ideología estatalista:

**1. Ley Orgánica del Trabajo** (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 8. 938 de 30 de abril de 2012)<sup>2</sup>, cuyo objetivo ideológico es inocultable: *“El proceso social del trabajo tiene como objetivo esencial, superar las formas de explotación capitalista”* (Art. 25), lo que significa, ni más ni menos, extinguir los derechos asociados a la economía de mercado: el derecho a crear empresas (modalidad del derecho de asociación, Art. 52 CN); el derecho de las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, con las limitaciones de ley (Art. 112 CN), y el derecho a la propiedad privada sobre los medios de producción (Art. 115 CN).

Resulta conveniente aclarar que el trabajo (asalariado) es un “hecho social”, caracterizado por constituir una relación social jurídicamente relevante, vale decir, una “relación jurídica” objeto de regulación especial por parte de la Constitución y la Ley. Tal relación es mediada por el “contrato de trabajo” que excepciona las normas generales de la teoría

---

2 GO N° 6. O76 Extraordinario de fecha 7 de mayo de 2012.

general del contrato previstas en el Código Civil, ya que se trata de un tipo de contrato integrado por cláusulas normativas de orden público que las partes (los co-contratantes: empleador y trabajador) no pueden alterar.

Esas cláusulas de rango constitucional y legal se fundamentan en la teoría del “débil jurídico”, excepción al principio de la igualdad de las partes, al conceptuarse al trabajador como un sujeto en posición de desventaja frente al patrono o empleador a pesar de que, con el desarrollo de la “contratación colectiva” y del movimiento sindical en el periodo comprendido desde la aprobación de la primera Ley del Trabajo (1936) hasta 1998, se transformaron las bases sociales reales de dicho vínculo jurídico, pues el trabajador dejó de ser un débil jurídico o hipo-suficiente.

El “trabajo” no es en absoluto “un proceso social” sino un hecho social –reitero-, regulado por el Derecho tal como lo establece el Art. 89 constitucional: *“El trabajo es un hecho social y gozará de protección estatal”*. Llamarlo “proceso” demuestra la ignorancia jurídica y la obsesión ideológico-revolucionaria del autor de la Ley.

Por otra parte, en el contexto axiológico constitucional, el trabajo tanto independiente como dependiente (trabajador asalariado) no tiene como objetivo superar las supuestas “formas de explotación capitalista” (ideología marxista-leninista) sino garantizar a toda persona la posibilidad de llevar a cabo la actividad bio-psíquica requerida para obtener los medios necesarios a fin de asegurar su subsistencia (y la de su familia) en el marco del sistema socioeconómico, constituyendo, al mismo tiempo, una expresión del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad sin más limitaciones que las que se deriven del derecho de los demás y del orden público y social (Art. 20 CN). Por tal razón, el trabajo es considerado como un derecho (Art. 87 CN), lo cual implica para el Estado el deber político-institucional de garantizar *“...la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho”* (Art. 87 CN).

La libertad de trabajo (derecho humano inexistente en los regímenes de economía estatizada) forma parte del derecho de toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia (Art. 112 CN) el cual, erróneamente, tiende a identificarse con las actividades industriales y comerciales cuando, en realidad, esa libertad comprende los diferentes quehaceres lícitos y legales que los individuos -asociados o no- pueden emprender con la finalidad de obtener los recursos económicos esenciales para su subsistencia, bienestar y seguridad económica y social (profesión, arte, oficios).

Y es que al legislador “socialista” en nada le interesa regular la “relación social del trabajo” sobre la base de una normativa que procure la tutela de los derechos de los trabajadores garantizados en la Constitución Nacional, sin desmedro de los derechos e intereses legítimos del capital, las empresas y los empleadores, también objeto de garantía constitucional (principio de equidad). El propósito y la razón de ese “sui generis legislador” es manipular ideológicamente el hecho social del trabajo y al trabajador como categoría socio-jurídica para la implantación del régimen castro-comunista, es decir, el régimen basado en la propiedad socialista de los medios de producción, tal como lo define el Art. 14 de la Constitución de Cuba: *“En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre”*<sup>3</sup>.

**2. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo**<sup>4</sup>, la cual prevé, entre las sanciones aplicables al empleador

---

3 Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2525/51.pdf>. Lo de la propiedad de todo el pueblo es un ardid ideológico que no resiste la menor confrontación con los hechos. El propietario de los medios de producción es el Estado-Partido, o Partido-Estado, y por tanto, los Castro y sus socios menores de la nomenclatura. Y lo de la supresión de la explotación del hombre por el hombre también es una engañifa ideológica para ocultar que la explotación es la del Estado totalitario sobre la totalidad de la población, a excepción, reitero, de los Castro y sus socios menores en la nomenclatura del Estado-partido, pues son ellos lo que llevan a cabo ese proceso de explotación desde hace 56 años.

4 GO N° 38. 236 de fecha 26 de julio de 2005.

o sus representante, la pena de prisión de ocho a diez años en caso de muerte de un trabajador como consecuencia de violaciones graves o muy graves a la normativa legal en materia de seguridad y salud del trabajo (Art. 131).

Una de las llamadas “infracciones graves”, según el Art.119. 2 de la Ley en referencia, es la omisión de presentar “oportunamente” al Instituto Nacional de Prevención y Salud Laborales “...*informe de las medidas apropiadas para prevenir los accidentes de trabajo que hayan ocurrido en el centro de trabajo, de conformidad con esta Ley, su reglamento o las normas técnicas*”.

Además de tan gravosa sanción de privación de la libertad por la mera omisión oportuna de un informe el empleador, a raíz de esa infracción considerada “grave”, puede ser sancionado con multa de veintiséis (26) a setenta y cinco unidades tributarias (75), violándose así el principio rector del Derecho Penal garantista del “Non bis ídem”, vale decir, la prohibición de sancionar dos veces a causa de un mismo acto punible.

Es conveniente precisar que si ocurriera la muerte de un trabajador por la ausencia de esas medidas, entonces la sanción de privación de la libertad se justificaría (omisión dolosa o culposa); sin embargo, resulta a todas luces desproporcionado aplicar una medida sancionadora de tal gravedad por la mera omisión “oportuna” de un informe, es decir, por la infracción de un “deber formal”.

¿Cuál es el bien jurídico tutelado con esa norma punitiva?: ¿El deber del empleador de presentar un informe?: ¿No será la vida e integridad física del trabajador?

En estricto Derecho Penal garantista, en el supuesto de que un trabajador perdiera la vida en el lugar de sus relaciones laborales debido a la falta de implementación de las medidas de prevención adecuadas, correspondería al Estado probar tal hecho como consecuencia de dolo o culpa (negligencia, imprudencia, impericia, incumplimiento de deberes legales) del empleador. En este sentido, es contrario al principio de la proporcionalidad sancionar al empleador con pena privativa de libertad

por la infracción de un deber formal. Por contrario sensu, es acorde con tal regla sancionar con multa dicha infracción.

**3. Ley de Orgánica de Precios Justos** (Decreto N° 600 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, de fecha 21 de noviembre de 2013)<sup>5</sup> viola en forma patente y grosera, al igual que el Decreto-ley precedente de costos y precios justos de 2011, los valores y principios del modelo de régimen socio-económico previsto en el artículo 299 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 112 y 115 de la misma.

En efecto, conforme a estos dispositivos constitucionales, el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela es un modelo de economía social y ambiental de mercado fundado en la garantía de la propiedad privada sobre los medios de producción como principio general del sistema económico (salvo los que la Constitución y las leyes reservan al Estado) y descansa, por tanto, en el reconocimiento, garantía y respeto del derecho a la libertad de toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia (libertad económica o libertad de industria, comercio, arte, profesión y oficio: libertad de producción, importación, distribución, comercialización y consumo de bienes y servicios) con las limitaciones o prohibiciones, restricciones, cargas y obligaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de utilidad pública e interés social<sup>6</sup>.

Asimismo, dicho modelo se sustenta en el derecho a la libre competencia entre los operadores económicos, esencia de la economía de mercado en cualesquiera de sus variantes socio-históricas; pero también

---

5 GO N° 40. 340 de 18 de 23 de enero de 2014.

6 Como bien señala el escritor Mexicano Jorge Volpi: *“En un tiempo dominado por el entretenimiento y la diversión inmediata, así como por el poder seductor de las nuevas tecnologías, el énfasis en la cultura y en la ciencia ha de privilegiar el rigor y la vocación crítica. El Estado no sólo debe corregir las directrices del mercado, necesarias pero insuficientes, a través de políticas e instituciones transparentes y efectivas, sino sumar a todos los actores de la vida educativa, cultural y científica -creadores, mediadores, promotores y públicos- en una tarea común de reinvencción social”*. Disponible en <http://www.prodavinci.com>.

contempla las limitaciones, restricciones y prohibiciones previstas en la ley<sup>7</sup> para garantizar precisamente que, en la práctica, opere esa libertad conforme a la ley económica de la oferta y la demanda, lo que implica insoslayablemente que sea el mercado y su dinámica el factor que fije los precios de los bienes y servicios, excepto en situaciones extremas de emergencia económica.

En la Exposición de Motivos del texto constitucional formalmente vigente se expresa lo siguiente con respecto a la motivación del articulado del Título VI (“Del sistema socioeconómico”, Capítulo I) “Del régimen socioeconómico”:

“El régimen socioeconómico no se define de forma rígida, no obstante se consagran principios de justicia social, eficiencia, democracia, **libre competencia e iniciativa, protección del ambiente**, productividad y solidaridad, fuera de cualquier dogmatismo ideológico con relación a la ya superada disputa sobre los roles del Estado y el mercado, evitando una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económico, pero sentando las bases de una economía de respeto a la acción individual. El Estado no está ausente, tiene un papel fundamental como regulador de la economía para asegurar el desarrollo humano integral, defender el ambiente, promover la creación

---

7 Las prohibiciones de las prácticas lesivas de la libre competencia tales como los monopolios y oligopolios, el abuso de la posición dominante, la cartelización de precios, etc. No es un secreto el que la “cultura empresarial” del país es poco favorable a la libre competencia, y que parte del sector empresarial formó parte de la conjura contra Carlos Andrés Pérez cuando en su segundo período presidencial (1989-93) intentó establecer el modelo de economía de mercado eliminando el control administrativo de precios, de divisas y liberando las tasas de interés. En ese sentido pues, los obstáculos culturales a ese modelo de régimen socioeconómico no provienen sólo, como tiende a creerse, de la concepción estatista de los integrantes del actual régimen de poder y de no pocos dirigentes de la llamada “oposición democrática”, sino del temor de los empresarios a competir en un sistema económico deslastrado del proteccionismo estatal.

de valor agregado nacional y de fuentes de trabajo, garantizando la seguridad jurídica para fomentar **junto con la iniciativa privada, el desarrollo armónico de la economía nacional y la justa distribución de la riqueza**. En suma, se plantea un equilibrio entre Estado y mercado, en razón de que el problema no es más Estado o menos Estado, sino un mejor Estado y el mercado no es un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas; ese equilibrio debe prevalecer entre productividad y solidaridad; entre eficiencia económica y justicia social, dando libertad a la iniciativa privada y preservando el interés del colectivo”<sup>8</sup>.

Pues bien, el artículo 11 de la Ley en comento expresa:

Corresponde a la SUNDDE<sup>9</sup> el ejercicio de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer la rectoría, supervisión y fiscalización en materia de estudio análisis, control y regulación de costos y determinación de márgenes de ganancias y precios...
3. Fijar los precios máximos de la cadena de producción o importación, distribución y consumo, de acuerdo a su importancia económica y su carácter estratégico, en beneficio de la población, así como los criterios técnicos para la valoración de los niveles de intercambio equitativo y justo de bienes y servicios.

---

8 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Con exposición de motivos, según la GO N° 5.453 Extraordinario del 21 de marzo de 2000. Vadell hermanos editores. Caracas 2000, pp. 86-87. Negritas mías.

9 Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos.

4. Proveer al Ejecutivo Nacional de la información y las recomendaciones necesarias, para el diseño e implementación de políticas dirigidas a la regulación de precios...

10. Emitir los certificados de precios justos.

De esta manera se imposibilita la libre competencia entre los agentes económicos que acceden al mercado al sustituir el “Estado” al mercado en la dinámica de la determinación de los precios de bienes y servicios mediante su fijación unilateral y autoritaria por medio de unos pretendidos certificados de “precios justos” emitidos por la llamada “SUNDDE”.

De tal modo, al impedirse que sea el mercado, con la debida regulación estatal, que garantice la libre competencia dentro del espacio económico-social donde opera la ley económica de la oferta y la demanda, no sólo se violan los principios, valores, derechos y garantías del modelo constitucional de régimen socio-económico sino que se fomenta, como ha venido sucediendo desde hace 16 años, la improductividad, la desinversión, la quiebra y éxodo de empresas, y sus secuelas: la dramática escasez de productos, bienes y servicios articulados a la satisfacción de las necesidades humanas perentorias, en particular alimentos y fármacos, aparte del consecuente aumento de los precios (inflación) derivado del desequilibrio entre demanda y oferta, es decir, del desequilibrio creado artificialmente por el propio régimen de poder por medio de medidas incompatibles con la naturaleza misma de la dinámica económica.

Es así como, pretendiendo eliminar el mercado, el régimen de poder, que no “Estado” y menos “Gobierno”, ha provocado una severísima distorsión de la ley de oferta y demanda y, en consecuencia, una grotesca y criminal situación de desabastecimiento y de pérdida del poder adquisitivo de los habitantes del país en inocultable situación de “catástrofe humanitaria”<sup>10</sup>.

---

10 Al respecto, la Academia de Ciencias Económicas y Sociales denunció mediante un pronunciamiento público la situación en referencia: “La población venezolana

En este mismo orden de ideas, y según el artículo 7 de esa inconstitucional “Ley”, *“El Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, cualquiera de los ilícitos administrativos previstos en la presente ley”,* y ello conforme

---

viene padeciendo un acelerado deterioro en sus condiciones de vida desde hace tres años. La tasa de inflación, actualmente la más alta del mundo, se une al desabastecimiento, la desmejora de los servicios públicos, la mengua de los salarios, la grave situación de inseguridad y la penuria en que se encuentran los servicios de salud, para empobrecer a las mayorías, no obstante los cuantiosos ingresos captados por el país bajo la presidencia de Hugo Chávez y de su sucesor, Nicolás Maduro. La Academia Nacional de Ciencias Económicas considera su deber pronunciarse sobre las causas y consecuencias de tan lamentable situación, en beneficio de contribuir con su comprensión y con la formulación de políticas que puedan sacar al país de tal extravío. Si bien este empobrecimiento se ha agravado por la caída en los precios de exportación del petróleo, sus causas anteceden a esta situación. Encuentran sus raíces en el proyecto económico implantado por ambos gobiernos, que ha despilfarrado los enormes recursos percibidos, destruido la capacidad productiva doméstica, alimentado la inflación, y aumentado nuestra dependencia del ingreso petrolero y de proveedores foráneos. Un cálculo somero de los recursos manejados por el régimen bolivariano entre 1999, su primer año de gobierno, y 2014, da una cifra superior a 1,3 billones[1] de dólares entre ingresos al Gobierno Central, incremento de la deuda pública y gasto social (parafiscal) de PdVSA. El objetivo económico principal proseguido ha sido el de centralizar en manos de la Presidencia de la República estos cuantiosos recursos para su aplicación discrecional con fines políticos. Para ello se desmanteló el marco institucional del Estado de Derecho que regulaba la Hacienda Pública, así como las relaciones entre el Estado y el sector privado, al acceder Chávez al gobierno. En el ámbito de lo macroeconómico, los proventos de la venta de petróleo en los mercados mundiales pasaron a disposición directa del Ejecutivo para su reparto directo a través de “misiones”, se eliminó en la práctica el control legislativo sobre el gasto público, se estableció un control cambiario que pretende ocultar la devaluación sostenida del bolívar y que reservó el usufructo de las divisas al arbitrio del Ejecutivo, y se acabó con la autonomía del Banco Central de Venezuela. En el plano microeconómico se socavaron los derechos de propiedad y las garantías procesales y para la solución de controversias, se sometió la economía a una serie de regulaciones y controles, y se congeló el mercado laboral, tanto en lo que respecta a su movilidad, como en relación con la contratación colectiva. Como resultado de estas medidas, el Sector Público Restringido[2] aumentó su peso en la economía venezolana desde un 26% del PIB en el último año del gobierno de Rafael Caldera, hasta un 40% en los últimos cuatro años. Desde el 2010, el déficit público ha superado el 10% del PIB, llegando a ser más del 15% durante el último trienio”. Disponible en <http://www.elnacional.com>, edición del 21 de octubre de 2015.

a la declaratoria “genérica” de utilidad y de interés social de “...*todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte y distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios*” prevista en el párrafo primero del citado dispositivo “legal”.

No resulta difícil apreciar la finalidad de tal “normativa”: la posibilidad de estatalizar los pocos medios de producción que todavía, para la época de la sanción de ese insólito decreto-ley, se hallaban dentro de la esfera de la propiedad privada<sup>11</sup>, utilizando como medio sancionatorio la potestad expropiatoria del Estado, desnaturalizando la esencia y fines de esa clásica institución del Derecho Administrativo que sólo se justifica para realizar obras o actividades de evidente utilidad pública e interés social tal como, por ejemplo, la construcción de obras públicas.

La inconstitucionalidad grosera, burda y manifiesta de dicha Ley se aprecia, asimismo, en su objetivo fundamental señalado en el numeral 1º de su artículo 3: “*Son fines de la presente Ley los siguientes: 1. La consolidación del orden económico socialista, consagrado en el Plan de la Patria*”. Cabe destacar que dicho Plan carece de la estructura conceptual y metodológica de un auténtico plan, siendo un mero retazo de consideraciones puramente ideológicas inspiradas en la fracasada ideología marxista-leninista y, en especial, en la “experiencia” Castro-comunista.

Dicha ley de estricto carácter “ideológico” utiliza el concepto abstracto de “pueblo” (populismo) a fin de pretender, como ardid ideológico, “legitimar” su “protección” contra las supuestas prácticas del modelo capitalista (acaparamiento, usura, boicot, desinformación) o para emprender acciones contra el debilitado universo empresarial privado en vías de extinción (Art. 3º, numeral 7º)<sup>12</sup>.

---

11 Como parte de la imposición de un régimen de economía estatalizada desde la ascensión al poder de Chávez Frías y la “secta destructiva” se inició un “proceso” de expropiación y confiscación de unidades productivas tanto del sector agrícola y pecuario como del industrial y comercial, lo que explica, aparte del control de precios y de divisas, el gravísimo estado de escasez de bienes y servicios.

12 Ante el agravamiento de la escasez, voceros de la “secta destructiva” anunciaron

Por cierto, llama la atención el cinismo “jurídico” expresado en el numeral 6º del artículo en comento: “*Privilegiar la producción nacional de bienes y servicios*” cuando la realidad ha sido, y es, la destrucción de las unidades productivas y de servicios nacionales.

**4. Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios**<sup>13</sup> cual establece<sup>14</sup>, a semejanza de la de Precios Justos someramente analizada antes, la posibilidad de la supresión de la propiedad privada sobre los medios de producción y su consiguiente estatización, al declarar de utilidad pública e interés social “...*todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios*” (Art. 6) Por consiguiente, y conforme a esta declaración genérica, el Ejecutivo Nacional “*podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria de utilidad pública o interés social por parte de la Asamblea Nacional*” (Art. 6).

Entre los innumerables ilícitos administrativos y penales dicha Ley sanciona con prisión de dos a seis años a “*quienes vendan bienes a precios*

---

una nueva reforma de la Ley de Precios Justos para establecer sanciones más severas contra los pocos productores, importadores y comerciantes que aún subsisten a duras penas, es decir, medidas para profundizar dicha escasez. La expresión popular: “El imbécil que cae en un hueco y en lugar de tratar de salir, comienza a cavar”.

13 GO N° 39. 358 de fecha 1 de febrero de 2010.

14 Dicha Ley fue derogada por la de Precios Justos de 2013; sin embargo, siguen vigentes los comentarios acerca de la victimización del consumidor y el usuario como pretexto ideológico para sancionar normativas cuyo objetivo es la destrucción del debilitado universo empresarial del país. Y no se trata sólo de la legislación económica y social, también la normativa tributaria está siendo empleada con ese perverso fin como lo demuestra la desustancialización del Código Orgánico Tributario, en particular la derogación de las normas tutelares de los derechos del contribuyente, hoy a merced de los poderes arbitrarios del SENIAT, organismo que puede ejecutar parte del patrimonio de un particular o de una empresa (embargo ejecutivo) en casos de multas sin necesidad de esperar el pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-tributaria, ya que la interposición de los correspondientes recursos en esa instancia no implica como en el pasado la suspensión temporal del acto sancionador mientras se resuelve su conformidad a Derecho.

*superiores a los fijados por la autoridad competente, alteren la calidad o condiciones de su venta*” por incurrir en el delito de especulación (Art. 138). Por medio de esa severa amenaza a la libertad personal se pretende “garantizar” el sistema de los precios impuestos unilateralmente por la Administración Pública, con prescindencia de la realidad del mercado.

Lo cierto es que al régimen de poder autocalificado como “revolucionario”, inspirado en un supuesto “socialismo del Siglo XXI” o “socialismo bolivariano”, que no es otra cosa que una versión del modelo castro-comunista cubano, no le basta con la estatización de empresas y la expropiación y confiscación de tierras en plena producción agrícola y pecuaria, con la consiguiente ruina de la economía nacional, ya que la “última ratio” es erradicar todo vestigio de economía de mercado bajo el argumento ideológico de la “victimización de los trabajadores” y de “los consumidores y usuarios de bienes y servicios” sometidos a la explotación inherente al modo de producción capitalista basado en la propiedad privada sobre los medios de producción y en los derechos económicos antes mencionados.

Es lo que explica que, para 1999, al momento de la toma del poder por parte de Chávez Frías y sus secuaces, la llamada “secta destructiva” (Francis Delgado), luego de que el teniente coronel golpista triunfara en las elecciones presidenciales de 1998 (el suicidio de la sociedad democrática y los partidos políticos: la entronización de la antipolítica), el país contaba con 12.600 empresas aproximadamente (en su mayoría medianas y pequeñas) y que, para finales del 2014, quedaran apenas unas 4.000, es decir, más del 50% del universo empresarial privado había desaparecido, un auténtico holocausto corporativo como consecuencia de las estatizaciones, las quiebras y el cierre forzoso de las unidades productivas (las insostenibles cargas tributarias y sociales, la escasez y encarecimiento de insumos y materias primas, el control de divisas y el control de precios). En ese mismo tiempo, el patrimonio empresarial en Colombia pasó de unas 27.000 a 57.000 empresas, aproximadamente.

## II. La reforma de la Ley Penal del Ambiente

De modo que nada de extraño tiene la reforma a la Ley Penal del Ambiente en el contexto de un proceso normativo ideologizante que pretende legitimar la grosera violación de las normas constitucionales garantes de los derechos asociados a la libertad personal y a las libertades económicas. Se trata, pues, de la utilización de la protección del ambiente (valor superior del ordenamiento jurídico) como pretexto para arremeter contra el modelo de economía social y ambiental de mercado previsto en el artículo 299 de la Constitución Nacional, en concordancia con los Arts. 112, 113, 114, 115 y 116 “ejusdem”.

Veamos los tópicos más amenazadores de esa reforma para la seguridad jurídica, la libertad personal y los derechos económicos vinculados con la libertad de empresa en proceso acelerado de extinción.

### 1. La responsabilidad penal objetiva

Según el artículo 3 de la LPA, la responsabilidad penal, “...a los efectos de los delitos ambientales, cuya ejecución exige la violación de una norma administrativa es objetiva, y para demostrarla basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad”.

Previo a la sanción, promulgación y publicación de esa reforma legislativa, en la nueva Ley Orgánica del Ambiente de 2006 (LOA)<sup>15</sup> que sustituyó a la de 1976, se establece ese insólito “principio” como sigue: “La determinación de la responsabilidad penal en los delitos ambientales, es objetiva, para lo cual sólo basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad” (Art.130).

Dicha disposición es contraria al principio de culpabilidad del Derecho Penal garantista, cuyas bases normativas están previstas en la Constitución Nacional, en particular en el artículo 49.2 que consagra el principio-garantía de la presunción de inocencia: “*Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario*”. En pocas palabras,

---

15 GO N° 5833Extraordinario de fecha 22 de diciembre de 2006.

el principio de culpabilidad, fundamento de la responsabilidad subjetiva, deriva del principio de presunción de inocencia que exige probar la participación culpable del imputado en la comisión de un supuesto delito, vale decir, en la realización del acto u omisión en que consiste la conducta penalmente reprochable.

A este respecto, el artículo 61 del Código Penal vigente establece que: *“Nadie puede ser castigado como reo de delito, no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”*<sup>16</sup>.

Como puede apreciarse, la norma prevé dos supuestos: la intención deliberada de realizar la conducta punible (el clásico dolo), y el llamado “delito culposo”, vale decir, la configuración de tal conducta, no como algo intencional, sino como resultado de la negligencia, la imprudencia, la impericia o el incumplimiento de reglas obligatorias. En cualquier caso, es indispensable probar que el imputado es el responsable de la acción u omisión cuya consecuencia directa e inmediata es la lesión del bien jurídico objeto de tutela penal mediante la norma prohibitiva.

El artículo 3 de la LPA consagra una “presunción de culpabilidad” *iure de iure* (absoluta) pues bastaría con demostrar la violación de una norma administrativa de la que depende la realización del hecho punible (la norma no especifica si se trata de una norma reglamentaria o de un acto administrativo de efectos particulares) a fin de que opere *ipso jure* “la responsabilidad “objetiva” del presunto infractor de tal norma (persona jurídica o natural, según dicha Ley).

Tal “presunción de culpabilidad” –reitero- infringe el principio-garantía de la “presunción de inocencia” previsto en el ordinal 2 del artículo 49 de la CN y en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>17</sup>. Por consiguiente, el artículo 3 de la LPA se halla afectado

---

16 GO N° 5.763 Extraordinario de fecha 16 de marzo de 2005.

17 Decreto N° 9.042 del 12 de junio de 2012: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal. GO N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012. Dice el Art. en referencia: *“Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”*.

irremediablemente de nulidad absoluta por manifiesta, grosera y burda inconstitucionalidad.

Es necesario destacar el riesgo que implica para la seguridad jurídica (motivación radical del Derecho, según Recasens Siches y, en especial, para la libertad personal) el establecimiento de la responsabilidad objetiva en materia penal pues la sanción, o castigo legítimo por excelencia en ese ámbito de lo jurídico, es la privación de la libertad, el bien-valor humano más trascendente después de la vida en los términos del artículo 2 de la CN: *“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación la vida, la libertad”*.

La potencial inseguridad para la libertad personal contenida en el artículo 3 de la LPA deriva de la perversa lógica, según la cual la mera comprobación de la infracción de una norma administrativa articulada al complemento del supuesto de hecho del tipo penal en blanco, o tipo abierto, haría que procediera *eo ipso* la responsabilidad del presunto infractor sin necesidad de establecer el nexo de causalidad entre la violación de tal norma y la conducta del imputado.

La “presunción de inocencia”, formidable garantía de la libertad personal, es el principio cardinal del llamado “Sistema acusatorio” establecido en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP, 1998) a diferencia del “Sistema Inquisitivo” que imperó en el país durante cien años por medio de la normativa contenida en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal.

Esa garantía se ha mantenido en dicho Código no obstante las diversas reformas que ha sufrido, la última de las cuales -como se indicó anteriormente- se produjo mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (Decreto N° 9.042 de fecha 12 de junio de 2012) dictado por el Presidente de la República con fundamento en la Ley Habilitante que le fuera otorgada por la Asamblea Nacional conforme al artículo 203 constitucional que le atribuye potestad para delegar su función legislativa en el Jefe del Poder Ejecutivo en cualesquiera de las materias de competencia del Poder Nacional, incluyendo la legislación sobre derechos y garantías constitucionales (desconociendo el principio

fundamental de la “reserva legal” articulado al modelo mínimo o básico del Estado democrático de Derecho).

En efecto, de acuerdo con el artículo 8 del mencionado Decreto-Ley: *“Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”*.

Conforme al “Sistema Acusatorio” corresponde al Estado, por órgano del Ministerio Público (Fiscalía General de la República) en su condición de titular de la vindicta pública, la acción penal en los delitos de orden público, es decir, probar la culpabilidad de la persona acusada de un hecho punible previsto en ley de manera previa, cierta, escrita, estricta y de posible conocimiento por su publicación oficial oportuna. En este sentido, quien afirma (órgano acusador) la responsabilidad de una conducta antijurídica por parte de un determinado imputado tiene la carga de probarla empleando los medios de prueba legales, lícitos y legítimos, en el desarrollo del proceso contradictorio correspondiente.

El acusado no tiene la carga de demostrar su inocencia o no culpabilidad sino la de rechazar las imputaciones del Ministerio Público ejerciendo su derecho a la defensa garantizado en el artículo 49.1 de la CN: *“La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables 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”*. Al mismo tiempo, el artículo 12 del COOP señala que *“La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”*.

En consecuencia, mientras no se declare la culpabilidad del procesado en una sentencia definitivamente firme, resultado de un proceso contradictorio de acuerdo con la ley, la “presunción de inocencia” opera como un principio tutelar de la libertad personal, lo cual explica la regla del *indubio pro reo*, vale decir, la “duda favorece al imputado o acusado”, ya que nadie podría ser declarado culpable y, por ende, sujeto al cumplimiento de una pena si existieren dudas acerca de su autoría o participación en la comisión de un delito. Obviamente este postulado, fundamentado en la axiología del Derecho Penal Garantista

(CN), sólo es aplicable en el contexto de un auténtico Estado democrático de Derecho, lo cual no parece ser el caso de Venezuela en estos tiempos.

## **2. La formulación de la responsabilidad penal objetiva es objeto de contradicción en otra norma de la LPA que pareciera consagrar la clásica responsabilidad subjetiva del Derecho Penal garantista.**

Ahora bien, a pesar de los términos del comentado artículo 3 de la LPA, del contenido del artículo 7 de la misma se infiere una contradicción insalvable en relación con el principio de la responsabilidad objetiva ya que dicha norma, cuyo destinatario es el juez penal competente, establece que éste deberá aplicar las penas *“dentro de los límites establecidos por esta Ley en cada caso, tomando en cuenta el peligro que se produce o el daño ocasionado, el grado de dolo del delito en las personas naturales, o las condiciones en que la persona jurídica cometa el delito, y las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan concurrir con el hecho. En este último caso, el tribunal valorará y decidirá cuáles de ellas prevalecerán según su número, conforme a su naturaleza y magnitud”*.

Esa alusión textual al “grado de dolo” del delito cometido por personas naturales o físicas como criterio de la regla de proporcionalidad para la aplicación de la pena implica, sin duda alguna, que el juez debe tomar en consideración la responsabilidad subjetiva del procesado por la presunta comisión del hecho punible. El “grado de dolo” no es otra cosa que el examen, con sujeción a las pruebas que constan en el expediente del caso, de la mayor o menor intención deliberada (consciente, voluntaria) del sujeto procesado en incurrir en la conducta reprochable, es decir, de violar el bien jurídico-ambiental tutelado por la Ley.

Ello quiere decir que, para determinar la responsabilidad penal a los efectos de los delitos ambientales conforme al mencionado artículo 7 de la LPA, no es suficiente con comprobar la violación de la norma administrativa en que consiste el complemento del supuesto de hecho del tipo penal correspondiente (artículo 3, LPA), pues el juez, a tenor de lo previsto en el dispositivo legal en comento, ha de valorar el

grado del dolo del imputado en la infracción de la susodicha norma administrativa.

La LPA potencia de esta manera una evidente e insalvable contradicción al establecer dos sistemas incompatibles de responsabilidad penal: el objetivo y el subjetivo. En mi criterio, privaría el artículo 7 sobre el artículo 3, por cuanto mientras éste expresa un principio genérico de responsabilidad objetiva, aquél le establece al juez penal un mandato expreso que le obliga a considerar el grado de responsabilidad subjetiva del sujeto imputado por la presunta violación de una norma administrativa asociada a la complementación de la conducta punible parcialmente descrita en la Ley (método de la norma penal en blanco o el tipo penal abierto). Dicho brevemente: mientras el artículo 3 carece de un destinatario expreso y directo, el artículo 7 está dirigido al órgano competente para aplicar la Ley<sup>18</sup>.

Esta contradicción se explica tanto por la nula importancia dada a los principios rectores del Derecho Penal previstos en la Constitución Nacional, el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal, así como de las reglas de la técnica jurídica por parte de los integrantes de la Asamblea nacional, tanto como por la aviesa intención de reprimir al “enemigo objetivo” de la “revolución socialista” en el ámbito económico. La ignorancia, la incultura y la mala fe son hechos públicos y notorios de la mayoría de los diputados de la mencionada Asamblea.

Tal ignorancia ni siquiera es paliada mediante el auxilio de juristas expertos, conocedores de la temática; pero tampoco es soslayable la intención ideologizante que caracteriza el proceso legislativo y normativo en general del actual régimen de poder, en particular el espíritu anti-

---

18 En la primera LPA vigente de 1992 al 2012, en cuya redacción tuve la oportunidad de participar mediante una primera versión de la misma introducida por ante el extinto Congreso Nacional el 5 de julio de 1981 (proyecto de ley de protección penal del ambiente), se consagraba el principio de la responsabilidad subjetiva como sigue: “**Artículo 9. Penalidades del delito culposo.** Si los delitos previstos en el Título II de esta Ley fuesen cometidos por imprudencia, negligencia, impericia, o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, la pena establecida para los hechos punibles dolosos se rebajará de una tercera parte a la mitad de la normalmente aplicable. En la aplicación de esta pena, el juez apreciará el grado de culpa del agente”.

empresarial que anima no pocas leyes, entre tales, la que analizamos. Ello se comprueba mediante la pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas (empresas) que analizaré en el punto siguiente.

### **3. La responsabilidad de las personas jurídicas en el campo civil y en el ámbito penal**

#### **A) La responsabilidad de las personas jurídicas en el campo civil.**

La responsabilidad objetiva de las personas jurídicas es perfectamente aplicable en el ámbito civil con fundamento en la teoría de las actividades riesgosas o susceptibles de degradar el ambiente. En mi libro *Categorías Fundamentales de Derecho Ambiental* me refiero a este tipo de responsabilidad de la siguiente manera:

Las serias dificultades para establecer la responsabilidad y por ende la reparación consiguiente en los casos de daños ambientales con fundamento en el principio de la responsabilidad subjetiva, ha traído como consecuencia la aplicación del principio de la imputación objetiva en no pocas legislaciones de los Estados de la comunidad internacional. En ese sentido, pues, la imputación objetiva o sin culpa, fundada el concepto del riesgo, en el reconocimiento por ley de que determinadas actividades son susceptibles de degradar el ambiente, con prescindencia de la intención del agente o agentes o de su culpa por negligencia, imprudencia o abuso de derecho, se perfila como el sistema más adecuado, útil y conveniente a los fines de la operatividad de la responsabilidad civil en esta materia<sup>19</sup>.

---

19 Meier, Henrique (2011). *Categorías Fundamentales de Derecho Ambiental*. Homero, Caracas, p. 330.

*“En teoría- escribe Carlos Miguel Perales- para poder decir que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tiene un carácter objetivo debe probarse que se refiere a los daños producidos por aquellas actividades que conllevan un riesgo o, más genéricamente, por aquellas actividades cuyas características imponen que los daños por ella producidos sean imputados sobre la base de una idea de justicia social”<sup>20</sup>.* Las características de fragilidad e insustituibilidad de los bienes ambientales, así como la posibilidad de daños irreparables, ha influido para que los dubitativos en el tema se hayan convencido del rechazo generalizado a la idea de que “no hay responsabilidad sin culpa”.

No se trata de una mera cuestión de inversión de la carga de la prueba o de una culpa presumida; se trata más bien de prescindir de las expresiones de culpabilidad en general: dolo, imprudencia, negligencia, impericia, a fin de fundar la responsabilidad en los “riesgos” (así en plural, no importa si derivan de actividades o de cosas).

En una comunicación sobre “Reparación de Daños al Medio Ambiente” del 17 de marzo de 1993 la Comisión Europea enumeró algunos de los factores que podrían considerarse para determinar si una actividad debía someterse -o no- a un régimen de responsabilidad objetiva. Entre tales factores figuran los tipos de peligro que una determinada actividad produce, la probabilidad de que la actividad pueda producir un daño, y la extensión de éste, como también la facilidad de acceso a un seguro adecuado<sup>21</sup>.

Jorge Mosset Iturraspe<sup>22</sup> resume las diversas razones que, a su parecer, explican la progresiva aceptación internacional de la responsabilidad objetiva:

La coincidencia en el Derecho Comparado, en las nuevas leyes ambientales y responsabilidad emergente. Tal es el caso de España donde “...el

---

20 De Miguel Perales, Carlos (1994). La Responsabilidad Civil por Daños Al medio Ambiente. CIVITAS. Madrid, p. 141.

21 Meier, Henrique, opus cit, p. 333.

22 Mosset-Iturraspe, Jorge (1999) El Daño Ambiental en el Derecho Privado. En Daño Ambiental. Obra colectiva. Rubinzal-Clzoni Editores. Buenos Aires, 120-122.

Tribunal Supremo, por sentencia de fecha 22 de abril de 1992, en un caso de daño por pérdida de aguas, se refiere a la idea de riesgo, separándola de la idea de culpa, estableciendo que la responsabilidad civil, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la responsabilidad, por imposición del artículo 1902 del Código Civil, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial, a partir de la STS del 1º de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral y psicológico, y del juicio de valor sobre la conducta del agente acepta soluciones cuasi objetivas, demandas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica. También en Italia, doctrina y jurisprudencia, al analizar los artículos 2050 y 2051 del Codice Civile, relativos a los daños causados por actividades peligrosas y por las cosas que tienen en su custodia, aplican criterios objetivos de atribución<sup>23</sup>.

El citado autor alude, como otra de las razones en cuestión, al despertar de una fuerte conciencia ambientalista o ecológica a partir de la reforma constitucional. En este sentido, la Constitución brasileña de 1988 recoge el principio de la responsabilidad civil objetiva del contaminador. Según *“el sistema consagrado la conducta del contaminador no se aprecia subjetivamente sino por la ocurrencia del resultado perjudicial al hombre o a su ambiente. Lo mismo acontece con la Ley 6938/81”*. Entretanto, el artículo 52 de la Ley chilena 19.300 dispone lo siguiente: *“Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”*<sup>24</sup>.

---

23 IBIDEM, p. 120.

24 IBIEM, p. 121.

Sin embargo, el ejemplo de esta ley citada por Mosset Iturraspe no parece muy consistente con respecto a la responsabilidad objetiva, ya que en el párrafo final de ese artículo se señala que “*Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en ese evento, si se acreditase la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido*”,<sup>25</sup> lo cual significa -ni más, ni menos- que ese dispositivo técnico-legal en modo alguno consagra la responsabilidad objetiva sino la clásica subjetiva. Y es que, al tenerse que probar la relación de causalidad entre la infracción o conducta ilícita y el daño producido, la presunción de responsabilidad expresada en el encabezamiento de la norma pierde toda validez, sentido y razón de ser. Es una contradicción insalvable.

Otra de las razones es el “*marcado tinte de riesgo o peligro de la actividad dañadora del ambiente, paisaje, patrimonio cultural, aguas, suelos, fauna o flora, etcétera. La doctrina actual alude al “riesgo de empresa”, al emergente, sin perjuicio de sus actividades peligrosas o del riesgo por las cosas que utiliza, del tipo de organización del empleo de mano de obra ajena, de la despersonalización de muchos quehaceres, etcétera*”<sup>26</sup>.

Según Conde Pumpido<sup>27</sup> la responsabilidad civil extra-contractual objetiva se fundamenta en cuatro reglas básicas:

- Inversión de la carga de la prueba que se traduce en una presunción de culpa del causante del daño;
- La consideración de la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no resulta suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño evidencia que faltaba algo por prevenir;
- Apreciación de la prueba conforme al principio “*pro perjudicado*”, esto es, “*en beneficio del más débil*” que no debe confundirse con

---

25 IBIDEM, p 121.

26 IBIDEM, p. 121.

27 Conde Pumpido (1990). La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente. Revista de Derecho Ambiental, enero-junio de 1990, pp. 68-70.

la inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa, y

- Elevación del nivel de diligencia exigible que da lugar a la regla del agotamiento de la diligencia, lo cual exige haber agotado las medidas de diligencias posibles y socialmente adecuadas.

Estas cuatro reglas se configuran en la responsabilidad civil por daños ambientales. Ya hemos hecho hincapié en que, en muchas ocasiones, los hechos dañosos pueden ser considerados como despersonalizados o anónimos *“en cuanto que son la consecuencia de la circulación de productos industriales o del ejercicio de determinadas actividades de ese carácter. De Ángel se refiere específicamente a la llamada “contaminación por sinergia”, esto es, “aquella causada por vertidos que, aisladamente, quizás no afectarían de modo sensible al medio ambiente, pero que ocurriendo unos y otros, ocasionan un resultado de más o menos considerables dimensiones”*<sup>28</sup>.

En este punto cabe acotar que, en nuestro concepto, de todas las consideraciones que puedan argüirse para explicar y justificar la responsabilidad objetiva por daños ambientales, el elemento esencial a favor de esta modalidad de responsabilidad es el riesgo o la constatación de actividades susceptibles de degradar y dañar el ambiente; por tanto, hablamos de actividades potencialmente riesgosas o peligrosas para la preservación de bienes escasos, vulnerables e insustituibles en la satisfacción impostergradable de necesidades sociales.

Mucho se ha dicho en los últimos tiempos acerca de la llamada “Sociedad del conocimiento y la información” que caracterizaría el mundo globalizado contemporáneo por la innegable influencia del desarrollo científico y tecnológico, así como de las tecnologías de la información, especialmente de la Internet, la cual permite a millones de personas acceder con cierta facilidad al conocimiento y la información: la democratización de la divulgación del conocimiento y la información que ya no es privilegio de quienes forman parte de los centros de enseñanza e investigación formales.

---

28 De Miguel Perales, Carlos, opus cit, p. 200.

Esa es una realidad, como lo es también que una de las paradojas del desarrollo científico, económico y tecnológico sea el aumento de los riesgos y peligros reales que esas actividades, en particular el empleo de determinadas tecnologías en los procesos industriales, agrícolas y urbanísticos, representa para la preservación de los bienes ambientales, la salud y calidad de vida de las poblaciones.

**En consecuencia, así como se postula la sociedad de la información y el conocimiento, debemos postular asimismo la sociedad del riesgo. Diariamente, en cualquier lugar del planeta, se llevan a cabo actividades riesgosas y se producen daños al ambiente y las personas por no considerar debidamente la potencialidad de los peligros. Ejemplo de ello es la catástrofe ecológica, ambiental, económica y social del Golfo de México por la imprevisión de una de las mayores corporaciones petroleras internacionales y la negligencia del Estado norteamericano.**

La Teoría del riesgo, basamento de la responsabilidad civil objetiva en general, y especialmente en el campo ambiental, es el artículo 1.193 del Código Civil: *“Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor”*.

Aplicado a la temática ambiental, diríamos que toda persona, natural o jurídica, es responsable del daño causado por las actividades susceptibles de degradar el ambiente que realice, a menos que pruebe que el daño lo ha ocasionado un tercero (por ejemplo, una persona extraña a una empresa que, para perjudicarla, se introduce en sus instalaciones y destruye la operatividad de una planta de tratamiento de efluentes líquidos para provocar contaminación en el cuerpo de agua receptor), o cuando el daño ambiental es el resultado de un terremoto, inundación u otros hechos de la naturaleza (casos de fuerza mayor) como podría serlo un terremoto que cause la destrucción de depósitos de desechos peligrosos que cumplen la normativa legal correspondiente.

La LOA, en su artículo 116, enuncia el principio general de la responsabilidad objetiva en materia ambiental, tal como sigue: *“La*

*responsabilidad derivada de daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada el de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, bastando la simple comprobación de la conducta lesiva”.*

Prescindiendo de la pésima (de hecho, confusa) redacción de la norma<sup>29</sup> es posible precisar los elementos de la responsabilidad civil objetiva:

- La simple existencia del daño determina la responsabilidad del sujeto (persona física o jurídica) que ejecutó una actividad susceptible de degradar el ambiente (principio del riesgo o de la actividad riesgosa), con o sin autorización, lo cual implica la diferencia entre el daño tolerable o permisible resultado de un acto lícito, y el daño ilícito, o daño causado por una conducta contraria a la ley: contravención administrativa o delito. En tales supuestos, la responsabilidad civil se configura como consecuencia de la ilicitud; por consiguiente, lo decisivo es la prueba de la contravención administrativa o del delito ambiental, de manera que, además de las sanciones principales y accesorias correspondientes, según los casos, el sancionado deba responder civilmente por el daño causado.
- La comprobación del daño y de la actividad riesgosa es suficiente para que nazca en la esfera jurídica del sujeto responsable de la actividad susceptible de degradar el ambiente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, sin que se requiera

---

29 Una redacción adecuada podría haber sido la siguiente: “La responsabilidad derivada de los daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad del agente que realizaba la actividad susceptible de generar el tipo de daño ambiental causado, y en consecuencia deberá indemnizar los perjuicios ambientales ocasionados por su conducta riesgosa. Queda exceptuada la prueba del nexo de causalidad entre la conducta lesiva y el daño ocasionado, bastando la comprobación de la actividad susceptible de degradar el ambiente en el caso concreto. Esa responsabilidad no se configurará cuando se compruebe que los daños fueron causados por un tercero o por un hecho fortuito o de fuerza mayor”.

por ello la determinación de una víctima concreta, es decir, de una persona natural o jurídica afectada en su derecho (de propiedad, uso, usufructo) por el acto lesivo. En principio, el sujeto afectado es difuso, es la colectividad indeterminada de personas que sufre menoscabo en su derecho a un ambiente sano, seguro, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (artículo 127 CN). En consecuencia, y a diferencia de la responsabilidad subjetiva, queda exceptuada la prueba del nexo de causalidad, la relación de causa y efecto entre la conducta lesiva y el daño causado. Basta la simple comprobación de la actividad potencialmente lesiva o riesgosa y el daño causado.

Esta regla puede apreciarse en el supuesto del daño permisible o tolerable (artículo 83 LOA) ya que, para expedir un instrumento de control previo ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente, la Autoridad Nacional Ambiental debe solicitar a los interesados garantías de orden financiero: depósitos en garantía, fianzas de fiel cumplimiento, pólizas de seguro o fondos especiales establecidos en materias específicas para respaldar el cumplimiento de las medidas de orden ambiental articuladas a la reparación y restauración del daño tolerable o autorizado: daño previsible (evaluación y estudio de impacto ambiental), o los posibles siniestros ambientales (daños no previsibles)<sup>30</sup>.

Por esta razón, entre los instrumentos de control previo de las actividades susceptibles de degradar el ambiente, el artículo 82 de la LOA prevé los “registros”, siendo quizá el “registro de actividades susceptibles de degradar el ambiente” el más trascendente tipo de esa forma de control estatal.

---

30 Art. 86: *“El respaldo del cumplimiento de las medidas de orden ambiental fijadas en los instrumentos de control previos estarán constituidas por depósitos en garantía o fianzas de fiel cumplimiento solidarias, según corresponda, en favor y a satisfacción de la Autoridad Nacional Ambiental, otorgadas por empresas de seguros o instituciones bancarias de reconocida solvencia y por pólizas de seguro de cobertura de responsabilidades civiles e indemnizaciones frente a posibles siniestros ambientales; así como por los fondos especiales establecidos en materias específicas”.*

## **B. La responsabilidad penal “objetiva” de las personas jurídicas.**

Queda claro entonces que no se discute la legitimidad de la responsabilidad civil objetiva de las personas jurídicas. Pero, ¿es admisible esa modalidad de responsabilidad en el campo penal?

Otra de las insólitas “novedades” de la nueva LPA es el postulado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: *“Las personas jurídicas serán responsables por sus acciones u omisiones en los casos en que el delito sea cometido con ocasión de la contravención de normas y disposiciones contenidas en leyes, decretos, ordenes, ordenanzas, resoluciones y actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento”* (artículo 4).

Ése es prácticamente el mismo texto del artículo 132 de la LOA: *“Las personas jurídicas serán responsables por sus acciones y omisiones por delitos cometidos con ocasión a la contravención de normas o disposiciones contenidas en leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones y otros actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento. Las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de esta Ley, en los casos en que el hecho punible haya sido cometido a causa del ejercicio de sus actividades o en su representación, o por orden suya y en su interés exclusivo o preferente”*.

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 130, al cual se remite el artículo 132 de la LOA, expresa lo siguiente: *“Independientemente de la responsabilidad de las personas jurídicas, los propietarios, presidentes o administradores responderán penalmente por su participación culpable en los delitos cometidos por sus empresas”*.

Si se interpreta “literalmente” el enunciado de los artículos 3 de la LPA y 132 de la LOA hay que concluir que, para el Legislador “socialista”, las empresas pueden cometer delitos por sí mismas, es decir, se les atribuye contra toda lógica, sentido común y criterio racional una cualidad específica y única al ser humano. Las personas reales, auténticas, las humanas, como son los accionistas, presidentes o administradores responderían sólo por su participación culpable en las acciones u omisiones (constitutivas de los delitos ambientales del cual

se trate) realizadas en forma autónoma por la compañía anónima de la que, por ejemplo, esas personas reales formarían parte. Esto conduciría a la posibilidad, por ejemplo, en el concepto de *ese sui generis* Legislador, de la autoría intelectual del delito imputable a la persona jurídica y la ejecución material a su presidente, o que éste haya participado como cómplice o encubridor.

Obsérvese cómo el artículo 132 de la LOA prevé que las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de dicha Ley “*en los casos en que el hecho punible haya sido cometido a causa del ejercicio de sus actividades o en su representación, o por orden suya, y en su interés exclusivo o preferente*” (subrayado mío). El Legislador “socialista” considera que las personas jurídicas pueden dictar órdenes *per se*, vale decir, que estarían dotadas de cerebro propio y capacidad intelectual para emitir órdenes verbales o escritas.

Sin embargo, el principio de realidad postula que las personas jurídicas son sancionables como consecuencia de los hechos punibles realizados por las personas naturales que invisten los órganos de la respectiva entidad moral o colectiva (empresa pública o privada) con capacidad o potestad para tomar decisiones en nombre de las mismas, es decir, con competencia, según las normas estatutarias, para expresar la voluntad de la entidad o persona jurídica de la cual se trate.

Y es que en sí, esa categoría de personas constituyen una “ficción jurídica” (Savigny), prolongaciones o prótesis organizativas, institucionales, de las personas físicas (las auténticas personas), medios indispensables para el desarrollo de sus actividades económicas, sociales, políticas, culturales y, en tal carácter, carecen de la unidad de raciocinio, deliberación, voluntad y libertad de acción que caracteriza al ser humano.

En mi concepto sigue vigente el cásico principio *Societas delinquere non potest*, “las personas jurídicas no pueden delinquir”, por la razón antes expuesta. Los autores del “adefesio jurídico” en referencia se inspiraron, tal vez sin saberlo, en la teoría de Gierke, opuesta a la de Savigny, según la cual la persona jurídica es una “persona real” constituida por la unión de personas naturales con una única y común fuerza de voluntad y

acción para el cumplimiento de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales. El mencionado autor considera que la persona jurídica es una unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa.

Gierke obvia el hecho incontestable de que la voluntad de una compañía anónima, de una asociación civil, de una fundación y, en general, de cualquiera de las formas asociativas existentes en el ordenamiento jurídico, incluso el propio Estado en su faceta de persona jurídica, no es otra cosa que la expresión de la voluntad de sus órganos directivos o representantes.

Que se impute la decisión de esos órganos, cuya titularidad o investidura se concreta en personas físicas o naturales, a la persona jurídica correspondiente, no hace desaparecer por ningún respecto el que esa pretendida “voluntad institucional” sea resultado de un proceso de deliberación y decisión de seres humanos situados y temporalizados. La decisión de una asamblea de socios, o de una junta directiva, es una decisión humana colectiva o social que, para los efectos formales del Derecho, se imputa a una organización. En este sentido, sin la actuación de quienes integran sus órganos decisorios, la persona jurídica carece de voluntad.

No se discute la responsabilidad civil, contractual o extra-contractual de las personas jurídicas por acciones u omisiones de sus órganos directivos. Ahora bien, en el ámbito penal la responsabilidad conlleva a la aplicación de la típica sanción penalística: la privación de la libertad, y obviamente, una persona jurídica no puede ser privada de un atributo y un derecho estrictamente humano.

El delito es una “categoría antropológica”, articulada a la de “sujeto de derecho” o sujeto jurídico, y en cuanto tal sólo imputable a personas humanas concretas, individualizables, situadas y temporalizadas. Los animales no pueden ser sujetos de delitos como tampoco de derechos y deberes (de allí la “oligofrenia jurídica” de hablar de los derechos de la naturaleza); por tanto, no son responsables de su conducta, dada la ausencia de autoconciencia, raciocinio, voluntad y libertad, pues su

comportamiento obedece a un código biológico inexorable, al instinto de conservación.

Sin embargo, aunque hoy se haya descartado el concepto de animal-máquina (Descartes), y como lo demostró Pavlov, los animales actúan de acuerdo a reflejos condicionados. De allí el absurdo de hablar del tiburón o el tigre como asesinos, como si el acto de matar a su presa fuese el resultado de una deliberación consciente. No se entiende que sean animales “feroces”, portadores de una agresividad innata benigna al servicio de la sobrevivencia. Atacan cuando perciben un objeto hostil en su hábitat natural, o para satisfacer el hambre.

Sobre el contenido del artículo 132 de la LOA, y por ende, del artículo 3 de la LPA, señalo lo siguiente en mi obra antes citada:

“Obsérvese la pésima y confusa redacción de ese dispositivo: En primer lugar, las personas jurídicas no pueden realizar acciones u omisiones, pues, como ya se advirtió, - hecho cognoscible para cualquiera, -(algo del más elemental sentido común)-, sólo las personas naturales, los hombres y mujeres de carne y hueso, pueden ser autores de actos y omisiones. Ni los animales, ni las cosas, ni las ficciones jurídicas, cual es el caso de las personas jurídicas, pueden llevar a cabo actos deliberados, expresivos de una unidad de raciocinio, libertad y voluntad. Esa insólita, por absurda e irracional, afirmación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es aclarada en el mismo artículo al expresarse que tales personas serán sancionadas en los casos en que el hecho punible haya sido cometido a causa del ejercicio de sus actividades o en su representación. Pero, se vuelve a incurrir en un absurdo al hacer referencia a una supuesta orden emanada de la persona jurídica. Es de Perogrullo que la orden sólo puede emanar de algún órgano (persona natural)

de la persona jurídica. **Hasta los momentos no se conocen casos de personas jurídicas con capacidad para hablar y decidir por sí mismas**<sup>31</sup>.

El Código Penal establece, sin lugar a dudas, el principio de la responsabilidad penal aplicable únicamente a las personas físicas, naturales o reales cuando expresa en su artículo 61: *“Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”*. Por esa razón, *“No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos...”* (Art. 62 CP).

### **C. La sancionabilidad de las personas jurídicas y la sanción de “disolución de la empresa”.**

Los coautores de la LPA del 92 tenían consciencia del hecho absurdo, o imposible desde el punto de vista racional, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo que sí es factible, y así se estableció en esa Ley, es la “sancionabilidad” de las personas jurídicas como consecuencia del delito cometido por sus personeros. Por ello, el artículo 3 de dicha Ley<sup>32</sup> rezaba: *“Independientemente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la presente Ley, en los casos en que el hecho punible descrito en ésta haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo y preferente”*.

En este punto resulta necesario aclarar que las sanciones aplicables a las personas jurídicas, aunque previstas en una ley penal, son típicamente de índole administrativa, tales como multas, paralización temporal de

---

31 Meier, Henrique. *Categorías Fundamentales*, pp. 311-312.

32 GO N° 4358, de fecha 3 de enero de 1992.

actividades, cierre definitivo de fábricas, demolición de construcciones, etcétera.

La reforma de la LPA contiene una sanción aplicable a las personas jurídicas que, en mi criterio, viola el derecho de asociación y el principio de la autonomía de la voluntad. Se trata de la “disolución de la persona jurídica” como sanción principal (artículo 5.2). Tal desmesurada e inconstitucional medida represiva se halla también prevista en el artículo 130 de la LOA.

El derecho de asociación, garantizado en el artículo 52 constitucional, está articulado al principio de la “autonomía de la voluntad”, a su vez fundamentado en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad individual: *“Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”* (Art. 20 CN).

El derecho “al libre desenvolvimiento de la personalidad” es la más acabada expresión de la esfera de los derechos asociados a la libertad-autonomía de la persona frente a la sociedad (los otros) y el Estado. Tal derecho es inherente a los postulados clásicos del Estado mínimo democrático de Derecho, pues en los regímenes estatales autoritarios, en particular los totalitarismos de cualquier identidad ideológica, la persona humana carece de autonomía: su personalidad, al igual que sus derechos, es objeto de confiscación estatal (la estatalización del individuo, la sociedad, la economía y la cultura).

El derecho-libertad de asociarse con fines lícitos (conforme a la ley), modalidad del libre desenvolvimiento de la personalidad tiene su concreción en el “contrato de sociedad” regulado en el Código Civil. En dicho “contrato” los asociados deciden libremente el objeto de la asociación (civil o mercantil), siempre que sea lícito, determinado y de posible realización, especifican sus derechos y deberes mutuos, organizan la estructura de la persona jurídica estatutariamente y señalan el lapso de duración de la misma.

El artículo 133 del Código Civil define al contrato como “categoría jurídica general” en estos términos: *“convención entre dos o más personas*

*para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellos un vínculo jurídico*". Y el artículo 1.159 le atribuye "...*fuerza de ley entre las partes*", no pudiendo revocarse "...*sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley*" (1.159).

Por su parte, el artículo 1649 del mismo Código define al contrato de sociedad como "*aquél por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con su propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común*". Y el artículo 1.673 tipifica los modos de extinguirse la sociedad: "*La sociedad se extingue:*

1. *Por la expiración del plazo por el cual se ha constituido.*
2. *Por la consumación del negocio o la imposibilidad de realizarlo.*
3. *Por muerte de uno de los socios.*
4. *Por la interdicción, insolvencia o quiebra de uno de los socios.*
5. *Por la voluntad expresa de uno o varios socios de no querer continuar la sociedad*".

Por esta razón, la tipificación de la sanción de disolución o extinción de la empresa por parte del juez penal por la supuesta comisión de hecho punible atribuible, en forma por demás irracional, absurda y grotesca a la persona jurídica, viola el derecho-libertad de asociación, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la autonomía de la voluntad de los asociados. Tal medida responde a la ideología estatista del socialismo bolivariano, "clon" ideológico del castro-comunismo cubano.

#### **D. La contradicción entre la definición de la responsabilidad de la empresa y el principio-técnica de la "norma penal en blanco" o tipo penal "abierto"**

Otra de las inconsistencias jurídicas de la LPA es la contradicción entre sus artículos 4 y 12. En el primero se consagra la responsabilidad de las personas jurídicas por sus acciones u omisiones en los casos en que el delito sea cometido con ocasión de "*la contravención de normas*

*o disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes, ordenanzas, resoluciones y otros actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento”.*

Aparte de la potencial gravísima “inseguridad jurídica” que esa norma plantea al hacer depender la configuración del delito de la violación de resoluciones y otros actos administrativos, incluso de carácter particular, la misma contradice lo estipulado en el segundo de los dispositivos legales mencionados, el cual se refiere a la complementación del tipo penal en blanco o tipo abierto, a saber: *“Cuando los tipos penales contemplados en la presente Ley, requieran de una disposición complementaria para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, deberá constar en una ley o en un decreto del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, sin que sea admisible un segundo reenvío”.*

El decreto al cual hace referencia ese dispositivo-legal es de naturaleza reglamentaria o normativa al tener como objeto la complementación de un tipo penal previsto en la LPA. En este sentido, aunque desde la óptica del Derecho Administrativo se trate de una “norma sublegal”, para el Derecho Penal es un acto normativo de rango legal al consistir en una norma complementaria que, para la exacta determinación de la conducta punible o su resultado, se integra al tipo penal legal correspondiente.

Ello significa que es contrario al “principio-técnica del reenvío” a que se contrae el artículo 12 de la LPA la configuración de un delito por la contravención de supuestas órdenes, ordenanzas, resoluciones y otros actos administrativos de carácter general o particular. Sólo la violación de una norma legal o reglamentaria (Decreto del Presidente de la República en Consejo de Ministros), cuyo objeto sea la complementación de un tipo penal en blanco o abierto, puede significar la comisión del delito ambiental.

Así, por ejemplo, el tipo formalizado en el artículo 56 de la LPA: *“La persona natural o jurídica que modifique el sistema de control o escorrentías de las aguas, obstruya el flujo o el lecho natural de los ríos o provoque su sedimentación en contravención a las normas técnicas vigentes y sin la autorización correspondiente, será sancionada con prisión*

*de uno a cinco años o multa de mil unidades tributarias (1.000 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U. T.)”*

El delito se realiza cuando se lleva a cabo la acción de modificar el sistema de escorrentías de las aguas, o de obstruir el flujo natural o lecho natural de los ríos, o provocar su sedimentación, contraviniendo las normas técnicas sobre la materia y sin la autorización que la ley o esas normas técnicas exigen para que dicha actividad, susceptible de degradar el ambiente, se considere conforme a Derecho. Las normas técnicas indefectiblemente deben ser aprobadas por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, mediante decreto reglamentario.

### **Conclusión**

El tema que brevemente he abordado en las páginas precedentes requeriría, dada su controversial complejidad, de una mayor extensión que unas cuantas cuartillas; pero el objeto de estos comentarios es resumir en pocas páginas, y así he tratado de hacerlo, el riesgo que representa para la libertad de los personeros de las empresas (accionistas, miembros de las juntas directivas, gerentes etc.) el principio de la responsabilidad penal objetiva y, para el normal desarrollo de las actividades empresariales en general, ese otro insólito concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de su disolución institucional como sanción proferida por un juez penal a raíz de su supuesta culpabilidad objetiva en la comisión de los delitos previstos en la Ley Penal del Ambiente de 2012, instrumento legal, como he intentado demostrarlo, al servicio de la aplicación del llamado “Derecho penal del enemigo”.

## **Bibliografía**

-Academia de Ciencias Económicas y Sociales (2015). Pronunciamiento sobre la situación económica del país. Disponible en <http://www.elnacional.com>.

-Arteaga, Alberto (2015). Derecho penal del enemigo. Disponible en <http://www.wlnacional.com>

-Conde Pumpido (1990). La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente. Revista de Derecho Ambiental, enero-junio de 1990.

-De Miguel Perales, Carlos (1994). La Responsabilidad Civil por Daños Al medio Ambiente. CIVITAS. Madrid.

-Jakobs, Günther y Cancio Melía Manuel (2003). Derecho Penal del enemigo. Thomson Civitas, Madrid.

-Meier, Henrique (2011). Categorías Fundamentales de Derecho Ambiental. Homero, Caracas.

-Mosset-Iturraspe, Jorge (1999) El Daño Ambiental en el Derecho Privado. En Daño Ambiental. Obra colectiva. Rubinzal-Clzoni Editores. Buenos Aires.

# LA PENALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: TRES MUESTRAS DE INDUDABLE CARATERIZACIÓN: CONTROL CAMBIARIO, CONTROL DE PRECIOS Y TRIBUTOS

---

Carmen Alguíndigue Morles \*  
calguindigue@unimet.edu.ve

Liliana Vaudo Godina \*\*  
lvaudo@unimet.edu.ve

## Resumen

El legislador venezolano y, con mayor exactitud, el Ejecutivo Nacional ha mantenido una tendencia sostenida a reforzar el ámbito sancionatorio penal, no siendo la excepción el área económica. La

---

\* Abogado, UCV. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV. Especialista en Gerencia de Auditoria de Estado USB. Doctoranda en la Universidad Central de Venezuela. Jefe del Departamento de Estudios Jurídicos y del Departamento de Derecho Internacional Unimet. Profesora pregrado y postgrado de la Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Ex Directora General de Actuación Procesal Ministerio Público, ex Fiscal de Proceso Penal y ex Directora de Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia. Capacitadora en Materia de Reformas Penales Latinoamericana del Centro de Estudios Jurídicos de las Américas. Asesora en materia penal corporativa.

\*\* Abogado UCV. Doctora en Derecho UCV. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Diplomada en Valores Humanos Universidad Santa Rosa. Diplomada en Docencia Policial UNES. Diplomada en “El rol del Juez en el juicio oral” para facilitadores del Sistema Judicial en la Universidad de Puerto Rico. Profesora de pregrado y postgrado UNIMET. Facilitadora de la Escuela Judicial del Consejo de La Judicatura. Juez Superior Penal jubilada. Juez de Primera Instancia de Juicio y Control. Juez itinerante nacional en lo penal. Sustanciadora y Relatora Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura.

creación de ilícitos administrativos y su transformación en ilícitos penales se ha extendido sin que se observe una línea clara del modelo de responsabilidad penal empresarial que pretende dibujarse. Resulta evidente un notorio simbolismo y selectividad en la creación de tipos penales que contemplan incrementos o dualidad de penas. Lo anterior, genera un panorama poco favorable a las empresas y demás personas jurídicas que ejercen la actividad económica en el país.

Este fenómeno propio del llamado Derecho Penal Simbólico es evidente en varios sectores. Este artículo pretende analizar la penalización al sector empresarial concretamente desde el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario. El planteamiento se realiza desde un enfoque socio-jurídico, en tanto que se hará referencia a la aplicación de los instrumentos legales y a la realidad de la actividad económica del país.

El trabajo desarrolla un nuevo tema dentro de la línea de investigación Sistemas Penales<sup>1</sup> en la búsqueda por continuar el estudio del fenómeno de la penalización de la actividad empresarial, el cual engloba el tratamiento desigual de entes públicos y privados, el desapego a los principios generales del Derecho Penal y, por ende, de los postulados del estado constitucional.

**Palabras claves:** Penalización, Sector Empresarial, Estado Constitucional, Principios Generales. Simbolismo, Selectividad.

### Abstract

The Venezuelan legislature, more precisely, the national executive branch of the Venezuelan government, has shown a sustained trend to strengthen criminal sanctions at all levels, the economic sphere being no exception. The creation of administrative offenses and their

---

1 Sistemas Penales Línea de investigación coordinada por el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, en combinación con otras instituciones de Educación Superior.

transformation into criminal offenses has been expanded without making clear the model that aims to draw criminal liability. A remarkable selectivity exercised by the ones generating offenses and increasing penalties is evident. This generates an unfavorable environment for companies and other legal persons performing economic activity in the country.

This phenomenon, characteristic of Symbolic Criminal Law, is evident in several sectors. This article will consider the criminalization of the business sector, particularly since the Decree with Rank, Value and Force of the Law of Fair Prices, Decree with Rank, Value and Force of the Law of Exchange Rate and its Illicit actions, and the Decree with Rank, Value and Force of the Tax Law. The approach will be from a socio-legal approach, referring to the application of these legal instruments to the reality of the economic activity in the country.

The paper develops a new topic within the research of penal systems [1] in the effort to further study of the phenomenon of criminalization of business activity, encompassing the unequal treatment of public and private entities, non-attachment to the general principles of criminal law and therefore to the principles of the constitutional state.

**Keywords:** Penalty, Business Sector, Constitutional State, General Principles. Symbolism, selectivity.

### **El contexto de la actividad empresarial en Venezuela**

La seguridad ciudadana y jurídica es particularmente relevante para el fortalecimiento de la actividad económica de los países. En Venezuela, de acuerdo con el informe 2015 presentado por la Organización de Naciones Unidas (ONU)<sup>2</sup>, una cuarta parte de las muertes violentas que ocurren en el mundo se producen en un grupo de países que apenas

---

2 <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/150508/venezuela-esta-entre-los-paises-con-mayor-tasa-de-muertes-violentas>

concentra el cuatro por ciento de la población mundial, entre los cuales Siria, Honduras y Venezuela sufren las peores situaciones.

El Banco Mundial ubica a Venezuela como el país latinoamericano que presenta la mayor cantidad de obstáculos para crear empresas. Según su evaluación anual, Venezuela quedó en antepenúltimo lugar entre las 189 economías evaluadas por el organismo multilateral en su estudio “Haciendo Negocios 2016”<sup>3</sup>.

Estos hechos, por demás representativos, forman parte del fenómeno de un sistema penal colapsado por delitos violentos<sup>4</sup>, con dificultades de persecución penal<sup>5</sup> y dentro de un marco regulatorio que, por lo abultado y disperso, incurre en márgenes de selectividad que sobrepasan todos los niveles de la tolerancia y se encuentra influido tanto por sindéresis internas<sup>6</sup> como por lineamientos internacionales<sup>7</sup>.

La actividad económica divaga en este contexto. Su ejercicio está sujeto a niveles de inseguridad muy marcados y a un marco regulatorio-sancionatorio propenso a cambios permanentes. Es común identificar más de cuatro reformas en los instrumentos de rango legal que rigen la materia en el país.

Adicionalmente, la actividad empresarial ha sido señalada de ser causa directa de los graves índices de inflación y escasez<sup>8</sup>. La sensación

---

3 <http://www.entornointeligente.com/articulo/7226131/VENEZUELA-Banco-Mundial-ubica-a-Venezuela-como-el-peor-paiacute;latinoamericano-para-crear-empresas>

4 Véase Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2013): “Revolución y Proceso Penal en Venezuela 1999-2012. En Revista Anales. Volumen 13, No2, 2013.ISSN: 1315-410. Unimet Caracas

5 Véase Alguíndigue, Carmen (2011): “La Capacidad de Persecución Penal en Venezuela”. En C.Riego & M.Duce (eds): Estudios Comparados Reforma Procesal Penal América Latina. Santiago. CEJA.

6 <http://www.eluniversal.com/economia/150421/presidente-promete-un-revolcon-economico-para-el-dia-del-trabajador> “Tengo una Habilidadante en mi mano y la voy a utilizar contundentemente para provocar el revolcón económico que hay que provocar”, dijo el presidente de la República, Nicolás Maduro

7 Puede revisarse Rosales, Elsie (2010) Globalización y Control Penal .Publicaciones UCV 2008Caracas.

8 En junio 2015, superaba el 60,7 por ciento <http://www.producto.com.ve/pro/>

aparente de “aniquilar al responsable” -deseo históricamente reiterado de los protagonistas políticos- ha generado un relajamiento de garantías en el ejercicio de la actividad punitiva del Estado (en las normas y en su aplicación).

Adicionalmente, es importante no pasar por alto la presión ejercida por el proceso de globalización, el cual impulsa en todos los países la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, dada la cada vez más frecuente aparición de asociaciones con alto grado de organización enfocadas en actividades de índole ilícita.

### **Parámetros para la atribución de responsabilidad de la persona jurídica**

Aun cuando persiste en la doctrina el debate sobre la capacidad de las personas jurídicas para delinquir, en nuestro país se ha atribuido responsabilidad a las empresas y demás personas jurídicas en una amplia gama de instrumentos legales.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos,<sup>9</sup> suscrita y ratificada por Venezuela<sup>10</sup>, consagra la incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas en las legislaciones internas.

El mandato de la Convención contempla otorgar responsabilidad de las personas jurídicas, con sujeción a los principios jurídicos de cada Estado parte, por la participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención<sup>11</sup>. La responsabilidad es de naturaleza penal, civil o administrativa, con

---

nacionales/datan-lisis-nivel-escasez-caracas-lleg-607

9 Artículo 10.

10 En fecha 13 de mayo de 2002.

11 Delitos de participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo de capitales, corrupción pública, corrupción privada y obstrucción de la justicia.

inclusión de sanciones monetarias, siempre bajo los criterios de eficacia, proporcionalidad y disuasión.

En la mayoría de las legislaciones de los países que suscribieron la Convención el cumplimiento del mandato anterior ha implicado que prevalezcan criterios de política-criminal y no jurídicos-dogmáticos. Las sanciones pecuniarias son las de mayor uso y la redacción del articulado denota la distancia con los postulados del derecho penal de autor ya superado en los Estados constitucionales<sup>12</sup>.

En Venezuela la adecuación al mandato no responde a ninguno de los criterios antes señalados. Al contrario, se ha creado un significativo número de sanciones a las personas jurídicas, la mayor parte de naturaleza penal, sin mayor técnica legislativa, ajenas a los principios de orden interno y divorciados de criterios de eficacia, proporcionalidad y disuasión.

Tanto los compromisos asumidos al suscribir esta Convención como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción fueron mal entendidos. Como consecuencia de ello, nos hallamos ante la más contundente demostración de lo que ha denominado la doctrina Derecho Penal Simbólico<sup>13</sup>: un sin número de normas sin eficacia e impacto sobre la convivencia pacífica y la paz social.

### **¿Cómo se penaliza a la actividad empresarial?**

El Código Penal<sup>14</sup> no establece responsabilidad penal para las personas jurídicas puesto que la responsabilidad es individual. Existe un Proyecto de Código Orgánico Penal, aún sin discusión por parte de la Asamblea Nacional, el cual contempla una norma específica al respecto:

---

12 Se entendía por derecho penal de autor aquel que no probare el acto en sí mismo, sino el acto como manifestación externa de una forma de ser del autor y sería delictivo lo prohibido, reprochable, peligroso vinculado a la personalidad. Se recomienda de Zaffaroni, E: (2000) *Derecho Penal Parte General, Tomo 1*, Ediar, Buenos Aires.

13 Al respecto se recomienda revisar CANCIO MELIÁ, Manuel. (2003). *¿Derecho Penal del Enemigo?*. En Jakobs/Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid.

14 Gaceta Oficial N°5.768 del 13 de abril de 2005.

Las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con las normas del presente código, en los casos en que la conducta punible haya sido cometido por decisión de sus órganos, con recursos de ésta y siempre que se perpetre en su interés o el de sus socios o administradores. La responsabilidad de las personas jurídicas, no excluirá la de las personas naturales, que hayan intervenido en la conducta punible<sup>15</sup>.

Esa norma se plantea en los términos en los que, hasta hace algunos años, venían consagrando prudentemente las leyes especiales en materia penal, las cuales atribuían responsabilidad a través de sanciones no restrictivas de libertad con respecto a los principios de proporcionalidad, lesividad y subsidiaridad, siempre y cuando se demostrara relación causal entre las acciones producto de las decisiones de las personas naturales que conformaban la persona jurídica y el resultado dañoso o de lesión al bien jurídico tutelado por la norma. Ejemplo de ello fueron la Ley de Delitos Informáticos<sup>16</sup> y la Ley Penal del Ambiente (derogada).

Actualmente, en la legislación penal abiertamente fragmentada, figuran básicamente tres tendencias en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la primera, conforme a la cual la responsabilidad penal recae directamente sobre la persona jurídica con penas pecuniarias y derivadas; la segunda, que atribuye la responsabilidad a personas naturales vinculadas a las personas jurídicas careciendo de criterios de imputación, y una tercera, que consagra ambas responsabilidades y las desdibuja, sancionando doblemente, en contravención del principio de única pena.

En los escenarios anteriores se contempla un significativo número de tipos penales con varias penas principales- prisión, multa, cierre de actividad económica, entre otras-atribuidas a directores, gerentes,

---

15 Artículo del Proyecto de Reforma del Código Penal: Tamayo-Fontiveros. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2004.

16 Artículo 5, 28

administradores por el solo hecho de desempeñar el cargo sin que medie relación causal. Lo anterior brinda la apariencia de la voluntad de hacer efectiva la reparación por el daño a los bienes jurídicos; no obstante, en la práctica, la mayoría de los casos quedan sin investigarse<sup>17</sup> y, en las escasas sentencias condenatorias que se dictan, se omite ejercer ante los tribunales las acciones civiles con el fin de reparar los daños y perjuicios derivados de los ilícitos penales, aun contándose con un procedimiento expedito para tal fin, de acuerdo al Código Orgánico Procesal Penal.

Las tendencias de penalización a las personas jurídicas no se visualizan con nitidez; antes bien, se entremezclan en los distintos instrumentos legales formalmente vigentes. Muestra de ello lo observamos en la Ley Penal del Ambiente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza Precios Justos, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza Ley de Instituciones del Sector Bancario, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, así como en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza Ley de Precios Justos.

La expansión del Derecho Penal hacia la regulación de la actividad económica ha implicado cambios en la naturaleza de ilícitos administrativos a ilícitos penales, normas dispersas en distintas leyes especiales y colaterales y, dentro de ellas, violación de principios generales: irrespeto de reserva legal, remisiones a normas de rango sublegal, falta de lesividad a bienes jurídicos de trascendencia, irrespeto en la proporcionalidad de la sanciones, doble penalidad y violación de la cosa juzgada.

En definitiva, mediante la consagración de las distintas modalidades de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sin técnica legislativa y contrariando los principios en materia penal, el ejercicio de la actividad empresarial se ha visto flagrantemente amenazado y, por ende, la vigencia del artículo 112 de la Constitución, el cual invita al desarrollo de la actividad económica a través de la conformación de empresas y demás personas jurídicas dentro de un sistema de economía mixta y un

---

17 Informe Anual Ministerio Público 2014. <http://www.mp.gob.ve/web/guest/informe-anual>

estado constitucional que traduce garantía de realización de derechos humanos.

### **Una causa de la desatinada regulación sancionatoria del sector empresarial**

La desatinada regulación sancionatoria del sector empresarial responde, por supuesto, a factores multifactoriales. Es menester resaltar en este sentido lo relacionado con la creación de los tipos penales por parte del Ejecutivo, vía decreto-ley, lo cual atenta contra el principio de legalidad y, en consecuencia, contra el principio de reserva legal, en tanto que los delitos sólo pueden establecerse en leyes formales, emanadas de la Asamblea Nacional. Son los integrantes del Parlamento los que gozan de representatividad popular y los llamados para legislar de acuerdo a una agenda racional, armónica y en respeto con los lineamientos constitucionales. Permitir al Ejecutivo legislar en materia penal es dar pie a terribles arbitrariedades.

Los decretos-leyes contribuyen a la proliferación de leyes penales y a la inseguridad jurídica, razón por lo cual acentúan la crisis del Sistema Penal venezolano, todo ello dentro de una política expansionista, criticada, entre otros autores, por Rosales, al señalar que “la expansión del control penal se dirige al relajamiento de los principios penales y de las garantías contra los más vulnerables”<sup>18</sup>.

No tiene sentido que toda ley, y menos un decreto presidencial, pretenda conllevar un título en el que se establezcan delitos. Esto, además de evidenciar un desconocimiento en materia penal, demuestra una falta de política criminal que, en definitiva, atenta contra la seguridad de los venezolanos y el sistema económico en cabeza de las empresas y demás personas jurídicas, pues sólo se crean leyes simbólicas, sin hacer uso racional de los recursos limitados con los que se cuenta en la actualidad, en el contexto de una grave crisis del Sistema Penal.

---

18 Rosales, Elsie (2010). Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela, p. 127.

### **Tres regulaciones que afectan el ámbito empresarial: Régimen Cambiario, Precios y Tributos: De la pretendida protección a los bienes y servicios a la llamada instauración de los “precios justos”**

En febrero de 2003, el Ejecutivo Nacional dictó una serie de “medidas temporales relativas al régimen cambiario” derivada de la situación generada por el paro petrolero del año 2002. Paralelamente dio a conocer un listado de bienes y servicios declarados de “primera necesidad”<sup>19</sup>, publicándose a través del Ministerio de la Producción y Comercio los primeros precios máximos de venta.<sup>20</sup>

Lo anterior dio inicio a una trayectoria de más de doce años de reformas en materia de control de precios y control cambiario. A continuación nos enfocaremos en la primera de ellas.

A partir del 2003 se inicia una regulación paralela de objetos de regulación común, con leyes de protección al consumidor y al usuario, contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de alimentos o productos sometidos al control de precios, costos y precios justos.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 fue reformada en forma sucesiva 2008, 2009 2010 y 2011. En el 2007 se sanciona la *Ley Especial de Defensa Popular* contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta *que afecte el* consumo de alimentos o productos sometidos a control de precios.

A partir del 2011 se hace notable un mayor control del sistema de control de precios mediante la sanción de la Ley de Costos y Precios Justos, cuyo objeto pretendía controlar los precios de la globalidad de bienes y servicios. No obstante, en la práctica, su aplicación se restringió a determinados productos alimenticios y de higiene personal.

---

19 Gaceta Oficial N° 37.626

20 Gaceta Oficial N° 37.629

El 18 de julio de 2011<sup>21</sup> entró en vigencia el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, en el cual se consagran tres ilícitos penales<sup>22</sup> generadas a partir de infracciones administrativas que, al repetirse por segunda vez, daba lugar a sanciones penales. Los ilícitos eran susceptibles de tener como sujeto activo a personas naturales o jurídicas<sup>23</sup>.

Este Decreto-Ley ha sido reformado en cuatro oportunidades. En la primera de ellas se produjo una fusión del Decreto-Ley de 2011 (el cual solamente contemplaba dos conductas delictivas sin pena corporal) con la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, el cual resultó derogado, pasando la Ley de Costos y Precios Justos a regular todo lo relativo a conductas delictivas, cuya tipificación está reservada a la actividad legislativa de la Asamblea Nacional, tales como usura, acaparamiento, especulación, boicot, oferta engañosa e, incluso, contrabando de extracción –regulado por la Ley de Contrabando–, así como corrupción entre particulares.

La corrupción entre particulares se incluyó en la reforma de noviembre de 2014<sup>24</sup>; sin embargo, y de manera simultánea, fue incorporado en la misma fecha un artículo con igual redacción por vía de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción<sup>25</sup>, en el cual se sanciona el mismo delito con igual pena, en una evidente duplicidad que genera conflicto sobre la validez material de la ley penal, no pudiendo castigarse dos veces a causa de la misma conducta ni acumular penas bajo la justificación de haber violado ambos preceptos jurídicos, ya que ello es contrario al principio *ne bis in idem*, por el cual

---

21 Gaceta Oficial N° 39.715

22 Artículos 44, 45 y 46 Ley de Costos y Precios Justos.

23 Artículo 42: “Para los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se entenderán por infracciones aquellas cometidas por las personas naturales o jurídicas que supongan el incumplimiento a las obligaciones establecidas en este Decreto Ley...”

24 Artículo 69 Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Precios Justos derogado. Artículo 63 Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos vigente.

25 Artículo 47 Decreto con Rango y Fuerza de Ley contra la Corrupción.

no puede juzgarse dos veces por los mismos hechos, conocido también como doble persecución penal.

Los Decretos-Leyes vigentes hasta 2014 contemplaban penas corporales de hasta catorce años de prisión; en tanto que la última reforma<sup>26</sup> aumenta la pena máxima a dieciocho años de prisión para el delito de contrabando de extracción. Sobre este instrumento legal debe señalarse la violación del principio de reserva legal al efectuarse remisiones a normas de rango sub-legal para complementar los tipos penales. Además, revela la característica de habersele dado carácter orgánico en abierta violación a la Constitución que reserva esta competencia a una mayoría calificada de la Asamblea Nacional, debiendo ser en todo caso inaplicada por los jueces mediante control difuso constitucional o ser solicitada su nulidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>27</sup>.

### **Ilícitos penales cambiarios**

En materia de control cambiario el panorama no es distinto al de la protección al consumidor y regulación de precios antes planteada. Si bien el control de cambios data de 2003, la Ley de Ilícitos Cambiarios entra en vigencia a partir de septiembre de 2005<sup>28</sup> y sufre una reforma por vía legislativa en febrero de 2008, mayo de 2010 y, luego, por el Ejecutivo a través de Decretos con Rango y Fuerza de Ley en diciembre de 2013, febrero 2014, noviembre de 2014 y enero de 2016<sup>29</sup>. Para el momento en que se edita este trabajo (y aún vigente) han existido seis versiones de regulación de una medida “temporal” tomada en el 2003 con el supuesto propósito de coadyuvar con la estabilidad económica del país.

---

26 Gaceta Oficial 6202 del 8 de noviembre de 2015.

27 En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en sus artículos 202 y 203, las exigencias de toda ley orgánica, siendo materia reservada a la Asamblea Nacional.

28 Gaceta Oficial Nro. 38.272.

29 Gacetas ordinaria Nro. 38879, Extraordinaria Nro. 6117, Extraordinaria Nro. 6126, Extraordinaria Nro. 6150, Extraordinaria Nro. 6210 respectivamente.

El instrumento legal original establece la prescripción de los delitos en tres años y, al mismo tiempo, contempla tres tipos penales que tienen en común un término medio de cuatro años y seis meses y multa del doble en bolívares de la operación cambiaria. Además, agrava la pena privativa de libertad de un tercio a la mitad en caso de ser funcionario público el sujeto activo y/o en los casos de cometer el delito por medios electrónicos o informáticos, o de especiales conocimientos o instrumentos propios de la materia cambiaria, financiera o contables.

La Ley de Ilícitos Cambiarios del 2005 sanciona las acciones de comprar, vender o de cualquier modo ofrecer, enajenar, transferir, recibir, exportar o importar divisas a partir de veinte mil un dólar (US\$ 20.001,00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en otras divisas, así como obtener divisas, mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento y destinar las divisas obtenidas lícitamente para fines distintos a los que motivaron la solicitud.

Las reformas parciales del 2008 y el 2010 mantienen los tipos penales bajo la misma descripción, rebajando en el primer ilícito la pena privativa de libertad en su término medio a cuatro años y mantiene sin modificación la pena pecuniaria.

Las reformas del 2013, 2014 y 2016 se distancian del principio rector en materia penal, el principio de legalidad; reforma los tipos penales (incluyendo la creación de nuevos ilícitos por Decreto con Rango y Fuerza de Ley) y contempla tipos penales abiertos y con remisiones a instrumentos de rango sub-legal.

En el 2013 se eleva la pena de adquirir divisas mediante engaño al término medio de 5 años<sup>30</sup>, con igual pena pecuniaria y se elimina la pena pecuniaria en el ilícito relacionado a la utilización de las divisas para fines distintos a su solicitud<sup>31</sup>.

En enero del 2016 se vuelve a penalizar, con prisión de tres a siete años, la utilización de divisas para fines distintos; al mismo tiempo, se

---

30 Artículo 16 Ley de Ilícitos Cambiarios derogada.

31 Artículo 17. —Utilización de las divisas a fines diferentes.

mantiene el ilícito de obtención de divisas violando las normas y sin hacer referencia a diferencias de sanciones por el monto de divisas - tal y como había sido contemplado en el 2014 -, con pena privativa de 3 años y 6 meses en su término medio y el reintegro de las mismas al Banco Central de Venezuela. Se excluye la pena de multa a este delito<sup>32</sup>.

De igual forma se mantiene el delito creado en 2014, cuya acción es incumplir la obligación de reintegrar, con pena de dos a seis años y multa del doble, el equivalente en bolívares del monto de la operación, sin hacer mención alguna a la proporción del monto reintegrado<sup>33</sup>. En términos generales, en ambas reformas se contempla el aumento de pena por la utilización de medios electrónicos o informáticos, o de especiales conocimientos o instrumentos de materia bancaria, financiera o contable y la comisión del ilícito por funcionarios.

Los delitos que crean las reformas más recientes –noviembre de 2014 y enero de 2016-, se caracterizan por el afán simbólico de frenar mediante regulaciones y amenazas de supuesta intervención del Sistema Penal la situación económica actual. La medida tomada en el año 2003 de control cambiario dio como resultado, trece años después, una diferencia de más del 800% entre la tasa oficial y tasa paralela del dólar.

Los últimos intentos previstos por la reforma del 2016 para paliar la grave situación cambiaria incluyen dos nuevas penalizaciones:

a.- Participar o realizar operaciones relacionadas con el régimen cambiario, presentar o suscribir balances, estados financieros y, en general, documentos o recaudos de cualquier clase o tipo que resulten falsos o forjados, o presenten información o datos que no reflejen su verdadera situación financiera o comercial, con pena de prisión de uno a tres años y multa equivalente a cinco décimas de la Unidad Tributaria (0,5 U.T.), vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación involucrada

---

32 Artículo 18. —Obtención de divisas violando las normas.

33 Artículo 23. —Incumplimiento de reintegro.

b.- Sanción de dos a seis años de prisión para quienes, de manera directa o indirecta, promuevan o estimulen la comisión de alguno de los ilícitos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, con el añadido de una multa equivalente a cinco décimas de la Unidad Tributaria (0,5 U.T.) vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la operación involucrada.

La adquisición de divisas mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento, permaneció con pena de tres a siete años de prisión y multa equivalente a cinco décimas de la Unidad Tributaria (0,5 U.T.) vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación cambiaria, además de la venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela, rebajándose la pena privativa de libertad de acuerdo a las reglas del delito imperfecto contempladas en el Código Penal.

La utilización de las divisas obtenidas, a través de los mecanismos administrados por la autoridades competentes del régimen de administración de divisas para fines distintos a los que motivaron su solicitud, continua con pena de prisión de dos a seis años y multa equivalente a cinco décimas de la Unidad Tributaria (0,5 U.T.) vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación cambiaria. Además, se considera ilícita toda desviación o utilización de las divisas por personas naturales y jurídicas distintas a las autorizadas que incurrieren en dicho ilícito.

El carácter penal del incumplimiento de reintegro se restringió coherentemente para imponer sanción de prisión de dos a seis años a quienes, estando en la obligación de reintegrar divisas cuyo monto fuera superior a cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 50.000,00)<sup>34</sup> o su equivalente en otra divisa al Banco Central de

---

34 En la reforma anterior la pena privativa de libertad se contemplaba sin importar la cantidad de divisas a reintegrar. El daño al bien jurídico protegido podía ser insignificante y sin embargo se enmarcaba en el tipo objetivo.

Venezuela, en los términos y condiciones establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley o en la normativa cambiaria vigente, incumpliesen la orden de reintegro dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que correspondiera, o quedase firme en sede administrativa la orden de reintegro, según el caso, con multa adicional equivalente a cinco décimas de la Unidad Tributaria (0,5 U.T.) vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación cambiaria.

### **Trato desigualitario a las personas jurídicas**

Todos los delitos antes referidos pueden tener como sujetos activos a cualquiera de las personas que estipula la ley dentro de su ámbito de aplicación: personas naturales y jurídicas, públicas y privadas que, bien actuando en nombre propio, o como solicitantes, administradores e intermediarios, verificadores o beneficiarios, participen en operaciones cambiarias

Sin embargo, en las reformas de la regulación cambiaria se plantea que el reintegro de las divisas por parte del sector público será efectuado en los términos convenidos por el sujeto obligado con el Banco Central de Venezuela y se mantienen exentas de declarar: 1) La República, cuando actúe a través de sus órganos; 2) Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), en lo que concierne a su régimen especial de administración de divisas previsto en la Ley del Banco Central de Venezuela; 3) Las empresas constituidas o que se constituyan para desarrollar cualquiera de las actividades a las que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos, dentro de los límites y requisitos previstos en el respectivo Convenio Cambiario. Lo anterior denota un trato no igualitario que, al igual que la Ley Orgánica de Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, excluye como sujeto activo de los delitos a las personas jurídicas enumeradas.

Los funcionarios públicos que desempeñan funciones de mando en la Administración Pública no están excluidos del cumplimiento de la

ley: sobre ellos, de ser el caso, recaen las prerrogativas contempladas en la Constitución Nacional y el Código Orgánico Procesal Penal referidas a la validez personal de la ley penal.

### **¿Responsabilidad por culpa?**

Los tipos penales en materia de régimen cambiario son de naturaleza dolosa, es decir, que el tipo subjetivo se conforma con el conocimiento y consciencia de la realización del hecho descrito en el tipo objetivo. No hay cabida para la responsabilidad penal por hechos cometidos por imprudencia, negligencia e impericia. No obstante, debe recordarse la decisión vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 12 de abril del 2011<sup>35</sup> que da cabida a la aplicación del dolo eventual por interpretación del artículo 61 del Código Penal, señalando la sentencia que:

[N]o sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 eiusdem) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y el de tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), y así se establece con carácter vinculante.

---

35 Revisión Constitucional de sentencia solicitada por los Fiscales Tutankamen Hernández y María Vispo, expediente 10-0681, con ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero.

## Ilícitos penales tributarios

La Constitución de 1999 le confiere un mandato a la Asamblea Nacional de dictar una reforma en el plazo de un año al Código Orgánico Tributario<sup>36</sup> que, entre otras cosas, eliminara la prescripción legal de los delitos tributarios graves, hiciera más contra delitos de evasión fiscal y contemplara multas y sanciones similares (incluida la prohibición del ejercicio de la profesión, para asesores, abogados, contadores y otros profesionales que actúen en complicidad para cometer delitos tributarios).

El Código Orgánico Tributario fue reformado dos años después y, cumpliendo el mandato constitucional, modificó las penas de los delitos y estableció la imprescriptibilidad del delito de defraudación tributaria. Contempló asimismo la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, por un término igual a la pena impuesta, a los profesionales y técnicos que, con motivo del ejercicio de su profesión o actividad, participaran, apoyaran, auxiliaran o cooperaran en la comisión del ilícito de defraudación tributaria, y otorgó responsabilidad a las personas jurídicas para responder por ilícitos tributarios, estableciendo, en lo que a este punto se refiere, que por la comisión de los ilícitos sancionados con penas restrictivas de la libertad los responsables serían sus directores, gerentes, administradores, representantes o síndicos que hayan personalmente participado en la ejecución del ilícito por lo que se respetaba en este sentido el principio de culpabilidad penal.

En el año 2014 (y la vigente Ley Constitucional del 03/01/2020) se deroga el Código Orgánico Tributario a través del Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Código Orgánico Tributario.<sup>37</sup> Esta reforma fue duramente criticada por los especialistas tributarios al considerar que violentaba el principio de legalidad, pudiendo en estos casos los jueces

---

36 Disposición transitoria quinta. Constitución Nacional 1999.

37 Fue derogado el COT publicado en G.O. N° 37.305 del 17/10/2001 por el nuevo COT contenido en Decreto N° 1.434 de fecha 18/11/2014 con Rango, Valor y Fuerza de Ley, publicado en G.O. Extraordinaria N° 6.152 del 18/11/2014, el cual entró en vigencia a los noventa (90) días continuos después de su publicación, el 16/02/2015.

desaplicar el Decreto-Ley en el caso concreto mediante control difuso de constitucionalidad. Al respecto, Fraga Pittaluga menciona, en su obra *Principios Constitucionales de la Tributación-Jurisprudencia* (Caracas 2006) lo siguiente:

[C]uando se permite al Poder Ejecutivo dictar, reformar o derogar leyes tributarias por la vía habilitante, se violenta el principio de la legalidad y reserva legal, sobre todo estando en juego dos derechos humanos fundamentales tales como la propiedad y la libertad. Asumiendo que el poder tributario no es un poder inherente al estado, sino un poder derivado del consentimiento dado por el pueblo a través del pacto constitucional en la admisión de su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, haciéndose cuesta arriba admitir que un poder distinto del legislativo, pueda satisfacer el principio de la reserva legal tributaria, porque sólo a través del cuerpo legislativo pueden los ciudadanos intervenir, aunque sea indirectamente, en la creación y aplicación de los tributos.

Esta observación resulta doblemente alarmante puesto que el Decreto con Rango y Fuerza de Ley agrava y crea tipos penales que restringen la libertad de las personas, tal y como se ha venido sosteniendo en el presente artículo.

En este sentido, el instrumento legal contempla la creación de nuevos ilícitos penales: insolvencia fraudulenta con fines tributarios e instigación pública al incumplimiento de la normativa tributaria con pena de uno a cinco años. En el tipo de defraudación tributaria se elimina el límite cuantitativo de 2.000 Unidades tributarias que respetaba el principio de mínima intervención en materia penal y su carácter subsidiario. La sanción de prisión se incrementa de 6 a 7 años, aumentándose en un tercio en el caso de obtención indebida de devoluciones.

En franca contribución con la desfragmentación legislativa se abre la posibilidad así para la creación, en futuras leyes especiales tributarias, de ilícitos y sanciones adicionales a las establecidas en este código<sup>38</sup>.

En cuanto a la imprescriptibilidad, ésta se extendió no sólo a la defraudación tributaria sino a los nuevos tipos penales de falta de enteramiento de anticipos por parte de agentes de recepción o percepción, o insolvencia fraudulenta con fines tributarios. Al respecto, más allá de simbólicamente aparentar severidad y eficacia en el ejercicio de la acción penal, lo que denota el Ejecutivo-redactor del instrumento legal es incoherencia. Una disposición de esta naturaleza incentiva los funcionarios públicos a dejar transcurrir el tiempo sin implicaciones para el ejercicio de la actividad punitiva, cuando es bien sabido que las investigaciones se hacen mucho más complicadas y hasta imposibles para la determinación de medios de prueba que demuestren la culpabilidad necesaria para atribuir responsabilidad penal.

El ejercicio de la actividad punitiva genera para el Estado la obligación de actuar con eficacia y celeridad, y dentro de los parámetros establecidos en la ley adjetiva. El fin del proceso es establecer la verdad de los hechos y la justicia en la aplicación del Derecho. Lejos se está de su concreción cuando el sistema penal pretende aparentar su búsqueda y, en la práctica, tiene una capacidad muy limitada de investigar los casos que resuelve, a expensas de violentar derechos fundamentales, vulnerados incluso desde la creación misma de tipos penales seleccionados previamente por el Ejecutivo.

### **Elementos comunes a los tres Decretos con Rango y Fuerza de Ley**

Los instrumentos jurídicos en estudio son Decretos con Rango y Fuerza de Ley. Los tres poseen características comunes que se asemejan a las distintas disposiciones que regulan la actividad empresarial en el país, contrariando el modelo de economía mixta consagrado en la

---

38 Art. 81 Código Orgánico Tributario.

Constitución. A manera de resumen se identifican algunos de los puntos coincidentes:

- En primer término comparten la misma exposición de motivos: “Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo y el engrandecimiento del país, basado en los principios humanistas y en las condiciones morales y éticas bolivarianas”.
- A través de los mismos se permite que el Presidente y su Consejo de Ministros legislen en materia de competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, el cual es el órgano constitucionalmente llamado para establecer ilícitos penales y sus sanciones.
- Proporcionan un tratamiento desigual entre las empresas privadas y el Estado, descartando los principios de transparencia.
- Desconocen que, al ser el Estado a través de sus órganos, los entes reguladores de las actividades económicas, se genera responsabilidad penal cuando del inadecuado o defectuoso desempeño no logran prevenir la ocurrencia de aquellos hechos que sanciona como ilícitos penales.
- Contribuyen al uso del Derecho Penal como mero simbolismo y permiten al Sistema Penal ejercer selectividad ante determinados entes empresariales del país.
- Atribuyen responsabilidad duplicada a las personas jurídicas, ya que sancionan a sus representantes como sus órganos y al ente.
- Violentan el principio de subsidiaridad y de lesividad del Derecho Penal: transforman ilícitos administrativos en penales.
- Establece penas desproporcionadas en relación con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y remiten a normas de rango sub-legal para complementar los ilícitos penales en abierta violación del principio de legalidad.

## Vía de desaplicación de los Decretos con Rango y Fuerza de Ley

Los instrumentos legales aquí señalados podrán ser desaplicados -en el caso concreto - por el juez; ello, en virtud del sistema mixto que contempla Venezuela con respecto al control difuso de constitucionalidad, en virtud de las diversas violaciones al principio de legalidad

Los tres casos en referencia se encuentran caracterizados por violaciones al principio de legalidad de los delitos y las penas, exacerbación de la aplicación de múltiples sanciones de índole administrativa y penal de manera simultánea o la sumatoria de las mismas en tiempo, llevando incluso a exceder la pena máxima de treinta años prevista en la Constitución para sanciones que restrinjan de algún modo la libertad individual, y revelando así un distanciamiento de la tendencia garantista de hacer uso mínimo del derecho penal.

Como ejemplo emblemático encontramos contemplados en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Precios Justos<sup>39</sup> delitos como el boicot, el acaparamiento o la especulación –artículos 55 al 57 del Decreto-Ley-, excluidos de beneficios procesales o fórmulas alternas de cumplimiento de penal, lo cual resulta claramente desigual si se compara dichos ilícitos con delitos de homicidio y violación respecto de los cuales se incluyó en el Código Penal una disposición similar suprimiendo la posibilidad de otorgar fórmulas alternas y sobre la cual el Ministerio Público interpuso una acción de nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>40</sup>, logrando suspender su aplicación<sup>41</sup>. Sorprende que, estando pendiente por resolverse el referido recurso, el Ejecutivo Nacional dicte un Decreto con Rango y Fuerza de Ley incorporando una norma similar cuando, en la actualidad, se encuentran suspendidos los efectos con respecto a

---

39 Artículo 88.

40 Expediente 2008-0287- de fecha 21 de abril de 2008.

41 Medida cautelar que suspendió los apartes de los artículos 374, 375, 406, 456, 457, 458, 459, parágrafo cuarto del artículo 460, 470 *in fine*, todos del Código Penal, así como el último aparte de los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas

la prohibición de otorgar beneficios procesales por los delitos señalados en el Código Penal.

### Bibliografía

Asamblea Nacional (2012) *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*. Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012. Imprenta Nacional. Caracas.

----- (2003). *Ley contra La Corrupción*. Gaceta Oficial 5.637 Extraordinaria. Imprenta Nacional. Caracas.

Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria, 24 de marzo de 2000.

Banco Mundial (2016). *Haciendo Negocios 2016*. En: <http://www.entornointeligente.com/articulo/7226131/VENEZUELA-Banco-Mundial-ubica-a-Venezuela-como-el-peor-paiacute;s-latinoamericano-para-crear-empresas>.

Cancio Melia, Manuel. (2003) *¿Derecho Penal del Enemigo?* En Jakobs/Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid.

FERRAJOLI, Luigi. (2000) *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, cuarta edición, traducción de Perfecto Ibáñez y otros, Madrid.

----- (2001). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, segunda edición, Madrid.

FRAGA PITTALUGA, Luis. (2006) *Principios Constitucionales de la Tributación – Jurisprudencia*. Caracas.

JAKOBS, Günter. (1998). “Sociedad, norma, persona: En una teoría de un Derecho Penal funcional”. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*. n° 13, Universidad de Externado, Colombia.

----- (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina.

Modolell Juan L (2001) *Empresa y Derecho Penal*. Universidad Católica Andres Bello. Caracas.

Naciones Unidas. (2001) *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Documento: A/55/383. Palermo, 2000.

Nikken Claudia (2012) *Estudio colectivo Ley de Costos y Precios Justos*. Colección Textos Legislativos. Editorial Jurídca Venezolana. Caracas.

Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de Las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 9 al 11 de diciembre de 2003. Mérida, México.

Presidencia de la República. . (2015) *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Precios Justos*. Gaceta Oficial 6202 Extraordinaria del 8 de noviembre de 2015. Imprenta Nacional. Caracas.

----- (2014) *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Tributario*. Gaceta oficial 6152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014. Imprenta Nacional. Caracas.

----- (2014) *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Régimen Cambiario y sus ilícitos*. Gaceta oficial 6126 Extraordinario del 24 de febrero de 2014. Imprenta Nacional. Caracas.

----- (2016) *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Régimen Cambiario y sus ilícitos*. Gaceta oficial 6210 Extraordinario del 5 de enero de 2016. Imprenta Nacional. Caracas.

Rosales, Elsie (2010) *Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela en XXXV Jornadas J. M. Domínguez Escobar*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto.

Silva Sanchez (1999). *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas.

Transparency International. The global coalition against corruption. (2010). *Informe Global de la Corrupción 2009: Corrupción y sector privado*. GCR 2009 Cover Spanish IGC-2009.Pdf

Zaffaroni, Eugenio (2000) *Derecho Penal, Parte General*. Tomo 1. EDIAR. Buenos Aires.

Zecenarro M, K (s.f). *Tendencias actuales sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas a propósito de los convenios internacionales de las Naciones Unidas sobre delincuencia organizada y corrupción.*



## **RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO LABORAL OTRA MUESTRA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN VENEZUELA**

---

Carmen E. Alguindigue Morles \*

### **Resumen**

Durante el período 1999-2015 Venezuela presenta una significativa producción legislativa, particularmente en lo que concierne a la regulación de la actividad empresarial. El marco legal muestra cambios importantes que coliden con el modelo económico consagrado en la Constitución y resalta la creciente incorporación de delitos en señal de endurecer las antiguas sanciones administrativas. Es evidente que se está en presencia de un proceso de criminalización de la actividad empresarial que frena el desarrollo en el país, de su economía y la inversión. Este artículo pretende explicar las incorporaciones de ilícitos penales en la esfera laboral y alerta sobre la utilización del derecho penal con fines evidentemente simbólicos y selectivos, contrariando los más trascendentales principios generales en la materia.

---

\* Abogado, UCV. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCV. Especialista en Gerencia de Auditoria de Estado USB. Especialista Gerencia Social, UCV. Doctoranda en la Universidad Central de Venezuela. Jefe Estudios Jurídicos e Internacionales Unimet. Profesora-investigadora pregrado y postgrado de la Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Capacitadora de Reformas Penales Latinoamericana del Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, OEA.

## **Palabras clave**

Actividad Empresarial, Criminalización, Selectividad, Principios Generales del Derecho Penal.

## **Abstract**

During the period 1999-2015, Venezuela showed a significant legislative production, particularly in the regulation of business activity. The legal framework reveals important changes which violate the economic model enshrined in the Constitution and highlights the growing incorporation of crimes as a sign of hardening the old administrative sanctions. It is clear that the country is in the presence of a process of criminalization of business that hampers development in the country, as well as its economy and investment. This article explains the additions of criminal acts in the labor area and warns about the use of criminal law with obvious symbolism and selectivity contrary to the most significant general principles on the matter.

**Keywords:** Business Activity, Criminalization, selectivity, General Principles of Criminal Law.

## **Introducción**

En nuestro país, hasta hace poco, la regulación del ámbito laboral incluía sólo de manera excepcional sanciones de tipo penal. La incorporación de las mismas deriva de la tendencia de trasladar a la esfera penal la tutela de bienes jurídicos tradicionalmente regulados por otras áreas del Derecho. En un estado constitucional prevalece el derecho penal garantista que sólo justifica su uso como último recurso de control social dado lo delicado y peligroso de sus consecuencias. El sistema penal, en la aplicación de los tipos penales relacionados al ámbito laboral, da evidencia de su simbolismo y selectividad. Este

trabajo desarrolla un nuevo tema dentro de la línea de investigación Sistemas Penales relacionado con la criminalización de la actividad empresarial y su relación con el debilitamiento del sistema económico y, por ende, del Estado constitucional.

### **1.-Nociones generales sobre derecho laboral y derecho penal**

El Derecho Laboral es una rama del derecho privado cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto regular jurídicamente las relaciones entre empleados y empleadores, en forma individual y colectiva, estableciendo sus derechos y deberes recíprocos.

Si bien buena parte de las relaciones surgidas en el ámbito laboral son reguladas por el derecho privado, prevaleciendo el acuerdo entre las partes contratantes, es innegable que presentan un interés público de importancia notoria. Incluso, algunas de las actividades propias de las relaciones de trabajo involucran riesgos que pueden incidir en la seguridad humana, la protección del ambiente, el sistema económico y, en general, en el bienestar colectivo (muerte o lesiones por accidentes laborales, trabajo forzado a niños y adolescentes, acoso laboral, entre otros).

Se entiende que en aquellas situaciones donde se afecten bienes jurídicos de importancia trascendental se estipulan sanciones que buscan reparar la violación de derechos o daños; no obstante, la creación de tipos penales debe verse con particular cuidado en vista de las características y consecuencias propias de su aplicación.

De acuerdo a la definición de Derecho Penal que se sigue, “[e]l Derecho Penal es una rama del saber jurídico llamada a orientar las decisiones de los operadores de justicia a los fines de contener el poder punitivo en su función de perseguir y sancionar las acciones que pongan en peligro o ataquen los bienes jurídicos de mayor importancia para la convivencia y el desarrollo social, de acuerdo con los principios del Estado Constitucional”<sup>1</sup>.

---

1 Zaffaroni, Eugenio (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires:

Dentro del Derecho Penal entendemos al Derecho Penal Laboral como aquél que está llamado a aportar herramientas que sirvan para interpretar los principios generales y el ámbito normativo que limita el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en la tutela de bienes jurídicos susceptibles de ser afectados con ocasión de las relaciones de trabajo. Su fin se enmarca dentro de la búsqueda de facilitar la aplicación de los tipos penales vinculados a la materia de manera coherente, armónica y racional.

## 2.-Penalización actividades inherentes a la actividad laboral

Tradicionalmente, los tipos penales vinculados al área laboral se encontraban contemplados dentro de la Ley Orgánica de Protección y Medio Ambiente del Trabajo y la Ley Orgánica de Protección del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia. En su contenido, ambas leyes daban paso de manera excepcional a las sanciones penales en el marco de un importante elenco de sanciones de carácter administrativo.

No obstante su excepcionalidad, los ilícitos en ellos contemplados presentaban circunstancias contrarias a principios generales del Derecho Penal. Como muestra, la Ley Orgánica de Protección y Medio Ambiente de Trabajo, la cual pareciera atribuir responsabilidad penal objetiva a patronos y/o empleadores por accidentes de trabajo ocurridos como consecuencia de la violación de deberes graves o muy graves estipulados en la norma, lo cual daría paso al derecho penal de autor (es decir, a la acción de castigar al patrono por ser patrono, y no por su actuación concreta para producir el daño)<sup>2</sup>.

Desde el año 2007, a raíz de la reforma de la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, la tutela del instrumento jurídico se extendió a hechos que se produzcan dentro de cualquier espectro,

---

Ediar.

2 Al respecto se sostiene que, a pesar de la pretendida atribución de responsabilidad objetiva a los patronos o sus representantes, resulta necesario realizar el análisis correspondiente a la determinación de la relación del nexo causal entre el hecho y el resultado que pretende atribuirse.

incluso, en el ámbito laboral. Esto muestra una marcada diferencia frente a la regulación anterior, la cual se limitaba a situaciones que se generaban exclusivamente dentro de las relaciones familiares. En la actualidad, cualquier acción de violencia contra la mujer es susceptible de ser cometida en el ámbito laboral y la violencia laboral se consagra como delito autónomo.

Más recientemente, y en flagrante violación del principio rector de legalidad<sup>3</sup>, el Decreto con Fuerza y Rango de Ley del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras convierte en injustos penales situaciones que, hasta entonces, se habían visto sometidas a una regulación meramente administrativa: negativa de reenganche, infracción a los límites de la jornada de trabajo, no acatamiento de instrucciones dictadas por la administración y la falta de cancelación de multas, entre otras.

Lo anterior denota la creciente tendencia a conferirle carácter delictivo a situaciones que ocurran en el marco del desempeño de la actividad económica y la relación de contratación laboral como, por ejemplo, el derecho de un grupo de empresarios a decidir si continúan o no con su giro económico, si cambian su dedicación a otra actividad o, simplemente, deciden cerrar el giro de la empresa,<sup>4</sup> en el entendido de que el desarrollo de la actividad económica lícita forma parte del desempeño profesional a la luz del Código de Comercio y se encuentra amparado en el derecho a la libertad económica establecido en la Constitución<sup>5</sup>. De allí que la Sala Constitucional haya planteado como limitaciones a la libertad económica las que “puedan alterar al orden público e incidan sobre la vida y desenvolvimiento que desempeñe el resto de la colectividad”<sup>6</sup>.

---

3 El principio de legalidad, como principio medular en materia penal, implica la necesaria existencia de una ley previa que reúna, entre otros requisitos, tener carácter escrito y ser formulada por el órgano llamado constitucionalmente para tal proceso de acuerdo al procedimiento establecido.

4 Tipo penal contemplado en el artículo 539 de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

5 Artículo 112. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

6 Sentencia del 13/11/01, caso Pedro Alid Zoppi y otros

En tal sentido, los empresarios tienen el derecho a decidir libremente sobre la posibilidad de continuar con el desempeño de la actividad económica, por lo cual no le está dado al legislador crear sanciones de carácter penal contra quien decida interrumpir su desempeño económico, pudiendo ser obligado únicamente a cumplir con el resarcimiento justo a los trabajadores.

Como veremos, buena parte de los ilícitos vinculados al área penal -en el plano empresarial- son ajenos a los principios que deben inspirar y guiar su creación y aplicación. Así lo denota, por ejemplo, la violación a los principios de mínima intervención, lesividad, proporcionalidad, tipificación estricta y culpabilidad; ello, aunado a la forma en que los supuestos delitos son procesados por el Ministerio Público y los tribunales penales, revela una clara lejanía de los postulados del Estado constitucional.

En el área laboral, y dentro de la enorme gama de regulaciones del ámbito empresarial<sup>7</sup>, figuran disposiciones que pretenden hacer respetar el marco regulatorio sin que, en la práctica, existan las condiciones para su aplicación y ejecución. Ocurren entonces, en palabras de Peter Noll, “situaciones del Estado que se asemejan a los comportamientos de aquellos animales que se agotan en actitudes de combate o amenazantes porque no están en condiciones de llevar a cabo la batalla real”<sup>8</sup>.

Esa situación, conjuntamente con el carácter marcadamente selectivo del sistema penal venezolano, hace del fenómeno de la criminalización primaria en este sector un proceso netamente simbólico<sup>9</sup>, lejano de impactar el desarrollo del sistema socioeconómico en pro del bienestar colectivo, el crecimiento del país y, concretamente (en lo que al área laboral se refiere), en la concreción de respeto y salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

---

7 Como ejemplo de ello figuran la regulación de precios, el control cambiario, los tributos, la actividad financiera, entre otras.

8 Noll Peter (1973), p. 157.

9 Al respecto puede revisarse Hassemmer, Winfried, 1995, pp. 23-36.

### **3.- Comentarios acerca de los tipos penales contenidos en el Decreto con Fuerza, Valor y Rango de la Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores**

Antes de analizar los tipos penales resulta imprescindible alzar la voz en cuanto a la colisión que se plantea entre este instrumento legal y el principio de reserva legal, por cuanto el mismo no reúne los requisitos propios de una ley formal. La creación de delitos es materia del Poder Legislativo y estos ilícitos penales fueron creados, en cambio, por el Ejecutivo a través de un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley aprobado en el marco de la Ley Habilitante del año 2010.

El principio de legalidad<sup>10</sup>, como principio medular en materia penal, implica la necesaria existencia de una ley previa que reúna, entre otros requisitos, ser una ley de carácter escrito, es decir, una ley formulada por el órgano llamado constitucionalmente para tal proceso, cumpliendo cabalmente con el procedimiento establecido. De acuerdo con Beccaria: “sólo la ley puede limitar la libertad y solo el legislador puede hacerlo por ser quien representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social”<sup>11</sup>.

El principio de legalidad se halla consagrado dentro del ordenamiento jurídico venezolano, principiando por la propia Constitución, así como del marco del derecho al debido proceso<sup>12</sup>: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. De igual forma se encuentra contemplado taxativamente en la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos<sup>13</sup>, en la Declaración Universal de

---

10 En relación al principio de legalidad en materia penal pueden consultarse importantes aportes de la doctrina: Ferrajoli (1990), Velázquez (1986), Baratta (1985), Heinz Jossel (1984) y Rosales (1996).

11 Agudelo, Nodier, 2012: XXV.

12 Numeral 6 del artículo 49. Constitución República Bolivariana de Venezuela.

13 Artículo 9, y en el 7, numeral 6. Convención Inter-Americana de Derechos Humanos.

Derechos Humanos<sup>14</sup>, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup>, así como en el Código Penal<sup>16</sup>.

La evolución del principio de legalidad en materia penal ha dado luces a un nuevo contenido que involucra no solamente la existencia previa del tipo penal a través de leyes formales sino también la necesidad de que esa ley sea estricta, escrita y cierta<sup>17</sup>. Más allá del contenido formal, el principio de legalidad involucra también un contenido material, es decir, que excede de los controles formales de la producción de normas penales y tiende a la efectiva garantía de los derechos humanos<sup>18</sup>.

Por consiguiente, no resulta aceptable la creación de tipos penales a través de leyes materiales, pues ello atenta contra la idea de un Estado constitucional en tanto que, en lugar de limitar el poder del Estado, específicamente su poder punitivo (el cual es el más poderoso y peligroso mecanismo de control social) se amplía. Ir contra esta limitación que circunscribe la posibilidad de crear tipos penales a través de leyes formales equivale a contravenir uno de los postulados del artículo 2 de la Constitución que consagra a Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Montovini, citado por Frías Caballero<sup>19</sup>, explica que es el Parlamento el que representa la voluntad de los ciudadanos, razón por la cual se constituye así en suprema garantía de la seguridad y la libertad. La justificación de dejar en manos del Poder Legislativo la potestad de crear delitos y penas se fundamenta en el hecho de que se trata del Poder menos peligroso, al tiempo que se impide la intromisión arbitraria del Poder Ejecutivo, considerado el más peligroso en materia represiva.

En la doctrina nacional se cuenta con un estudio detallado de la cuestión por parte de Juan Luis Modolell quien asegura que, de

---

14 Artículo 2, numeral 11. Declaración Universal de Derechos Humanos.

15 Artículo 3, numeral 9. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

16 Artículo 1 del Código Penal.

17 Carrasquilla, 1989: 19

18 Rosales, E, Bello, C. S, Borrego, C, 1996: 89

19 Frías Caballero 1993: 37.

realizarse una interpretación sistemática de la Constitución, se llegaría a la conclusión de que el Presidente de la República no puede legislar en materia penal, en tanto que, si de acuerdo a lo establecido en el artículo 337, el Presidente no puede restringir el derecho al debido proceso al declarar un estado de excepción, menos aún lo puede hacer ante una “situación de menos excepcionalidad, como es la habilitación”<sup>20</sup>.

En conclusión, es el Poder Legislativo el único competente para crear y modificar tipos penales. Avalar que esta función sea ejercida por el Poder Ejecutivo atenta contra los más importantes derechos humanos de los integrantes de la sociedad y, por ende, es dable concluir que los delitos contemplados en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores carecen de legitimidad, llevando en consecuencia a que su aplicación debiera ser descartada por los órganos jurisdiccionales haciendo uso del control difuso de la Constitución<sup>21</sup>.

El mencionado control difuso no solamente es plausible de ser aplicado por los jueces en cuanto al principio de legalidad. Lo mismo puede decirse acerca de los tipos penales creados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadores y Trabajadoras frente a los principios generales del Derecho Penal emanados de los postulados del modelo de Estado democrático, social de derecho y de justicia, consagrado en la Constitución. Ello, en vista de que presentan violaciones flagrantes contra el principio de *ultima ratio* o mínima intervención, bien jurídico, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad y tipificación estricta. Sobre ellos ahondaremos en el análisis que sigue.

---

20 Modolell Juan 2011: 37.

21 Artículo 334 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

#### **4.- Ilícitos penales contemplados en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.**

En primer lugar es menester resaltar que, en este Decreto con Rango y Fuerza de Ley, resulta confuso determinar los ilícitos de naturaleza penal. Se encuentran recogidos en capítulos distintos y entremezclados con disposiciones sobre la estabilidad laboral e ilícitos administrativos. Al mismo tiempo se tipifican ilícitos penales que, para completar la acción requerida por el tipo objetivo o la sanción aplicable, ameritan normas contenidas en otras leyes<sup>22</sup>, tal como en los casos de acoso sexual, acoso laboral y corrupción, los cuales conllevan a la revisión de la Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida libre de Violencia, así como de la Ley Contra la Corrupción.

Los tipos penales autónomos que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores son:

##### **Desacato Orden Judicial de Reenganche**

Este tipo penal<sup>23</sup> constituye un subtipo del que se halla previsto en Ley Orgánica de Amparo<sup>24</sup> y contempla igual sanción: pena de seis a quince meses de prisión<sup>25</sup>. Una descripción similar de este ilícito lo contempla también la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescente con pena de prisión de seis meses a dos años, la cual tendrá

---

22 Artículo 521 y 522 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

23 Artículo 91. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

24 Artículo 31. Ley Orgánica de Amparo.

25 La pena de prisión es una pena corporal regulada por el artículo 14 del Código Penal. Se cumple en establecimientos penitenciarios o, en su defecto, en penitenciarias. Sólo cuando la pena no exceda de un año, previa deducción del tiempo de detención preventiva, existe la imposibilidad de traslado fuera del estado donde se dicte la sentencia.

preferencia en el caso de decisiones judiciales en las cuales el sujeto de protección sea un niño o adolescente<sup>26</sup>.

La acción requerida por el tipo penal exige que transcurran tres días de haberse dictado la sentencia firme<sup>27</sup> que declare con lugar la solicitud del trabajador y ordene el reingreso y el pago de los salarios caídos sin que el patrono la acate. Este tipo penal exige el dolo en la ejecución de la acción, por lo cual resulta necesaria la consciencia y voluntad por parte del patrono de no atender el mandato judicial, debiéndose verificar de igual forma todos los demás elementos que conforman el delito, es decir, la antijuridicidad de la conducta y los elementos de culpabilidad y la penalidad. Como consecuencia de lo anterior, y sólo a manera de ejemplo, no sería punible –y, por ende, se debería sobreseer- cualquier averiguación en el supuesto de que no se proceda a reenganchar al trabajador por un cierre justificado de la actividad económica de la empresa o por una catástrofe natural que impida el paso a las oficinas.

La imposición de la pena establecida no procede de inmediato: para ello debe cumplirse con el procedimiento establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, es decir, que el juez laboral dé aviso al Ministerio Público para que éste, en su carácter de director de la acción penal, inicie las investigaciones del caso. En este caso no están dados los extremos de detención en flagrancia, por lo que mal pudiera ir una comisión de los cuerpos policiales a arrestar al patrono en su residencia o en la sede de la empresa. De considerarlo pertinente, el fiscal del Ministerio Público podría solicitar una orden de aprehensión, supuesto que, junto a la medida cautelar de detención preventiva, ésta sería de naturaleza excepcional en virtud de la naturaleza de la pena<sup>28</sup>. Las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso podrían

---

26 Artículo 270. Ley Orgánica de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.

27 Decisión judicial contra la cual no puede ejercerse recurso alguno.

28 El principio general es la libertad del investigado durante el proceso, la restricción de libertad es una medida excepcional y de interpretación restrictiva (artículo 9 y 229 COOP). Cuando el delito que sea materia del proceso merezca una pena privativa de libertad que no exceda de tres años en su límite máximo, y el imputado haya tenido una buena conducta pre-delictual, solo procederán medidas cautelares sustitutivas (artículo 239, COOP).

ser aplicables en estos casos, así como la suspensión condicional del proceso<sup>29</sup>. En el supuesto de una sentencia condenatoria, el responsable del hecho tendría, de pleno derecho, la suspensión condicional de la pena, al reunirse los extremos reunidos en la norma adjetiva<sup>30</sup>.

### **Desacato de órdenes emanadas de la administración**

Este delito consagrado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores es novísimo en nuestra legislación<sup>31</sup>, al igual que el contemplado en la Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>32</sup>. Ambos abarcan infracciones administrativas y su consagración, dentro del ámbito penal, denota un notable distanciamiento frente a los postulados de un derecho penal garantista, acorde con los lineamientos constitucionales.

Además, presenta tres supuestos, a saber: desacato a la orden de reenganche al trabajador amparado por el fuero sindical o inamovilidad laboral; desacato por violación del derecho a huelga, así como desacato por incumplimiento u obstrucción de actos de las autoridades administrativas del trabajo.

Los supuestos indicados dan cuenta de la utilización del Derecho Penal como mero simbolismo, impactado por la alta dosis de selectividad del poder político en un sistema penal no sólo visiblemente colapsado sino ampliamente cuestionado en términos de eficiencia para dar respuesta a los delitos violentos que afectan la paz social.

Se tipifica como delito no acatar decisiones dictadas por las autoridades administrativas del trabajo sin siquiera identificar

---

29 Artículos 38,39, 41 y 43 del COOP.

30 Artículo 482 del Código Orgánico Procesal Penal.

31 Artículo 538. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

32 Artículo 270. Ley Orgánica para la Protección de de Niños, Niñas y del Adolescentes.

taxativamente los tipos de decisiones. La sanción estipulada es de seis a quince meses de arresto<sup>33</sup>.

Los sujetos activos del delito son los patronos que instiguen a la infracción y -de no estar identificados-, los miembros de la Junta Directiva. El tipo penal señala a los sujetos responsables no por su participación culpable sino por el sólo hecho de ocupar esas posiciones. Se pretende imponer una sanción penal por haber sido desobedientes con la administración, sin respetar el principio de lesividad penal, es decir, sin que se resulte claro si la actuación concreta de los sujetos activos señalados lesiona o pone en peligro bienes jurídicos. El delito no es la concreción de un perjuicio sino una mera actividad que el legislador (y, en este caso, el Ejecutivo), resolvió criminalizar, dando paso al anacrónico derecho penal de autor.

Resulta importante recordar que las decisiones administrativas, a diferencia de las judiciales definitivamente firmes, son actos administrativos contra los cuales cabe el recurso de reconsideración y jerárquico contra la propia autoridad de la cual emanó la decisión o su superioridad, incluso luego de que exista la posibilidad de interponer ante los órganos jurisdiccionales la respectiva demanda de nulidad.

En el marco de este delito resulta preocupante la violación, de manera flagrante, del principio de legalidad en su versión de necesidad de ley estricta, clara y suficiente<sup>34</sup>. No se indica cuáles actos se consideran delito; de hecho, la posibilidad es ilimitada, sin importar cuán grave o insignificante sea la orden impartida por la administración, al punto de imponerse la misma pena, contrariando a su vez el principio de proporcionalidad.

Las consecuencias de incurrir en estas infracciones, a pesar de la apariencia de dar lugar a una pena menos severa,<sup>35</sup> tiene consideraciones

---

33 El arresto es una pena principal contemplada en el artículo 17 del Código Penal. Su lugar de cumplimiento son establecimientos locales o cuarteles de policía.

34 También denominado Principio de Tipificación Estricta.

35 El tipo de pena a pesar de ser restrictiva de libertad es de arresto policial y no de prisión. Sin embargo, en las condiciones actuales del Sistema Penitenciario, la asignación de centros de reclusión no siempre es respetado y es notorio que las

que podrían catalogarse de mayor arbitrariedad y gravedad. El propio texto del artículo dedicado al procedimiento del Inspector del Trabajo contempla, al declarar procedente una solicitud de reenganche<sup>36</sup>, que de persistir el desacato u obstaculización de la decisión administrativa, sin siquiera establecerse un lapso de incumplimiento, se configuraría una flagrancia, por lo cual se abre paso a una detención por parte de cuerpos policiales de hasta un lapso de 48 horas antes de la presentación al juez de control por parte del Ministerio Público.

Las consideraciones efectuadas con relación a la improcedencia de medidas cautelares de privación de libertad y derecho a las formas alternas de prosecución del proceso y suspensión condicional del proceso y/o pena son aplicables, de igual forma, a este tipo penal.

### **Cierre ilegal e injustificado de la fuente de trabajo**

En este tipo penal<sup>37</sup> existe de nuevo una notable colisión con el principio de legalidad en cuanto no existe una norma legal que pueda responder qué se entiende por cierre injustificado e ilegal de una actividad comercial. Se está en presencia una norma penal en blanco que dista de dotar de seguridad jurídica a la actividad empresarial. En este sentido, no es una tarea sencilla para el operador de justicia precisar cuándo se está incurriendo en este tipo penal y, mucho menos, llevar a cabo las labores de investigación para dilucidar la gravedad de las circunstancias que pudieran justificar una pena privativa de libertad para el patrono de seis a quince meses de arresto<sup>38</sup>. La garantía para los que llevan a cabo una actividad económica en el país se encuentra

---

comandancias de policía albergan delincuentes comunes por la falta de capacidad instalada de los centros penitenciarios del país.

36 Numeral 6, Artículo 425. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

37 Artículo 539. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

38 Nótese que la pena de arresto está dirigida al patrono. En este tipo penal no existe la posibilidad de sancionar a los miembros de la junta directiva en defecto de la identificación del patrono.

amenazada, una vez más, al no tenerse certeza de las circunstancias que podrían ser parte del sistema penal.

Independientemente de la posibilidad de optar por medidas cautelares sustitutivas, formas alternas de prosecución del proceso y suspensión condicional del proceso y/o pena, en todos estos supuestos de inicio de procedimiento penal existe el peligro de una detención que se extiende a cuarenta y ocho horas hasta la presentación al juez de control respectivo.

La reincidencia en el no acatamiento de órdenes provenientes de la autoridad administrativa laboral, o en el cierre injustificado de la fuente de trabajo, se penaliza con aumento de la mitad de la sanción establecida<sup>39</sup>.

### **Incumplimiento de pago de multa**

Al igual que el tipo penal referido al desacato de las órdenes administrativas, este supuesto compromete seriamente los postulados del estado de derecho. A través de tal disposición se aplica una pena de arresto de diez a noventa días a quienes, habiendo sido sancionados, no procedan de inmediato al pago de la multa impuesta. La sanción pecuniaria impuesta por la autoridad administrativa pasa a convertirse así en medida de restricción de la libertad a través de la modalidad de arresto. Nuevamente se utiliza al sistema penal como mecanismo de coacción a los administrados para que acaten decisiones contra las cuales el ordenamiento jurídico da lugar a recursos de revisión tanto por vía administrativa como contenciosa.

Si bien la pena impuesta no daría lugar a privación de libertad por cuanto operaría el otorgamiento de medidas alternas a la prosecución del proceso y de la pena, no es menos grave que se someta al investigado a las falencias de un sistema penal y a sus consecuencias. El otorgamiento

---

39 Artículo 540. En caso de que un infractor o una infractora al que se refieren los artículos anteriores reincida en el hecho que se le imputa, la pena prevista para la infracción se aumentará en la mitad.

de cautelares crea incidencias ante cualquier otra investigación penal que pudiera adelantarse, al igual que los antecedentes penales por sentencias en estos tipos delictivos.

Resulta preciso hacer notar como un error grave inserto en el instrumento legal en estudio es que se redactó la norma<sup>40</sup> dándose a entender que, en el caso de la no cancelación de la multa fijada por la administración, el funcionario remitiría el caso ante el Ministerio Público para que procediera de inmediato a la conversión a la pena. De acuerdo a la citada redacción, pareciera entonces que el derecho al debido proceso y a la defensa es conculcado de manera automática, verificándose la usurpación de funciones del juez de penal por parte del fiscal del Ministerio Público.

Otras disposiciones relacionadas al ámbito penal del referido Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Trabajo los Trabajadores y Trabajadoras son las siguientes:

- a.- Prohibición de recibir dádivas o recompensas por parte del funcionario del trabajo<sup>41</sup>, ordenando la destitución de su cargo. Resulta extraño que el artículo no haga referencia a la indiscutible obligación de participar al Ministerio Público el hecho en cuestión con el fin de iniciar una investigación penal por delitos consagrados en materia contra la corrupción, a consecuencia de lo cual operaría como pena accesoria la citada destitución. Nótese que la prohibición no hace mención expresa a la prohibición de recibir dádivas y recompensas en el ámbito de sus funciones, lo cual pareciera incluir situaciones que no entrarían necesariamente en colisión con la probidad del funcionario.

El ilícito de recibir retribuciones por realizar algún acto inherente a sus funciones, denominado por la doctrina “corrupción activa”,

---

40 Literal (g), artículo 547. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabajadores.

41 Artículo 542. El funcionario o funcionaria del Trabajo que perciba dinero o cualesquier otro obsequio o dádivas será destituido o destituida, de conformidad con el procedimiento que corresponde según la ley.

se encuentra contemplado en el artículo 63 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica Contra la Corrupción. La pena es de uno a cuatro años de presidio y hasta el cincuenta por ciento de lo recibido o prometido. El que diere o prometiére el dinero al funcionario incurre en el delito de corrupción pasiva y será sancionado con la misma pena.

- b.- Obligación del funcionario del trabajo de notificar cualquier infracción de su normativa conocida con ocasión del ejercicio de sus funciones o de cualquier otra manera ante la autoridad a que corresponda<sup>42</sup>, lo cual debe extenderse no sólo al contenido del presente Decreto con Rango y Fuerza de Ley sino a cualquier otro delito, de acuerdo al contenido del artículo 52 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica Contra la Corrupción.
- c.- Imposición de multa a los patronos que incurran en acoso laboral o acoso sexual para con los trabajadores<sup>43</sup>, lo cual, en absoluta violación al principio constitucional de igualdad, se le impondrá cuando el sujeto activo sea del sexo masculino por cuanto, de incurrir en tales conductas hacia la mujer, la norma que tendrá aplicación preferente es la estipulada en la Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia<sup>44</sup>.

---

42 Artículo 552. Los funcionarios o funcionarias del Trabajo que hubieren conocido de cualquier infracción de esta Ley con ocasión del ejercicio de sus funciones o de cualquier otra manera, estarán obligados a hacer la denuncia ante la autoridad a que corresponda o a proceder de oficio si fuere el caso.

43 Artículo 528. El patrono o patrona que incurra en acoso laboral o acoso sexual se le impondrá una multa no menor del equivalente de treinta unidades tributarias, ni mayor del equivalente a sesenta unidades tributarias sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que tenga derecho el trabajador o trabajadora.

44 Artículos 40, 48 y 49 Ley Orgánica sobre el Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

## 5.- Comentarios sobre los tipos penales de Ley Orgánica de Protección y Medio Ambiente del Trabajo

Este instrumento legal deroga el sancionado en 1986 y subsana un error que presentaban los tipos penales relativo a la no consagración de monto mínimo de las sanciones, por lo cual era imposible efectuar el cálculo de la pena de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Penal<sup>45</sup> partiendo del término medio para considerar las agravantes y atenuantes. El tipo de responsabilidad contemplado en el instrumento legal derogado derivaba del riesgo que asumía el empleador, a pesar de hallarse en conocimiento del peligro que sufría el empleado<sup>46</sup>.

En la ley vigente no se exige conocimiento del peligro por parte del empleador, puesto que la responsabilidad se deriva de la producción de hecho bajo el supuesto de la violación de supuestos graves o muy graves de la normativa legal<sup>47</sup>. Al respecto se considera que la remisión de esa norma penal en blanco es a la propia ley en el articulado que define las infracciones graves o muy graves. No obstante, es pertinente acotar que debe corregirse tal vacío en una futura reforma, por cuanto da lugar a la violación del principio de tipicidad estricta en materia penal<sup>48</sup>.

El tipo subjetivo que exige la norma es la culpa -imprudencia, negligencia e impericia- y no el dolo eventual, según figuraba en la ley derogada. La asignación de responsabilidad a los sujetos activos del delito (empleador o representante), tal y como está pautada en el artículo 131 de la Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, violenta el principio de la responsabilidad penal subjetiva. Atribuye la acción bajo la modalidad de culpa al empleador o su representante, sin que pareciera ameritarse la relación de causalidad de la acción con el resultado derivado y la comprobación de la violación de las normas de seguridad laboral<sup>49</sup>.

---

45 Artículo 37. Código Penal.

46 Artículo 33. Ley derogada de Condiciones y Medio Ambiente Laboral.

47 Artículo 131. Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

48 Artículo 119 y 1120. Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

49 Es importante analizar el contenido del artículo 1 ordinal 6 de la Ley Orgánica de

El delito de corrupción consagrado en la Ley Orgánica Sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo<sup>50</sup> es la réplica del delito de corrupción activa contenido en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica contra la Corrupción<sup>51</sup>. La tipificación en comento pareciera limitar a los sujetos activos a los funcionarios del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral (Inpsasel), excluyendo a los demás funcionarios administrativos del trabajo a los que se hace mención en la ley. Al respecto, cabe recordar que el tipo penal contenido en la ley en materia de corrupción incluye a cualquier funcionario público.

La imposición de sanciones penales por inobservancia de órdenes administrativas también está presente en esta ley, al igual que en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras. Las órdenes se encuentran delimitadas en la omisión de informar al órgano competente de la muerte del trabajador con ocasión de un accidente de trabajo y el suministrar informaciones falsas en la declaración de los accidentes y enfermedades ocupacionales ante la autoridad administrativa. La pena impuesta para ambos delitos es de una a dos años de prisión.

En cuanto al ejercicio de la acción penal para investigar los delitos de la ley en referencia se establece de manera equivocada que los afectados o causahabientes pueden ejercer directamente las acciones penales correspondientes, sin la intervención del Ministerio Público<sup>52</sup>.

---

Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Dicho ordinal consagra como uno de los objetos de la ley el “regular la responsabilidad del empleador y sus representantes ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional cuando existiera dolo o negligencia de su parte”. Del contenido el ordinal se desprende que se exige para responsabilizar al patrono un vínculo de causalidad e imputación objetiva entre la conducta y el resultado, lo cual elimina la responsabilidad objetiva que pretende desprenderse del artículo 131 de la ley. En otro orden de idea es importante señalar que la responsabilidad por dolo escapa de la regulación de esta ley y su regulación corresponde a los delitos contra las personas contemplados en el Código Penal.

50 Artículo 122.

51 Artículo 63. En este artículo también se penaliza al particular a quien diere o prometiére el dinero, retribuciones u otra autoridad.

52 Artículo 131, aparte final Ley Orgánica Sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Esta disposición contradice los principios del sistema acusatorio y, por ende, del procedimiento penal. El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública. Las víctimas pueden querellarse, siempre y cuando el fiscal respectivo haya ejercido previamente la acción penal.

### **6.- Comentarios sobre los tipos penales vinculados al área laboral consagrados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujer a una Vida Libre de Violencia**

En esta ley existe un tipo penal relacionado directamente a la esfera laboral, denominado violencia laboral<sup>53</sup>. Presenta dos supuestos:

- La acción de establecer requisitos referidos al sexo, edad, apariencia física, estado civil, condiciones de madre, sometimiento de exámenes de laboratorio para descartar embarazo, con el fin de obstaculizar o condicionar el ingreso, ascenso o estabilidad en el empleo de la mujer. La sanción aplicable es una multa de cien a mil unidades tributarias. El tipo penal presenta un supuesto relacionado con los organismos públicos, en cuyo caso se impondrá la multa a la máxima autoridad de la institución.
- La acción de afectar el salario legal de la trabajadora o el derecho de igual salario por igual trabajo, a través de prácticas administrativas engañosas o fraudulentas.

Los delitos de acoso u hostigamiento<sup>54</sup>, amenaza<sup>55</sup> y acoso sexual<sup>56</sup> son susceptibles de verificarse de igual forma en virtud de relaciones laborales. En esta área, los dos primeros refieren a expresiones verbales o escritas físicamente, o mediante medios electrónicos que atenten contra la estabilidad laboral, económica o industrial de la mujer o

---

53 Artículo 49. Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

54 Artículo 40. Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

55 Artículo 41. Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

56 Artículo 48. Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

amenacen con causarle un daño de carácter laboral o patrimonial. Las penas son de ocho a veinte años de prisión, y de diez a veintidós meses de prisión, respectivamente.

El acoso sexual implica que la solicitud a la mujer del acto o comportamiento de contenido sexual para sí, o para un tercero, así como la procuración del acercamiento sexual no deseado, se efectúe valiéndose de una situación de superioridad laboral o con ocasión de relaciones derivadas del ejercicio profesional, con la amenaza de causar un daño relacionado a expectativas legítimas que se puedan ostentar en el ámbito de esta relación laboral. La pena prevista es de uno a tres años.

Es pertinente recordar que estos supuestos de naturaleza penal, insertos en el instrumento legal en referencia, figuran contemplados en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de los Trabajadores, Trabajadoras y Trabadores como infracciones administrativas<sup>57</sup>, y conllevan multas entre treinta y sesenta unidades tributarias<sup>58</sup>. De esta forma, violentando el principio de igualdad ante la ley, cuando las acciones antes señaladas recaen en un hombre, la sanción aplicable es la administrativa y las disposiciones genéricas que pudiera contemplar el Código Penal.

### **7.- Comentarios sobre los tipos penales vinculados al área laboral consagrados en la Ley Orgánica para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes**

Este instrumento legal consagra como delitos el trabajo forzoso de niños y adolescentes, la admisión o lucro por trabajo contraindicado a niños y adolescentes, así como el admitir a un niño menor de ocho años en una actividad laboral. En todos estos casos serán los Tribunales de Responsabilidad de Niños, Niñas y Adolescentes los que conocerán de las investigaciones iniciadas por el Ministerio Público. En los casos

---

57 Artículo 528. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Trabajo, los Trabajadoras y Trabajadores

58 Recuérdese que en este instrumento legal el incumplimiento de las sanciones pecuniarias de índole administrativo se convierten en delitos que deben ser investigados por vía penal.

de los delitos de explotación sexual y abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, conocerán sin distinción de sexo los Tribunales especiales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, conforme al procedimiento establecido.

En esta ley se denota, en el delito de desacato a la autoridad, la violación al principio de tipicidad estricta al sancionarse penalmente la acción de impedir, entorpecer o incumplir la acción del Consejo de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, es decir, sin delimitar concretamente a la autoridad administrativa, omitiendo que puedan ser recurribles y no implicar la necesaria puesta en peligro o daño a un bien jurídico protegido por la norma (principio de lesividad).

### **Conclusión**

Siguiendo la línea del fortalecimiento del Estado constitucional y el derecho penal garantista, resulta importante enfatizar su uso racional y el respeto a los principios rectores, cuyo núcleo lo constituye la legalidad. Es sólo a través de leyes formales que se deben crear tipos penales, puesto que su inclusión en decretos con rango y fuerza de ley vulnera el bien fundamental de la libertad y el derecho al debido proceso. De igual forma, se irrespeta el derecho constitucional de ejercer la actividad económica lícita con las solas limitaciones que establecen los derechos de los ciudadanos, sin que se genere una práctica persecutoria contra los empleadores.

Se considera que sólo en los casos que se trate de la puesta en peligro, o violación de bienes jurídicos fundamentales, como lo sería la quiebra fraudulenta de una empresa, caso en el cual sería procedente considerar la existencia de un cierre injustificado de la misma, acoso laboral y lesiones o muerte ocasionadas por acciones que contemplan responsabilidad subjetiva de los empleadores, es pertinente el uso del Derecho Penal. La negativa a la decisión administrativa de reenganche, el no acatamiento de órdenes administrativas o el incumplimiento de obligaciones pecuniarias como el pago de multa, no pueden ser perseguidas mediante el empleo simbólico del Derecho Penal. Su

uso constituye una flagrante violación a los principios de mínima intervención, lesividad, tipificación estricta, responsabilidad subjetiva y culpabilidad del Derecho Penal de acto.

### Referencias

Alguíndigue, Carmen (2011): “La Capacidad de Persecución Penal en Venezuela”. En C.Riego & M.Duce (eds): *Estudios Comparados Reforma Procesal Penal América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Carrasquilla, J (1989). *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.S.A.

Hassemer, Winfried. (1995). *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos en Varios Autores «Pena y Estado»*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur,

Ferrajoli (1990). *Derechos y Garantías*. Madrid: Editorial Trotta.

Modolell G, J (2004). *Empresa y Derecho Penal*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Modolell G, J (2008). *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas: Ediciones Liber.

Modolell, J (2002). *Personas Jurídicas y Responsabilidad Penal* (Algunos problemas dogmáticos y políticos –criminales) Caracas: UCV, Instituto de Ciencias Penales

\_\_\_\_\_ (2008). *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas: Ediciones Liber.

Rosales, E (2010). *Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela*. XXXV Jornadas J.M.

Rosales, E, Bello, C. S, Borrego, C (1996). *Principios y Garantías Penales*. Venezuela: Oficina de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

Silva Sánchez (1999). *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas.

Zaffaroni Eugenio (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

## **SISTEMA PENAL VENEZOLANO: PERSECUCIÓN DE DELITOS VINCULADOS AL ÁREA MARÍTIMA Y SU INCIDENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**

---

Carmen Alguindigue Morles \*  
calguindigue@gmail.com

### **Resumen**

Con el presente trabajo se pretende contribuir al desarrollo del Derecho Penal Marítimo venezolano y su aplicación. Se abona en un tema reciente en la línea de investigación Sistemas Penales a los fines de orientar la actuación del sistema penal y contribuir con la seguridad jurídica requerida para incentivar el comercio marítimo internacional.

La debilidad del sistema penal venezolano en la persecución de los delitos en la esfera marítima genera graves daños desde el punto de vista económico, social y laboral tanto a personas naturales como jurídicas. No es extraño que sean pocos los casos conocidos por el sistema penal y la escasa actividad simplemente investigativa. Las investigaciones suelen ser superficiales y exceden del plazo legal. Se culmina, en la mayoría de las oportunidades, en el decreto de archivo fiscal por no haber podido lograrse la determinación de responsabilidad penal a los privados de

---

\* Abogado, UCV. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV Gerencia de auditoría de Estado (USB) Doctoranda en la Universidad Central de Venezuela. Jefe del Departamento de Estudios Jurídicos y del Departamento de Derecho Internacional (e) Unimet. Profesora investigadora de la Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello.

libertad<sup>1</sup>. Lo anterior revela ante la comunidad marítima internacional la incapacidad del Estado de asegurar condiciones adecuadas de seguridad y resguardo de los espacios acuáticos y de respeto a bienes materiales, a la par de generar dudas sobre la vigencia del debido proceso y garantías procesales. El comercio marítimo es de importancia fundamental para el desarrollo de la vida económica del país.

**Palabras claves:** Delitos marítimos, sistema penal, seguridad jurídica, debido proceso.

### Summary

The present work aims to contribute to the development of the Venezuelan Maritime Criminal Law and its application. It is a contribution to a recent topic, in the research of Penal Systems, with the aim of guiding the behavior of the Criminal system, and contributing to the legal security required to encourage international maritime trade systems.

The weakness of the Venezuelan penal system in the prosecution of crimes in the maritime field causes serious economic, social and professional damage, both to natural and legal persons. It is not surprising that only few cases come to be known by the penal system, and that there exists very limited research in this area. Investigations are usually superficial and exceed the legal deadline. It culminates, in most cases, in the pronouncement of the case as archived legal files, for failing to achieve the determination of criminal responsibility to those who were held prisoners. This situation is a sign to the international maritime community of the inability of the State to ensure adequate safety conditions and protection of aquatic spaces, and respect for material goods. In addition, it casts doubts on the validity of due process and fair trial. Maritime trade is critical to the development of the economic life of the country.

---

1

**Keywords:** maritime crimes, criminal justice, legal security due process.

## Introducción

Las relaciones surgidas en el espectro marítimo se ven mayoritariamente regidas por el derecho privado, por lo cual resulta preeminente el acuerdo entre las partes contratantes. Sin embargo, el Derecho Público, dentro del cual se encuentra el Derecho Penal, entra a jugar un importante papel en su regulación. Las actividades propias de la navegación involucran situaciones que pueden poner en peligro o dañar bienes jurídicos de importante trascendencia tuteladas por la ley penal.<sup>2</sup> Sus particularidades las diferencian del tratamiento otorgado a los delitos ordinarios<sup>3</sup>.

En este sentido, se considera fundamental continuar el estudio sistemático del Derecho Penal Marítimo<sup>4</sup> en la búsqueda de aportar herramientas para interpretar los principios generales y el ámbito normativo que limita el ejercicio de la actividad punitiva del Estado, en la tutela de los bienes jurídicos susceptibles de ser afectados en los espacios acuáticos y/o con ocasión de la navegación. Lo anterior implica respetar el debido proceso de las partes y salvaguardar los derechos de terceros. Se persigue contribuir así con la aplicación de las leyes penales de manera coherente, armónica y racional, acorde con los principios de orden interno e internacional.

---

2 Ejemplo de ello son aquellos que inciden en la seguridad de Estado, seguridad humana, la protección del ambiente, el sistema económico y en general en el bienestar colectivo Delitos ambientales, piratería, transporte de estupefacientes, naufragios, entre otros.

3 Modalidades de delitos, cadena de custodia, técnica de recolección de evidencias, conflictos de competencia, diligencias sin autorización judicial, pérdida de elementos de convicción, incautaciones de bienes sin estar vinculados con la investigación., dificultad de experticias técnicas.

4 En este trabajo se avanza en el estudio de esta rama del derecho dando continuidad a trabajos anteriores en los que se abordaron temas sustantivos de la materia. Al respecto, puede verse Alguíndigue, C (2014): Contribución al Derecho Penal Marítimo en Contingencias del Derecho Marítimo. Editorial Temis. Caracas.

## **Procedimiento para la persecución de delitos en los espacios acuáticos y/o con ocasión de la navegación**

No existe en nuestro país un procedimiento penal específico para el área, por lo cual la investigación y juzgamiento de los casos corresponde al incoado en las distintas materias tuteladas por el derecho penal.

En tal sentido, el procedimiento a través del cual se investigan los hechos y se aplica la ley penal a sujetos activos de delitos vinculados al área marítima corresponde al establecido en el Código Orgánico Procesal Penal<sup>5</sup> de corte acusatorio, en vigencia desde 1999, con seis reformas en los años 2000, 2001, 2005, 2008, 2009. La última reforma (2012) emanó de un Decreto con Rango y Fuerza de Ley, violentando de manera flagrante el principio de legalidad penal.

Los actos de persecución penal deben respetar, independientemente de su ocurrencia en los espacios acuáticos, subacuáticos, puertos, buques, accesorios de navegación, las reglas de actuación policial del Código Orgánico Procesal Penal,<sup>6</sup> especialmente para el caso de detenidos, restringiendo el uso de la fuerza, informando al aprehendido sobre sus derechos y la situación que motiva la actuación policial, comunicando a sus familiares sobre su detención y dejando constancia mediante acta de la fecha y hora, características del hecho y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que envuelven la situación y personas presuntamente involucradas.

Incluso, de tratarse de procesos que deban ser tramitados dentro de la jurisdicción militar<sup>7</sup> por el carácter de los hechos cometidos, al no haber autoridades militares, cualquier autoridad de policía ordinaria puede practicar las primeras diligencias, las cuales deberán ser luego

---

5 Existen otros dos procedimientos aplicables según la especialidad, contemplados en la Ley Orgánica de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y Ley Orgánica del Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

6 Artículo 119 Código Orgánico Procesal Penal.

7 El presente artículo ha sido dirigido a tratar únicamente aquellas conductas referidas al derecho penal ordinario excluyendo los hechos de carácter militar.

ratificadas por el juez de instrucción militar, conforme al Código Orgánico de Justicia Militar<sup>8</sup>.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio<sup>9</sup>.

En materia penal, el titular de la acción es el Ministerio Público, razón por la cual le corresponde a éste ordenar y dirigir la investigación de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración<sup>10</sup>. Para ello designa órganos de investigación especializados de acuerdo a los delitos y, en el caso de diligencias que afecten derechos fundamentales, solicitará motivadamente autorización al Juez de Control Penal.

El lapso para investigar es de cuarenta y cinco días en el supuesto en el que exista medida de privación judicial preventiva de libertad<sup>11</sup>. Se extiende a ocho meses cuando el imputado ha sido individualizado, aunque sobre él no reposa medida de restricción de libertad. Vencido el lapso anterior, el imputado o la víctima pueden requerir al Juez de Control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta días, ni mayor de cuarenta y cinco días para la conclusión de la investigación, lo cual alarga el término a noventa días como máximo<sup>12</sup>.

De acuerdo a la normativa vigente, la medida de coerción personal, ni aun cuando fuera formulada alguna acusación en contra del

---

8 Artículo 100 Código de Justicia Militar.

9 Artículo 253 Constitución Nacional.

10 Artículo 285 Constitución Nacional.

11 Artículo 235 Código Orgánico Procesal Penal.

12 Artículo 295 del Código Orgánico Procesal Penal.

investigado, podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, tomándose la pena mínima más grave de tratarse de varios delitos.

### **Elementos caracterizadores de la investigación de delitos en los espacios acuáticos**

El elemento diferenciador de la forma de ejercer el *ius puniendi* del Estado en los delitos in comento se perfila en aspectos relacionados a los órganos de investigación penal: Fuerza Armada Nacional<sup>13</sup>, Cuerpo de Policía Marítima<sup>14</sup>, Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana<sup>15</sup>, extendiéndose hasta las facultades conferidas al Capitán de Puerto<sup>16</sup> y Capitán del Buque<sup>17</sup> en caso de delitos a bordo o vinculados al mismo, y el lapso de presentación, al Ministerio Público y al Juez de Control.

La Ley de Marinas y Actividades Conexas<sup>18</sup> y la Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigaciones y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses<sup>19</sup> señalan en su articulado que los capitanes de buques son órganos de apoyo a la investigación penal respecto de los delitos que se cometan a bordo durante su travesía.<sup>20</sup>

Es relevante aclarar que, de acuerdo al reciente Decreto con Fuerza y Rango de Ley de la Policía Nacional y del Servicio de Policía, al Cuerpo de Policía Nacional le es atribuida la competencia exclusiva de ejecutar las políticas emanadas del órgano rector en el área marítima; aspecto

---

13 Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales.

14 Artículos 11 y 14 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

15 Artículo 42. Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía.

16 Artículos 13 y 15 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

17 Artículos 51 y ss. *Ibidem*.

18 Artículos 51 y ss de La Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

19 Artículo 25, numeral 10°. Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

20 Existe en esta materia un Código de investigaciones especial <http://lmeridag.wordpress.com/2011/11/30/codigo-para-la-investigacion-de-siniestros-y-sucesos-maritimos/>

administrativo no equiparable con ser órgano exclusivo de investigación penal.<sup>21</sup>

La existencia de las autoridades en el área no obsta para que, en determinadas situaciones, el fiscal comisione a cualquier órgano auxiliar que considere especializado, incluyendo órganos administrativos, a los fines de recabar elementos que coadyuven en el esclarecimiento de los hechos<sup>22</sup>.

### **Inicio de la investigación, diligencias urgentes en delitos relacionados al comercio marítimo y la navegación**

El inicio de la investigación puede provenir del conocimiento de oficio del órgano que ejerce la autoridad en el espacio acuático de la República Bolivariana de Venezuela<sup>23</sup>. La Ley de Marinas y Actividades Conexas estipula que la Policía Marítima podrá visitar, inspeccionar, condicionar el fondeo, apresar, solicitar el inicio de averiguaciones y, en general, adoptar las medidas que se estimen necesarias respecto de los buques, a los efectos de salvaguardar la seguridad de la navegación y prevenir la contaminación del ambiente; medidas que podrán ser adoptadas sin perjuicio de las que, al efecto, puedan decidir otros organismos competentes en materia de preservación del medio acuático.

De igual forma, las autoridades pueden recibir noticias y denuncias. Según la Ley de Marinas y Actividades Conexas, la autoridad acuática administrativa se ejerce a través de las Capitanías de Puerto y sus delegaciones. Los miembros del Cuerpo de Bomberos Marítimos y miembros del Cuerpo de Policía Marítima se encuentran subordinados al Instituto Nacional de Espacios Acuáticos<sup>24</sup>. Específicamente, los órganos de Policía Marítima tendrán el carácter de policía de investigación penal

---

21 Artículo 44. *Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía.*

22 Ejemplo de ello es la solicitud de experticias al CICPC o de información especializada al INEA.

23 Artículo 9 Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

24 Artículos 9 y 11 Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

con relación a los hechos sucedidos a bordo de buques y los ocurridos en las aguas territoriales e interiores, así como en los terrenos situados a la orilla del mar, lagos, ríos sus riberas y demás porciones navegables<sup>25</sup>; función que se considera complementaria a la atribuida a las Fuerzas Armadas Nacionales<sup>26</sup>.

La Fuerza Armada Nacional<sup>27</sup> podrá ejercer las actividades de policía administrativa e investigación penal que le atribuye la ley. Éstas son competencias compartidas porque, dentro de las atribuciones exclusivas del Cuerpo de Policía Nacional<sup>28</sup>, se prevé la de ejecutar las políticas emanadas del Órgano Rector en las siguientes áreas del servicio de policía: fiscalización y aduanas, aún en la extensión marítima de veinticuatro millas náuticas (24 MN), medida a partir de las líneas de más baja marea o las líneas de base desde las cuales se mide el mar territorial.

Conforme al Código Orgánico Procesal Penal, las autoridades policiales deben comunicar al Ministerio Público en un lapso de doce horas siguientes de que conozcan de un presunto hecho punible o conozcan de la denuncia. En ese lapso sólo les está dado practicar las diligencias necesarias y urgentes.

En tal sentido, al momento de verificarse un presunto hecho punible vinculado al comercio marítimo o la navegación, los órganos de policía en el área marítima llevarán a cabo las diligencias necesarias y urgentes para garantizar la pulcritud de la investigación debiendo dar aviso al Ministerio Público en un lapso no mayor a doce horas. Para ello actuarán de conformidad con la normativa del Código Orgánico Procesal Penal y las disposiciones relacionadas con reglas de actuación establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de

---

25 Artículo 14 Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

26 Artículo 40 Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos.

27 Artículo 329 Constitución de la República Bolivariana de la República.

28 Artículo 24 de Ley del Servicio de Policía de Investigaciones, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto de Medicina y Ciencias Forenses.

Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía<sup>29</sup>, comunes para todos los cuerpos que cumplen funciones de policía, entre ellas: resguardar el lugar donde haya ocurrido un hecho punible e impedir, a los fines de facilitar las investigaciones correspondientes, que las evidencias, rastros o trazas vinculados al mismo se alteren o desaparezcan; ejercer funciones de investigación penal; practicar detenciones en virtud de una orden judicial, o cuando la persona sea sorprendida en flagrancia, de conformidad con la Constitución y la ley; proteger a los testigos y víctimas de hechos punibles y demás sujetos procesales por orden de la autoridad competente.

En las investigaciones penales estos cuerpos, independientemente de su adscripción administrativa, están adscritos funcionalmente al Ministerio Público<sup>30</sup>.

### **Hechos cometidos a bordo**

Del hecho presuntamente punible producido a bordo durante la permanencia de un buque en puerto, el Capitán avisará de inmediato al Capitán de Puerto y las autoridades de investigación de la localidad, debiendo, aun en ese caso, realizar -de ser necesario- las diligencias urgentes o debidas en su carácter de órgano auxiliar de policía y participar al Ministerio Público.

### **Hechos cometidos en alta mar**

Si los hechos se producen en alta mar, el capitán de buque, o quien haga sus veces, es la máxima autoridad a bordo en aguas internacionales y altamar, y será el delegado de la autoridad pública en tanto que debe adoptar, con carácter extraordinario, las medidas pertinentes ante cualquier situación de gravedad, hasta tanto se hagan presentes las

---

29 Artículo 39, *Ibidem*.

30 Artículo 114 Código Orgánico Procesal Penal.

autoridades competentes<sup>31</sup>. De ello se desprende el deber de preservar la evidencia y asegurar a las personas y bienes involucrados hasta tanto pueda conocer el Ministerio Público como titular de la acción penal y director de la investigación (supuesto en el cual, muy probablemente, no exista posibilidad de cumplir con el lapso de las doce horas para la presentación de los imputados, por lo que se considera que debe notificar por cualquier medio hasta tanto arribe a puerto venezolano)<sup>32</sup>.

La ocurrencia de una muerte en altamar, máxime cuando pueda presumirse que proviene de un hecho punible, implica para el capitán la responsabilidad de levantar el acta de defunción y transcribir, en el diario de navegación, la descripción pormenorizada del deceso, cumpliendo así funciones registrales y policiales de reconocimiento similares a las que cumplen los funcionarios policiales durante la inspección del cadáver. En este supuesto de fallecimiento se hace la salvedad de la importancia de contar con medios para la conservación del cadáver hasta llegar al puerto más cercano, dada la imprescindible necesidad de realizar los exámenes médicos forenses necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

### **Registros y detenciones**

De acuerdo con la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos<sup>33</sup>, acatando las limitaciones insertas en la Convención sobre el Mar Territorial y Zona Contigua<sup>34</sup>, el Estado venezolano ha limitado la facultad de ejercer su facultad punitiva sobre hechos verificados en buques extranjeros que se encuentran en paso inocente por el mar territorial; no obstante, las atribuciones que, en función policial se le atribuyen a la Fuerza Armada Nacional, son considerablemente amplias y pueden dar lugar a una

---

31 Artículos 51 y 52 Ley General de Marinas y Actividades Conexas.

32 Se plantea el caso en el que Venezuela tenga la jurisdicción.

33 Artículo 23 Ley Orgánica de Espacios Acuáticos.

34 Artículo 19 Convención de Ginebra de 29 abril de 1958 sobre Mar territorial y Zona Contigua.

actuación extralimitada con relación a las excepciones taxativamente contempladas en la Convención<sup>35</sup>.

La Fuerza Armada Nacional, exclusivamente a través de sus comandantes de buques y aeronaves, tiene la facultad de interrogar, examinar, registrar y detener a personas y buques<sup>36</sup> en los espacios acuáticos de la República y en altamar cuando existan motivos suficientes<sup>37</sup> para presumir la violación de disposiciones de orden interno o internacional. La autoridad acuática no tiene competencia para ejercer derecho de registro o visita de acuerdo a la Ley Orgánica de Espacios Acuáticos, con fundamento en una sospecha penal; mas -sin embargo- le son dables las actuaciones en los términos de sus competencias como máxima autoridad administrativa<sup>38</sup>.

El derecho a visita y el derecho de registro es la posibilidad de embarcar e inspeccionar un buque que se encuentre en el mar territorial a los efectos de realizar las averiguaciones que, dentro del marco del respeto al derecho del debido proceso, considere pertinente realizar el Estado venezolano en virtud de una fundada sospecha.

Paralelamente, con la posibilidad de visitar e inspeccionar buques, los órganos de la Fuerza Armada tienen la facultad de ejercer derecho de persecución en los espacios acuáticos de la República y en altamar, al poseer motivos fundados para presumir que se están cometiendo violaciones a las leyes nacionales o internacionales.

La Convención de Ginebra sobre Altamar contempla taxativamente el límite del derecho de persecución, indicando que sólo puede ser realizado por los buques autorizados al efecto<sup>39</sup>. En Venezuela, según lo

---

35 Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales.

36 Artículo 40 Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos.

37 Para salvaguardar el debido proceso es imperioso que las Fuerzas Armadas Nacionales justifiquen de manera cierta y motivada las razones que generan las sospechas y darían lugar a su actuación de acuerdo a las excepciones de ley, a pesar de ser el buque de bandera extranjera y ejercer su derecho de paso inocente por el espacio acuático del país.

38 Artículos 10 y 11 de la Ley General de Marinas y otras actividades conexas.

39 Numeral 4, Artículo 23 Convención de Ginebra sobre Alta Mar.

previsto en la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos<sup>40</sup>, la persecución continúa la pueden realizar en forma exclusiva los buques de la Fuerza Armada Nacional, la cual puede iniciarse desde las aguas interiores, el Mar Territorial o la Zona Contigua, y cesará cuando el buque perseguido entre en aguas territoriales de otro Estado.

### **Desarrollo de la Investigación**

Luego del hallazgo de un presunto hecho punible por las autoridades policiales referidas, la recepción de la denuncia o la detención en flagrancia -efectuada incluso por cualquier ciudadano<sup>41</sup>-, el Ministerio Público inicia formalmente la investigación. De haber existido una aprehensión, el Ministerio Público lo presentará al Juez de Control en un lapso no mayor de 48 horas, quien, luego de examinar la legalidad del procedimiento, decidirá sobre las medidas cautelares correspondientes.

Los objetos de importancia para la investigación deben ser asegurados y se encontrarán a la orden del Ministerio Público, el cual velará por la exacta observancia de la cadena de custodia<sup>42</sup> y conservación mientras estén a su cargo. Es importante resaltar que el Ministerio Público tiene la obligación de devolver lo antes posible los objetos recogidos o que se incauten y que no sean relacionados e imprescindibles para la investigación<sup>43</sup>.

La Ley Orgánica del Servicio del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses<sup>44</sup> le otorgan a ese cuerpo policial el rango de principal órgano de investigación penal; reconoce como cuerpo especial a los componentes de las Fuerzas Armadas y establece entre los

---

40 Artículo 41 Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos.

41 Artículo 234 Código Orgánico Procesal Penal.

42 Artículo 187 COPP.

43 Artículo 293 Código Orgánico Procesal Penal.

44 Artículos 22,23,25 y 35 de la Ley Orgánica del Servicio del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses.

órganos de apoyo de la investigación penal a los capitanes de los buques con pabellón de la República Bolivariana de Venezuela respecto a los presuntos hechos punibles que sean cometidos en los mismos durante su travesía<sup>45</sup>.

Acerca del rol del capitán se han efectuado observaciones sobre su efectiva formación para llevar adelante la tarea de investigar y la dificultad de ejercerla sin menoscabar los principios propios del proceso penal venezolano. Entiéndase que, en el ámbito geográfico-terrestre (aun siendo el Ministerio Público titular de la acción penal), al solicitar diligencias imprescindibles para la investigación, se requiere que en algunos casos éstas sean fundamentadas ante el juez de control y se obtenga su respectiva autorización. La remisión no regulada de la actividad instructora del capitán de la embarcación, lo ubica en determinados casos en la condición de fiscal, investigador y juez.

Sin desconocer las particularidades del ámbito marítimo y la necesidad del actuar de inmediato para atender los incidentes a bordo, resulta importante alertar acerca de las implicaciones de las actuaciones del capitán en la instrucción de una investigación y de las cuales, incluso, pudieran derivarse responsabilidades penales.

### **Acerca de la competencia territorial del Ministerio Público**

El fiscal del Ministerio Público competente para iniciar la acción penal y dirigir la investigación de los casos ocurridos en aguas interiores es el del lugar en el que se conocieron los hechos. En caso de verificarse en cualquiera otra esfera del espacio acuático del país le corresponderá a un fiscal nacional de la materia específica del supuesto que se investiga (ambiente, droga, delitos comunes, delincuencia organizada) o, en su defecto, a los fiscales nacionales con competencia plena<sup>46</sup>. Hasta la fecha, no han sido creados fiscales con competencia en materia marítima.

---

45 Acerca del Capitán como sujeto activo de delito véase Alguindigue Carmen (2014). Contribución al Derecho Penal Marítimo en Contingencias Derecho Marítimo p.23.

46 Artículos 36 y ss. de Ley Orgánica del Ministerio Público. Gaceta Oficial 38647 de

### **Competencia Jurisdiccional:**

El juez que deberá conocer de los casos ocurridos en aguas interiores del espacio acuático es el del lugar donde el hecho se suscite, de acuerdo con el principio de territorialidad, con aplicación de las reglas específicas en el caso de delitos imperfectos y delitos continuados o permanentes<sup>47</sup>.

En caso de verificarse en cualquier otra esfera del espacio acuático nacional, no existe actualmente indicación alguna en la norma adjetiva sobre el tribunal competente. El criterio de la competencia que se asume en la práctica es el correspondiente a las circunscripciones acuáticas<sup>48</sup>; no obstante, es menester alertar sobre la pertinencia de una reforma del Código Orgánico Procesal Penal que regule específicamente estos supuestos. La competencia subsidiaria no puede ser utilizada por cuanto el lugar de comisión del delito está delimitado, más no existe tribunal nacional en materia penal<sup>49</sup>.

En las causas de delitos cometidos en altamar, la competencia la tendrá el del lugar de la última residencia del imputado y, si no ha residido en Venezuela, el del lugar donde arribe o se halle al momento de solicitarse el enjuiciamiento, de acuerdo a la norma relativa a la competencia extraterritorial contemplada en el Código Orgánico Procesal Penal<sup>50</sup>.

---

19/3/2007.

47 Artículo 57 Código Orgánico Procesal Penal.

48 Las estadísticas reflejan pocos casos de hechos punibles en altamar. La Fuerza Armada Nacional, con sus componentes, al identificar casos penales en el Mar Territorial, invita al buque al ingreso a las aguas interiores y es allí donde levanta el procedimiento.

49 Artículo 58 Código Orgánico Procesal Penal.

50 Artículo 59 Código Orgánico Procesal Penal.

### **Medidas Cautelares y Fórmulas Alternas a la Prosecución del Proceso**

En Venezuela las disposiciones que autorizan preventivamente la restricción de libertad o de otros derechos al imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional: sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que puede ser impuesta<sup>51</sup>. Cuando el delito materia del proceso merezca una pena que no exceda de tres años de privación de libertad en su límite máximo y el imputado acredite, de cualquier manera idónea, su buena conducta antes del hecho que se investiga, sólo procederán medidas cautelares<sup>52</sup>.

El Juez de Control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que concurran los siguientes supuestos: a.- Se acredite la existencia de un hecho punible que merezca pena privativa de libertad de más de tres años, y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita; b.- Existan fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor, o participe en la comisión de un hecho punible, y C.-Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga (el cual se presume en delitos cuyo término máximo sea igual o mayor de 10 años) o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación<sup>53</sup>.

En cuanto a la posibilidad de aplicación de fórmulas alternas de prosecución del proceso en los delitos relacionados al ámbito marítimo existe un importante número que pueden ser sujetos de principios de oportunidad y suspensión condicional del proceso. Se excluyen aquellos cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo y los que se refieran a la investigación de los delitos de homicidio intencional o violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que

---

51 Artículo 9 Código Orgánico Procesal Penal.

52 Artículo 239 Código Orgánico Procesal Penal.

53 Artículos 236 al 240 Código Orgánico Procesal Penal.

causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales; delitos contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra<sup>54</sup>.

En el supuesto de hechos punibles que recaigan exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, y cuando se trate de delitos culposos contra las personas, resulta posible verificar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima<sup>55</sup>.

La reducción de la sentencia de una tercera parte a la mitad es la consecuencia de la admisión de hechos por parte del investigado, la cual podrá tener lugar hasta la oportunidad de recepción de las pruebas en juicio. Se reduce a un tercio cuando ha existido violencia contra las personas y en los delitos supra-mencionados que restringen las fórmulas alternas a la prosecución del proceso<sup>56</sup>.

### **Alternativas al cumplimiento de la pena privativa de libertad**

En el caso de haberse obtenido una sentencia condenatoria, la suspensión condicional de la ejecución de la pena operará para sentencias que no excedan de los cinco años. Desde el momento en que el penado comience a cumplir la condena impuesta se le redimirá un día de pena por cada dos días que trabaje o estudie<sup>57</sup>. Una vez cumplida la mitad de la pena, el sentenciado podrá optar por medidas que le

---

54 Artículo 38 y 43 Código Orgánico Procesal Penal.

55 Artículo 41 Código Orgánico Procesal Penal.

56 Homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, el delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra.

57 Artículo 496 Código Orgánico Procesal Penal.

permitan trabajar fuera del establecimiento penitenciario, destino a régimen abierto al cumplir dos tercios de la pena impuesta, y libertad condicional al cumplir tres cuartas partes de la pena<sup>58</sup>.

Para la solicitud de fórmulas alternas en los delitos de homicidio intencional o violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, delitos contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra,<sup>59</sup> éstas procederán luego de haberse cumplido efectivamente las tres cuartas partes de la pena impuesta<sup>60</sup>.

Como puede apreciarse, aun cuando a través de las seis reformas al Código Orgánico Procesal Penal se han ido restringiendo las alternativas a la prisión, persiste la posibilidad de acogerse a ellos en una extensa gama de delitos relacionados con el ámbito marítimo frente a una investigación penal o condena. Estos mal llamados “beneficios”<sup>61</sup> se encuentran previstos en la Constitución y la ley adjetiva penal dentro de los postulados del Derecho Penal garantista como formas de economía procesal y reparación de daños a la víctima.

---

58 Artículo 488 Código Orgánico Procesal Penal.

59 Desde el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Precios Justos, el delito de acaparamiento entra en la misma categoría de delitos restringidos.

60 Artículo 488 Código Orgánico Procesal Penal.

61 Aun cuando se denominan por la Constitución Nacional y por el Código Orgánico Procesal Penal “formulas alternas” miembros del ejecutivo se refieren reiteradamente a “Beneficios”. Como ejemplo nota de prensa Nacional 22-8-2015 Autoridades realizaron este jueves un censo en el centro de Arrestos Preventivos El Marite para aquellos reclusos que podrían recibir beneficios procesales. De 1.842 reclusos censados, **unos 300 –por diversos delitos- estarían optando a libertad plena, condicional, régimen abierto o confinamiento**, explicó Robert Sutherland, representante del Ministerio de Asuntos Penitenciarios en el estado Zulia. En igual equivocación incurrió la letra del reciente Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Precios Justos y es común encontrar tal denominación en sentencias penales <http://merida.tsj.gob.ve/decisiones/2010/mayo/950-4-LL11-P-1999-000075-.html>

## **La actuación del sistema penal en casos de naturaleza marítima. Reflexiones sobre su tratamiento**

El primer punto de relevancia es la inexistencia de datos estadísticos que indiquen los casos que conoce el sistema penal relacionados al ámbito marítimo. El Ministerio Público, ente que -como ya se ha referido- es el titular del *ius puniendi*, presenta en sus informes anuales la cifra de ingresos, sin mencionar los asuntos que quedaron pendiente de los años anteriores y no señala los presuntos delitos de naturaleza marítima, o conexos, en las distintas áreas de actuación. Por su parte, los órganos de policía especializados no publican datos al respecto. En este sentido, se entiende que los delitos marítimos o conexos están inmersos en la cifra general de los delitos comunes, drogas o delincuencia organizada suministrada por el Ministerio Público, la cual ascendió, en el año 2014, a trescientos sesenta y seis mil seiscientos setenta y tres. No existe en el país una estadística de hechos punibles disponible en la materia.

En junio de 2015, según declaraciones del Ministro del Poder Popular para las Relaciones de Interiores, Justicia y Paz, se anunció la activación de la Policía Marítima en el curso de los siguientes noventa días, admitiéndose que resultaba importante combatir el narcotráfico, la trata de blancas y otros delitos de ésta naturaleza<sup>62</sup>. Opiniones en prensa también le asignan una importancia significativa a delitos que se concretan por vía marítimas<sup>63</sup>. Recientemente se han dado a conocer varios casos de presuntos contrabandos de extracción de gasolina e,

---

62 Según el Ministro fortalecerán las policías marítimas para combatir el narcotráfico, la trata de blancas y hechos delictivos, <http://www.entornointeligente.com/articulo/6369921/VENEZUELA-Activan-servicios-de-policia-maritima-aeropuertuaria-migratoria-y-turistica-en-el-pais-02072015>

63 La delincuencia organizada, a través del dinero obtenido del narcotráfico o del secuestro, empieza a comprar armamento en el exterior, que por vía marítima llega a Venezuela desde otros países latinoamericanos. Este es el narcotráfico que en Venezuela opera como puente, como territorio de movilidad de los narcóticos, pues 52% de los cargamentos de cocaína que llegaron a Europa y África el año pasado salieron de Venezuela, según la propia Organización de Naciones Unidas", sostiene Fermín Marmol León <http://www.talcualdigital.com/Nota/60234/Se-Venden-Baratas>

incluso, se han anunciado operativos para combatir delitos marítimos<sup>64</sup>. En la práctica, cualquier órgano del Estado interviene en los operativos sin respetar a aquéllos que la ley designa, resultando notorio que aún falta preparación por parte de estos entes para atender las solicitudes. Como ejemplo de ello, el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional ha reportado operaciones de inteligencia para la captura de tripulaciones presuntamente involucradas en contrabando de extracción de gasolina<sup>65</sup>.

---

64 FANB inicia en Falcón plan para evitar delitos en zona marítima occidente IMIRCELY GUANIPA | ELUNIVERSAL jueves 17 de septiembre de 2015 09:25 AM Falcón.- En contra de la delincuencia organizada en las costas del occidente del país fue activada la operación "Golfo de Venezuela", según lo informó el almirante Víctor Miguel Ortiz Rojas, comandante de la Redi (Región Estratégica de Defensa Integral) Marítima e Insular, en una rueda de prensa en la Base Naval Juan Crisóstomo Falcón. Ortiz Rojas, estuvo acompañado por el contraalmirante Andrés Gómez Rojas, comandante de la Zodi (Zona Operativa de Defensa Integral) Marítima Insular Occidental, a cargo de este plan contra ilícitos marítimos, como contrabando de extracción y narcotráfico. Esto en el marco de la operación Centinela, activada por la FANB, ordenada por el presidente Nicolás Maduro, "para complementar el esfuerzo que se está haciendo en la frontera con la Redi Occidental y la Zodi Zulia". "Esta operación tiene el objetivo de efectuar el bloqueo de actividades ilícitas que puedan cometerse en el mar por parte de grupos de delincuencia organizada", expresó Ortiz Rojas. El almirante puntualizó que se está realizando con mayor énfasis en el eje San Rafael de El Moján y Castilletes, para el reforzamiento de las fronteras marítimas, en las zonas donde fue decretado el estado de excepción, sin descuidar las demás áreas. El grupo a cargo de esta tarea es el 18.1, constituido por un buque patrullero oceánico, una embarcación guardacostas, una patrullera de combate y una lancha del comando de vigilancia. Son 565 tripulantes dentro de las unidades adscritas a esta zona marítima y unidades flotantes. En esta actividad, Ortiz Rojas mencionó que aparte de las tres embarcaciones detenidas en las costas falconianas con presuntas cargas ilegales de combustibles, en la refinería de Puerto La Cruz se detuvo un buque en circunstancias similares. Señaló que se trata del buque Zou Zou, de bandera panameña y que fueron aprehendidos los responsables del hecho. "Tal y como sucedió con el Negra Hipólita, fueron presentados al Ministerio Público y siguen el curso de las investigaciones". Añadió que el contrabando de extracción que se da por buques, por vía marítima, puede ser muy superior y más cuantioso al que se da por tierra, de allí que se agudicen los mecanismos para evitar "el desangramiento de la industria petrolera nacional". "Caiga quien caiga nosotros seguiremos efectuando las inspecciones necesarias tanto en la parte de muelles, de terminales marítimos, como en el mar", sentenció.

65 <http://www.armada.mil.ve/portal/index.php/bitacoras/96-ultima-hora/1803-aprehendidas-siete-personas-por-presunta-extraccion-de-combustible>

Si bien la información se halla dispersa, a los efectos del presente trabajo se revisó la prensa nacional<sup>66</sup>, las decisiones de tribunales penales, los escritos de abogados defensores e integrantes del sistema penal<sup>67</sup>. Con ello se construye la percepción de que no son pocos los delitos en la materia que ocurren en el territorio nacional, los cuales, en un porcentaje considerable y siguiendo la suerte de los demás conflictos penales en el país, no llegan a conocimiento del sistema penal y, simplemente, se quedan sin ser investigados<sup>68</sup>. Si bien es cierto que se reportan detenciones, los actos conclusivos que se formulan responden, en muchos casos, con archivos fiscales luego de medidas de privación de libertad hasta por hasta cuarenta y cinco días, así como medidas cautelares de meses. Las sentencias condenatorias responden a procesos de admisión de hechos y existen situaciones de procesos mayores a dos años en los cuales se priva de libertad a los acusados y el retardo proviene de errores procesales y de la falta de verificación de audiencias<sup>69</sup>.

Las reglas de competencia, legislación especial aplicable, métodos de investigación, medidas de aseguramiento, devolución de bienes incautados, formas alternas de prosecución del proceso y la pena, ameritan de un mayor manejo por parte de los integrantes del sistema penal, sean funcionarios o abogados en ejercicio. Se presentan en las revisiones insólitas hallazgos en los que el Ministerio Público ha

66 Algunos de ellos: [http://www.el-nacional.com/sucesos/Encarcelan-hombres-robo-embarcacion-Higuerote\\_0\\_634736603.html](http://www.el-nacional.com/sucesos/Encarcelan-hombres-robo-embarcacion-Higuerote_0_634736603.html)

<http://eltiempo.com.ve/sucesos/robo/doce-piratas-marinos-asaltaron-una-embarcacion/34594>

<http://notifalcon.com/v2/detenidos-dos-jovenes-luego-de-robar-una-embarcacion-en-el-muelle-guaranao/>

[http://www.noti-diario.com/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=13720:se-agudiza-robos-a-mano-armada-en-el-rio-orinoco](http://www.noti-diario.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=13720:se-agudiza-robos-a-mano-armada-en-el-rio-orinoco)

67 Se entrevistaron estudiantes del postgrado de Corporativo de la Universidad Metropolitana en Puerto La Cruz –Caracas de años 2013, 2014, 2015 en materia penal corporativo, que trabajaban el área marítima,

68 De acuerdo a la última encuesta de victimización del INE la cifra de delitos no conocido supera el 69% <http://www.ine.gov.ve/> Como ejemplo el caso del Buque Karela Spirit 2012, Maria L 2011, Buque Jin Yao 2010, Buque Aqua 2010.

69 Al respecto puede revisarse: Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2013): “Revolución y Proceso Penal en Venezuela” Volumen II. Revista Anales. Universidad Metropolitana. Caracas.

formulado acusación luego de la aprehensión in fraganti y el órgano jurisdiccional anula las actuaciones y se declara incompetente territorialmente para conocer del caso, atribuyéndole la competencia a un juez extranjero.

La competencia para conocer es el primer aspecto que debe verificar el Juez de Control en la audiencia de presentación del imputado luego de practicarse su detención. En uno de los casos estudiados, se interpuso un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo de Justicia, luego de que la Sala Política Administrativa dictara una decisión que declaraba competente a la jurisdicción venezolana<sup>70</sup>. Parte de la decisión reza así:

Luego de un detenido análisis de la extensa solicitud de revisión, esta Sala observa que los motivos que justificaron su interposición, fueron los siguientes:

Comenzaron por señalar los accionantes que, el 2 de junio de 2008, el Fiscal 27° del Ministerio Público con Competencia Plena a Nivel Nacional, el Fiscal 13° y el Fiscal 7° del Ministerio Público del Estado Falcón, los acusó por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, consagrado en el artículo 31 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y asociación para delinquir, previsto y sancionado en el artículo 6 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada.

El 17 de febrero de 2009, el Juzgado Segundo en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, extensión Punto Fijo, se declaró incompetente en el acto de audiencia preliminar, declaró la nulidad del acto conclusivo, mantuvo la medida de privación judicial preventiva de libertad

---

70 Sala Constitucional TSJ Expd 090986. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/317-3510-2010-09-0986.html>

contra los hoy accionantes y ordenó su traslado a la República de Colombia, todo ello en razón de considerar que aplicaba el principio de territorialidad de los delitos imputados al ser presuntamente cometidos fuera del territorio nacional.

El 27 de febrero de 2009, el Fiscal 27° del Ministerio Público con Competencia Plena a Nivel Nacional, el Fiscal 13° y el Fiscal 7° del Ministerio Público del Estado Falcón, presentaron recurso de regulación de jurisdicción ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Por sentencia del 21 de abril de 2009, la Sala Político Administrativa de este alto Tribunal declaró con lugar el recurso de regulación de jurisdicción, que el poder judicial venezolano sí tenía jurisdicción para conocer y decidir el proceso penal y revocó la decisión dictada por el Juzgado Segundo en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, Extensión Punto Fijo, del 16 de febrero de 2009, manteniendo las medidas preventivas privativas de libertad.

Los solicitantes denunciaron la falta de aplicación del cardinal 8 del artículo 4 del Código Penal Vigente, en cuanto al principio de territorialidad, ya que ese principio y el de validez espacial de la ley penal “no acoge a los buques privados (mercantes) que se encuentren surtos en puertos de un Estado ribereño o fondeando sus aguas territoriales. Por lo que, todos aquellos delitos cometidos dentro de un buque privado de bandera extranjera que se encuentre surto en los puertos de un Estado ribereño o fondeando sus aguas territoriales, ha de ser procesado y enjuiciado por éste, tal y como había sido establecido en el caso de [sus] defendidos....”.

Denunciaron los solicitantes la inobservancia del cardinal 1 del artículo 19 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, que desarrolla la excepción al principio de territorialidad, al sostener:

“En el caso que nos ocupa, tal y como se desprende de la copia certificada del Oficio N° 0323, de fecha 22 de julio de 2008, librado por el Jefe de operaciones de la Capitanía de Puertos (...) en el momento en que el buque mercante Guasare II de bandera venezolana fue interceptado, se encontraba (...) al Norte del Mar de la (sic) Caribe de la República de Colombia, y la distancia más cercana a tierra (140 millas aproximadamente) es con la República de Nicaragua.

El anterior hecho evidencia a todas luces, que las coordenadas geográficas en donde se encontraba el barco NO pertenecen al espacio geográfico venezolano NI a sus mares territoriales; y, siendo así, era menester aplicar lo establecido en el numeral 8, del artículo 4 del Código Penal, en concordancia con el artículo 19, numeral 1, último aparte, de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, suscrita y ratificada por Venezuela, independientemente de la nacionalidad venezolana del buque privado Guasare II, que fue el único elemento tomado en consideración por la recurrida para fallar a favor de la jurisdicción venezolana en el presente caso”.

Finalmente, solicitaron la nulidad absoluta de la decisión objeto de revisión y que se “provea lo conducente a los fines de regular la jurisdicción de la causa penal (...) a favor del Estado colombiano.

## II

### DEL FALLO CUYA REVISIÓN ES SOLICITADA

El fallo cuya revisión se solicita es el N° 485 del 21 de abril de 2009, dictado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que declaró con lugar el recurso de regulación de jurisdicción intentado por la Fiscalía Vigésima Séptima (27°) del Ministerio Público con Competencia Plena, con ocasión del juicio por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y asociación para delinquir seguido contra los solicitantes, conforme al siguiente razonamiento:

En reiterada, constante y pacífica jurisprudencia ha sostenido la Sala que existe falta de jurisdicción o defecto de jurisdicción cuando el conocimiento de una controversia no atañe al Poder Judicial venezolano, bien por corresponder su conocimiento a los órganos de la Administración Pública o a un juez extranjero. En el presente caso ha sido planteada la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos de acuerdo al último de los supuestos mencionados.

Conforme a lo anterior, debe advertir la Sala que la apreciación que haga este Máximo Tribunal respecto de los alegatos explanados por las partes y los elementos que componen el expediente, sólo tienden a la determinación del tribunal competente en la esfera internacional (artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado) para resolver la presente controversia, por lo que las consideraciones que se expondrán en el presente fallo no constituyen un pronunciamiento acerca del fondo del asunto debatido. Así se establece.

A los fines de determinar a quién corresponde la jurisdicción para conocer el caso planteado, esto es, si a los jueces venezolanos o al juez extranjero, esta Sala observa:

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Penal venezolano vigente, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.768 del 13 de abril de 2005 (antes artículo 3 del Código Penal del 30 de junio de 1964), el cual reza que: 'Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana', se constata que la ley penal, tanto adjetiva como sustantiva, consagra -en primer lugar y como **regla general**- el **principio de territorialidad** como el determinante de la competencia para el conocimiento de la causa penal correspondiente. A esta conclusión llega igualmente el nuevo Código Orgánico Procesal Penal (artículo 57). Por tanto, el elemento que determina la atribución de competencia en materia penal para conocer de la causa a que se contrae la comisión de un ilícito penal, es el territorio donde fue cometido el hecho punible a ser sancionado (forum delicti comisi); por excepción -en los delitos continuados-, corresponderá al tribunal del lugar donde se haya ejecutado el último acto dirigido a la comisión o donde haya cesado la continuidad o donde se haya cometido el último acto conocido del mismo, según sea el caso (ver sentencia de la Sala de Casación Penal N° 022 del 30 de enero de 2003, caso: Edgar Yopez Gil y otros y de esta Sala N° 06406 del 30 de noviembre de 2005, caso: Douglas Rincón Cohen y otros).

Asimismo, debe advertirse que tal regla general (principio de territorialidad), tiene como excepción los supuestos que taxativamente recoge el artículo 4 eiusdem, debiendo ser éstos analizados, en caso de no encuadrar en la regla general, a los fines de determinar si efectivamente corresponde a los

tribunales penales venezolanos conocer de su enjuiciamiento (ver sentencia de esta Sala N° 06406 del 30 de noviembre de 2005).

Al respecto, debe esta Sala atender a lo dispuesto en el encabezado del artículo 55 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 57 eiusdem, los cuales son del tenor siguiente:

**Artículo 55.** Jurisdicción Ordinaria. **Corresponde a los tribunales ordinarios el ejercicio de la jurisdicción para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento**, conforme a lo establecido en este Código y leyes especiales, y **de los asuntos penales cuyo conocimiento corresponda a los tribunales venezolanos según el Código Penal**, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

(...) . (Negrillas de la Sala).

**Artículo 57.** Competencia Territorial. La competencia territorial de los tribunales se determina por el lugar donde el delito o falta se haya consumado.

(...).

En cuanto al principio de territorialidad previsto en las normas transcritas, la Sala Constitucional (en sentencia N° 1681 del 20 de agosto de 2004) expresó lo siguiente:

(...omissis...)

Conforme a los elementos probatorios descritos, y en atención a que el supuesto delito fue cometido en un espacio que se entiende como extensión de la soberanía del Estado venezolano -buque denominado 'GUASARE II' de bandera venezolana-, concluye

esta Sala que se deberán aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 55 del Código Orgánico Procesal Penal y 3 del Código Penal; por lo tanto, el conocimiento del proceso judicial a que se contrae el presente caso, corresponde a la jurisdicción venezolana. Así se decide.

En consecuencia, debe declararse procedente la solicitud de regulación de jurisdicción opuesta por la representación del Ministerio Público, con ocasión del auto dictado el 16 de febrero de 2009 y cuya motivación fue publicada en fecha 17 de febrero de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Circunscripción Judicial Penal del Estado Falcón, Extensión Punto Fijo, el cual se revoca parcialmente. Así se establece.

La razón de la revocatoria parcial de dicho fallo se debe a que se mantiene incólume el punto 'TERCERO', consistente en la medida preventiva de privación de libertad de los encausados, quienes quedarán a la orden del tribunal penal correspondiente.

Finalmente, como quiera que la jueza de instancia, cuando declaró la falta de jurisdicción del Estado venezolano, determinó el Estado que en su decir tiene jurisdicción, declaratoria que legalmente no debía pronunciar, queda igualmente revocado el punto 'CUARTO', referente a que 'Se Ordena el Traslado (sic) de los imputados de Autos (sic) a la República de Colombia, remitiendo Copia (sic) Certificada (sic) a la Embajada de Colombia en Venezuela. Así se declara.

## DECISIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando Justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara que **NO HA LUGAR** la solicitud de revisión constitucional intentada por la Fiscalía Vigésima Séptima (27°) del Ministerio Público con Competencia Plena, con ocasión del juicio por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y asociación para delinquir seguido contra los solicitantes.

Si resulta cuestionable la desatinada actuación de los defensores y del juez penal que tradujo dilación procesal con el mantenimiento de la medida de privación de libertad de nueve imputados, también lo es omitir la discusión sobre la competencia para conocer del fiscal y juez de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón al haberse efectuado la detención fuera de las aguas interiores y, por ende, imponerse la norma relativa a la extraterritorialidad contemplada en la ley adjetiva penal<sup>71</sup>.

La revisión de casos penales ocurridos en aguas interiores por accidentes que generan lesiones e, incluso, la muerte de tripulantes denota una escasa actividad investigativa. Las diligencias se circunscriben a exámenes médicos forenses, autopsias y entrevistas. Son prácticamente escasas las experticias de carácter técnico-científico. En las acusaciones formuladas los fundamentos son testimonios de los tripulantes y la calificación jurídica responde al tipo subjetivo de delito culposo, con lo cual se da cabida a la realización de acuerdos reparatorios entre las víctimas y el acusado<sup>72</sup>.

La regla común en delitos de esta categoría es que se dicten archivos fiscales<sup>73</sup>, por cuanto el resultado de la investigación es insuficiente para

---

71 Artículo 59 del Código Orgánico Procesal Penal.

72 Artículo 41 del Código Orgánico Procesal Penal.

73 A manera de ejemplo se citan los casos de los buques Aqua, JinYao y María L, relacionados a incautaciones de droga, en los que se dictaron medidas cautelares

acusar, sin perjuicio de la reapertura cuando aparezcan nuevos elementos de convicción. Con el archivo fiscal debe cesar toda medida cautelar decretada; sin embargo, pudieran presentarse situaciones donde la carga lícita y/o el buque no sean devueltas a pesar del decreto de archivo<sup>74</sup>.

Medidas impuestas sobre las personas investigadas y los bienes<sup>75</sup>, acusaciones, sentencias condenatorias y recursos de la defensa en casos de delitos marítimos o conexos arrojan luz acerca de la vulneración flagrante de principios rectores en materia penal<sup>76</sup>. Motivaciones al margen del análisis de la configuración del delito y de la necesaria relación subjetiva entre el hecho y el sujeto abren paso a la aplicación de un derecho penal de autor sin demostrar la lesividad al bien jurídico, o la proporcionalidad y utilidad de la sanción impuesta. La lectura de las decisiones se distancia de un hilo conductor sobre el tratamiento de los casos conocidos.

Resulta relevante señalar que, tanto en los casos in comento como en otros acaecidos en el país, además de la inmovilización del buque, se solicita como medida cautelar la incautación de la carga proveniente de contratos de fletamento, la cual se extiende de manera indefinida mientras dure el proceso, independientemente de su vinculación a la investigación penal. Lo anterior genera graves daños desde el punto

---

privativas de libertad para el capitán y la tripulación para luego concluir la investigación en un archivo fiscal. El tiempo de detención menor correspondió a 45 días.

- 74 Artículo 297 del Código Orgánico Procesal Penal. En cualquier momento la víctima podrá solicitar la reapertura de la investigación indicando las diligencias conducentes.
- 75 Se observa que además de la inmovilización del buque se solicita como medida cautelar la incautación de carga proveniente de contratos de fletamiento; la cual se extiende de manera indefinida mientras dure el proceso, independientemente de su vinculación con la investigación penal.
- 76 Al respecto se sugiere la revisión de los recursos y decisiones producidas en el caso de Buque Carbonero "B Atlantic" de bandera Cayman Islands, fecha agosto 2007, entre otras: N° 2C-5553-07, dictada por el Juzgado Segundo en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de fecha 31 de Octubre de 2007, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/febrero/009-9212-2012-C11-009> y Buque Tanque Nissos Amorgos de Bandera Griega. Sentencia 15 mayo 2013 Exp 2012-00051 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>

de vista económico, social y laboral a un sinnúmero de personas, tanto naturales como jurídicas, que pueden resultar afectadas a raíz de esta acción y que en nada han tenido qué ver con hechos derivados de investigaciones precarias que exceden el plazo legal y que culminan, en la mayoría de los casos, en el decreto de archivo fiscal y cese de medidas cautelares por no haber podido lograrse la determinación de responsabilidad penal a los procesados <sup>77</sup>.

La cuestionada capacidad del sistema penal en el procesamiento de ilícitos vinculados con situaciones de contaminación ambiental, tráfico de estupefacientes, contrabando, delitos contra la propiedad (piratería), delincuencia organizada y cualquier otro delito que impacte la esfera acuática genera debilitamiento del comercio marítimo desde dos puntos de vista: por un lado, traducen incapacidad del Estado en minimizar los riesgos a buques en nuestras aguas territoriales y, por el otro, constituyen una amenaza a los derechos fundamentales de los capitanes, la tripulación y pasajeros en general de buques, dada la precaria actividad investigativa que existe para esclarecer los hechos.

---

<sup>77</sup> A manera de ejemplo se citan los casos de los buques Aqua, JinYao y María L, relacionados a incautaciones de droga, en los que se dictaron medidas cautelares privativas de libertad para el capitán y la tripulación para luego concluir la investigación en un archivo fiscal. El tiempo de detención menor correspondió a 45 días.

## Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria, 24 de marzo de 2000. Imprenta Nacional. Caracas.

Asamblea Nacional (2012) Código Penal Gaceta Oficial N° 5768 del 13 de abril de 2005. Imprenta Nacional. Caracas

Asamblea Nacional (2002) Ley Orgánica de Espacios Acuáticos Gaceta Oficial N° 5890 del 31 de julio de 2007. Imprenta Nacional. Caracas cas.

-----, (2011 ). Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales. Gaceta Oficial N° 6.020 Extraordinario del 21 de marzo de 2011. Imprenta Nacional. Caracas.

Asamblea Nacional (2014) Ley General de Marinas y Actividades Conexas. Gaceta Oficial N° 6153 del 18 de noviembre de 2014. Imprenta Nacional. Caracas

Alguíndigue, C. & R.Pérez Perdomo (2013): “Revolución y Proceso Penal en Venezuela” Volumen II. Revista Anales. Universidad Metropolitana. Caracas

Alguíndigue Carmen (2014) Contribución al Derecho Penal Marítimo en Venezuela. Editorial Temis. Caracas

Cancio Melia, Manuel. (2003) *¿Derecho Penal del Enemigo?* En Jakobs/ Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid.

FERRAJOLI, Luigi. (2000) *Derecho y Razón*. Editorial Trotta, cuarta edición, traducción de Perfecto Ibáñez y otros, Madrid.

-----, (2001). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, segunda edición, Madrid.

JAKOBS, Gúnter. (1998). “Sociedad, norma, persona: En una teoría de un Derecho Penal funcional”. *Cuadernos de Conferencias y Artículos. n° 13*, Universidad de Externado, Colombia.

-----, (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina.

Naciones Unidas. (2001) *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Documento: A/55/383. Palermo, 2000.

Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de Las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 9 al 11 de diciembre de 2003. Mérida, México.

Presidencia de la República. (2012) Presidencia de la República. Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.880. Imprenta Nacional, Caracas.

Presidencia de la República. (2015) *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Penitenciario*. Gaceta Oficial 6078 Extraordinaria del 15 de noviembre de 2012. Imprenta Nacional, Caracas.

Presidencia de la República. (2014) *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas*. Gaceta Oficial N° 6153 del 18 de noviembre de 2014. Imprenta Nacional, Caracas.

Rosales, Elsie (2010) *Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela en XXXV Jornadas* J. M. Domínguez Escobar. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto.

Zaffaroni, Eugenio (2000) *Derecho Penal, Parte General*. Tomo 1. EDIAR, Buenos Aires.

# TRATAMIENTO DESIGUALITARIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN LA LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

---

Liliana Vaudo Godina\*  
lilianvaud@gmail.com

## Resumen:

Resulta comprensible el requerimiento político criminal de sancionar a quienes, además de llevar a cabo conductas previamente tipificadas como delitos dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, utilizan como medio de comisión la habilidad y la convergencia previamente concertada de una pluralidad de personas asociadas en número superior a tres, las cuales se asocian de hecho o constituyen personas jurídicas con apariencia de legalidad para realizar de manera organizada aquellas conductas previamente previstas como delito en el ordenamiento jurídico sustantivo y otras expresamente contempladas en la nueva ley como, por ejemplo, el financiamiento del terrorismo,

---

\* Abogada, egresada de la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias, mención Derecho en la Universidad Central de Venezuela con Tesis adscrita a la Línea de Sistemas Penales del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Diplomada en Valores Humanos, Universidad Católica Santa Rosa. Diplomada en Docencia Policial, Universidad de la Seguridad. Diplomada en “El rol del Juez en el juicio oral” para facilitadores del Sistema Judicial en la Universidad de Puerto Rico. Profesora de la Universidad Metropolitana. Ex capacitadora de la Escuela Judicial del Consejo de La Judicatura y de la Dirección Ejecutiva de La Magistratura. Juez Superior Penal jubilada. Ex Juez de Primera Instancia en funciones de Juicio y en funciones de Control. Ex Juez itinerante nacional en lo penal. Sustanciadora encargada del Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura. Relatora del Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura.

que afectan las relaciones sociales y comerciales, el ámbito privado de las personas, sus bienes, su salud, la seguridad, el orden público y la paz internacional, todo lo cual hace necesario catalogarlos como delitos pluri-ofensivos.

**Descriptor:** Delincuencia organizada, organización, asociación, empresas privadas.

**Abstract:**

Its understandably the political requirement of criminal punishment against who violate criminal laws, used as a means of skill and commission convergence of a number of people associated in number greater than three previously agreed, which are associated in fact or across legal entities or appearance of legality, such as financing terrorism, which affect people and commercial relationships, the private sphere of individuals, their property, their health, safety, public order and international peace; it's making need to classify them as crimes that injured many human rights.

**Descriptors:** Organized crime, organization, association, private companies.

Este trabajo, el cual desarrolla un nuevo tema dentro de la línea de investigación en torno a Sistemas Penales,<sup>1</sup> busca estudiar el fenómeno de la delincuencia organizada, pero enmarcado dentro del ámbito sancionatorio de las personas jurídicas, así como el tratamiento desigualitario que otorga el legislador, al excluir de manera expresa a las empresas del Estado del ámbito de aplicación personal de la ley.

La finalidad de la presente investigación se enfoca en la postura de Venezuela con respecto a las conductas que, conforme a la ley, constituyen actos ejecutados por organizaciones delictivas que ponen en

---

1 Sistemas Penales Línea de investigación coordinada por el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, en combinación con otras instituciones de Educación Superior.

peligro una multiplicidad de bienes jurídicos; sin embargo, se pretende analizar el problema desde un punto crítico a fin de estudiar el modo en el cual la ley va dirigida únicamente a castigar a las organizaciones de carácter privado, dejando por fuera a las empresas del Estado como si no existiera la factibilidad de que, dentro de ellas, se fraguaran conductas dirigidas a cometer delitos bajo las mismas circunstancias que en el ámbito privado, los cuales -en todo caso- perjudican al propio ente gubernamental y coloca en tela de juicio la transparencia de la gestión pública y la propia imagen del país, tanto hacia el interior como en el ámbito internacional.

### **1.-Definición de delincuencia organizada**

El legislador define la delincuencia organizada como toda acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer delitos contemplados por la Ley en comento a fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros.

El legislador extiende igualmente la definición a toda la actividad realizada por una sola persona actuando como órgano de una persona jurídica o asociativa, con la intención de cometer los delitos.

Durante las dos últimas décadas del siglo XX hubo un auge en las organizaciones delictivas internacionales, extendiendo sus actividades incluso al tráfico de seres humanos y, en especial, de mujeres y niños, el transporte ilícito y el contrabando de migrantes, así como la fabricación y comercio ilícito de armas de fuego.

Con base en tales circunstancias se entiende entonces que la delincuencia organizada realiza actividades que atentan contra la soberanía y la democracia pero que, además, son fuente de corrupción estatal, produciendo graves perjuicios a la actividad económica.

Por tal motivo, a finales de 2000 (en vigencia desde 2001) se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>2</sup>, cuyo objeto es:

- a.- Eliminar las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales que, en el pasado, hubiesen podido bloquear la asistencia mutua;
- b. Establecer normas para las leyes internas a fin de combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada.

En este sentido, se observa que la propuesta apunta a fomentar la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada, para lo cual se establece la asistencia mutua entre los estados partes a fin de controlar y erradicar la legitimación de activos y la corrupción, debiendo ser incorporados por los estados en su legislación interna el delito de lavado de dinero, así como la adopción de controles en las transacciones financieras, la supresión de cuentas anónimas y el levantamiento del secreto bancario y del velo corporativo cuando éstos se utilicen para proteger actividades criminales. Igualmente, dicha Convención contempla la cooperación entre los organismos de seguridad policial, fiscalías y juzgados de los distintos países miembros, la cooperación técnica y asistencia financiera y material respecto de los países menos desarrollados y, no por último menos importante, la extradición y la asistencia legal mutua.

Los delitos que contempla esta Convención de manera expresa son:

- 1.- La participación en grupos armados organizados (Artículo 5);
- 2.- El lavado de dinero (Artículo 6);
- 3.- La corrupción (Artículo 8). Es importante tomar en cuenta que, para el caso de que exista algún tipo de vínculo con el crimen organizado transnacional, ésta debe ser tratada también como un crimen, y
- 4.- La obstrucción de la justicia (Artículo 23), bien sea mediante la corrupción o el uso de medios coercitivos para alterar cualquier

---

<sup>2</sup> Naciones Unidas (2001) *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo 2000.

tipo de evidencia o actuaciones de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o administrar justicia.

Resulta imprescindible hacer referencia a dicha Convención pues se trató del primer paso que llevó a Venezuela a promulgar, cinco años más tarde, la primera Ley contra la delincuencia (organizada con la reforma del 2012), en la cual se incluyó el terrorismo.

El otro aspecto a resaltar es la consideración que se hace acerca de la corrupción como delito propio de la delincuencia organizada, en especial, al verse referida al ámbito público y cuando se asocian de este modo el favorecimiento, la obstrucción de la justicia o cualquier otra actividad que pudiese vincular a un funcionario con las actividades de grupos dedicados al crimen organizado.

Además de ello, en el artículo 10 queda establecida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señalándose en este sentido que *cada estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado*, debiendo imponer las correspondientes sanciones tanto a las personas jurídicas como a los particulares que las conforman y, al mismo tiempo, debiendo velar a fin de que se impongan sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluyendo multas.

Resulta evidente que existe, pues, preocupación en los países que conforman el sistema de Naciones Unidas en torno a la utilización del poder político o de las funciones públicas como medios que pudiesen facilitar o, incluso, dar apariencia de legalidad a las actividades realizadas por quienes se dedican a estas actividades delictivas. Por esta sola razón no se justifica que Venezuela excluya del ámbito de aplicación de la Ley al Estado y sus empresas. Asimismo, a la luz del Derecho Internacional, el incumplimiento de esta Convención pudiera comportar responsabilidades para el Estado por el hecho de incumplir, permitir o participar en actividades de esta índole.

## 2.-Ámbito de aplicación de la Ley venezolana

La *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo* fue publicada el 30 de abril de 2012<sup>3</sup>, derogando así la *Ley contra la delincuencia organizada* del 26 de octubre de 2005. Tiene por objeto la investigación, persecución y castigo de los delitos relacionados con estas dos actividades de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela en esta materia, incluyendo la cooperación internacional, debiendo adoptarse las medidas pertinentes para autorizar el decomiso o confiscación del producto derivado de los delitos o bienes equivalentes o, en el caso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, de los materiales, equipos y demás instrumentos empleados en la comisión de cualquiera de los delitos por parte de la delincuencia organizada o para financiar actividades terroristas<sup>4</sup>.

Toda investigación en este sentido –según el instrumento aprobado en el 2012- sería adelantada por el Ministerio Público con el auxilio del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, el Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana y cuerpos de Seguridad de Inteligencia del Estado.

En cuanto al ámbito territorial de aplicación, la Ley en cuestión contempla la mal llamada extraterritorialidad<sup>5</sup>, por la cual estarían sujetos a enjuiciamiento y penados de conformidad con esta Ley los nacionales y extranjeros que incurrieren en cualquiera de los delitos tipificados, en país extranjero, que atentasen de esta forma contra los intereses patrimoniales, integridad o seguridad de la República Bolivariana de Venezuela<sup>6</sup>. En este caso, estamos en presencia del supuesto de territorialidad denominado *principio de personalidad*

---

3 Asamblea Nacional. (2012) *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*. Gaceta Oficial 39.912 del 30 de abril de 2012. Imprenta Nacional.

4

5 Ibid. Artículo 73.

6 Ibid. Artículo 75.

*pasiva*, toda vez que el resultado contemplado en la ley nacional se produce dentro del territorio venezolano.

La Ley prevé asimismo la cooperación internacional conforme a los pactos internacionales; sin embargo, en otra disposición legal se señala que Venezuela podrá negarse a prestar asistencia cuando considere que tal acción pudiese poner en peligro la soberanía, la seguridad, los derechos humanos o el orden público, o que ya se hubiere investigado y procesado un hecho igual. No obstante, en este caso, la negativa deberá ser motivada<sup>7</sup>.

### **3.-Tratamiento desigualitario de las personas jurídicas**

De acuerdo con el legislador, este cuerpo normativo es aplicable<sup>8</sup> a todas las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, así como a los órganos o entes de control y tutela; sin embargo, de manera contradictoria con el espíritu de la Ley, le otorga un tratamiento distinto a las personas jurídicas privadas con relación a las públicas, ya que sólo podrá ser sujeto activo de delito, por mandato legal, la primera de ellas al señalarse expresamente que las personas jurídicas, con exclusión del Estado y sus empresas, son responsables penalmente de los hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo cometidos por cuenta de tales, sus órganos directivos o sus representantes<sup>9</sup>.

Cuando se trate de personas jurídicas del sistema bancario, además de la Oficina Nacional Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, el Ministerio Público notificará al órgano de control acerca de la aplicación de las medidas administrativas, es decir, a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

Esta última tiene facultades fiscalizadoras con respecto de las auditorías que se realicen y, en tal sentido, tanto el auditor interno como

---

7 Ibid. Artículos 76 y 81.

8 Ibid. Artículo 2.

9 Ibidem. Artículo 31.

el externo presentarán a la Junta Directiva y a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario cualquier información que se les solicite y aquellas que los auditores consideren necesaria<sup>10</sup>.

Además, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario está autorizada para acceder, sin restricciones, a los registros contables de las instituciones del sector bancario, los sistemas electrónicos y su evidencia física, justificativos de sus operaciones<sup>11</sup>.

Se castigan asimismo las actividades sospechosas, es decir, aquellas operaciones no convencionales, complejas, en tránsito o estructuradas que, luego de ser analizadas, hagan presumir que involucran fondos derivados de una actividad ilícita u ocultan fondos o bienes, los cuales deben ser reportadas por los sujetos obligados<sup>12</sup> ante la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera, la cual evaluará si se trata de una actividad delictiva y, en cuyo caso, pasará las actuaciones al Ministerio Público<sup>13</sup>.

#### **4.- Sanciones aplicables a las personas jurídicas privadas**

Ya desde la sentencia Número 834 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada en el caso *Corpomedios-RCTV*, de fecha 18 de junio de 2009, expediente 03-0296, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, se estableció jurisprudencialmente la aplicabilidad de sanciones penales a las personas jurídicas, bajo el entendido de que ya no era sustentable el criterio según el cual las personas jurídicas no podían delinquir y que, por tanto, las personas jurídicas ostentaban la capacidad de culpabilidad penal, entendiéndose así que la culpabilidad ya no se concebiría como un juicio de reproche eminentemente personal sino como un juicio que protege preventivamente los bienes jurídicos, siendo que la tutela penal

---

10 Asamblea Nacional. (2011). *Decreto 8079. Ley de Reforma Parcial Instituciones del Sector Bancario*. Gaceta Oficial 39.627 del 2 de marzo de 2011. Imprenta Nacional. Caracas. Artículo 84.

11 Idem. Artículo 81.

12 Ibid. Artículo 9.

13 Ibid. Artículo 13.

abarca a todas las personas, ya fueran éstas naturales o jurídicas. Por tanto, el hecho de invocar el principio tradicional de *societas delinquere non potest* dotaba de impunidad a los entes colectivos y dejaba sin castigo nuevas formas de criminalidad que afectaban a la sociedad<sup>14</sup>.

La referida sentencia N. 834, dictada el 18 de junio de 2009 en el expediente 03-0296, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán y con el voto salvado del Magistrado Pedro Rondón Haaz, declaró sin lugar la acción de nulidad de la ley de Telecomunicaciones, pero lo que más destaca es que entre sus pronunciamientos se observara lo siguiente:

“(…) cabe señalar que el derecho constitucional al debido proceso comporta el cumplimiento de diversas exigencias en todo procedimiento administrativo o jurisdiccional, con el objeto de mantener al particular en el ejercicio más amplio de los mecanismos y herramientas jurídicas a su alcance, para defenderse debidamente contra actos, hechos u omisiones que se le imputan.

Igualmente, el debido proceso constitucional implica el derecho que tiene toda persona a ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario, derecho este último cuya importancia trasciende en la imposición de las sanciones resultantes de un procedimiento administrativo que ofrezca las garantías mínimas al sujeto investigado y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad.

En cuanto a la violación al juez natural, vale referir en este caso el aspecto competencial en esta materia, a cuyo efecto, la Sala considera que la competencia es un elemento propio de la legalidad externa de

---

14 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2009). Sentencia 834 dictada el 18 de junio de 2009, Expediente 03-0296, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

los actos y por ende, base fundamental en la que se apoya el principio de legalidad administrativa, contemplado en el artículo 137 de la Constitución, en virtud del cual “La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”, constituyendo entonces una condición previa y preexistente a la emanación del acto de que se trate, alusiva al ámbito de actuación legítimamente reconocido por la ley a los órganos de la Administración.

(...) Asimismo, en el caso sub lite la parte impugnante en nulidad alegó la nulidad de la disposición normativa impugnada, pues, a su decir, se encuentra viciada de inconstitucionalidad al vulnerar el artículo 253 constitucional y los artículos 1, 2, 54 y 55 del Código Orgánico Procesal Penal; sin embargo, es de hacer notar que la disposición en referencia supone la imposición de una sanción como resultado de un procedimiento de naturaleza sancionatoria dirigido a verificar la infracción de disposiciones expresas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como también haberse coadyuvado, por la propia actividad del servicio de telecomunicaciones, a la comisión de un hecho tipificado como delito. Así también supone el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 185 de dicho cuerpo normativo, según el cual corresponde al Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dictar la decisión correspondiente al procedimiento sancionatorio regulado en los artículos 176 y siguientes de la precitada ley; siendo necesario concluir que la sanción a imponer emana de la autoridad legitimada para ello por la ley; por lo

tanto, no tienen razón los recurrentes de la nulidad en cuanto a este punto.

En cuanto a la violación del principio de intrascendencia de las penas, previsto en el artículo 44.3 constitucional, por cuanto las personas jurídicas, en concepto de los solicitantes no son susceptibles de ser imputadas penalmente, esta Sala debe referir lo siguiente:

En la dogmática penal el juicio de imputación tiene un contenido axiológico, en el sentido de que a través del mismo se coloca en relevancia el significado de la relación de causalidad en el ordenamiento jurídico, pues efectúa la verificación de una relación jurídica especial entre la acción y el resultado, prescindiendo de la constatación de la relación causal. Así, en los procesos penales que conducen a un resultado lo que se trata de comprobar es la valoración de la relación causal, libre de razones filosóficas.

Así entonces, la teoría de la adecuación típica se resuelve a través de la teoría de la imputación y no a través de la teoría de la relación causal; ubicándola en el plano valorativo y atendiendo a un concepto moderno y social de la acción, llamado también teoría objetivo-final de la acción. Según esta concepción los hechos o acciones deben concebirse como fenómenos naturales de la vida social y la responsabilidad penal debe ser entendida -en su función social- como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Ello significa que la discusión dogmática cede ante los problemas sociales, siendo el resultado de un cambio de paradigma cuya legitimidad viene dada por la

capacidad de resolver los problemas que se plantean espacio-tiempo.

Tal postura, de cara a una concepción laxa de la responsabilidad penal, permite reorientar el concepto de imputación en la teoría del delito fracturando las estructuras ontológicas del Derecho Penal para concluir que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal -imputabilidad-, puesto que la culpabilidad ya no se concibe como un juicio de reproche eminentemente personal sino como un juicio que -en tanto función social- protege preventivamente los bienes jurídicos, siendo que la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean estas naturales o jurídicas; aceptar lo contrario y aferrarse al principio tradicional *societas delinquere non potest* implicaría -frente a novedosas formas de criminalidad- dotar de impunidad a los entes colectivos y convertirlos así en gérmenes para la sociedad.

A esa nueva dimensión de la responsabilidad penal apunta el Derecho Comunitario de la Unión Europea, que estipula la responsabilidad de las personas jurídicas, entendidas como una unidad económica. Así merece destacar las siguientes sentencias del Tribunal de la Comunidad Europea, recaídas en los casos: *Christiani & Nielsen* del 18 de junio de 1969, *Farbstoffe* del 24 de julio de 1969; *Johnson & Johnson* del 25 de noviembre de 1980; *Moët & Chandon* del 27 de noviembre de 1987; *AEG* del 6 de enero de 1982 y *Zinc Producer Group* del 6 de agosto de 1984.

En cuanto al principio de intrascendencia de las penas debe precisarse que el mismo dispone que la pena no se transfiere, no comprende a

terceros; de esta manera las penas son personales e intransferibles; excluyendo así la responsabilidad penal por acciones u omisiones de otros y hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal; de allí que la Sala observa que la disposición normativa impugnada no consagra en su texto ni tampoco puede inferirse la imposición de penas a terceros ajenos a la actividad o servicio propio de las telecomunicaciones, pues la sanción está destinada al prestador del servicio de telecomunicaciones una vez que se ha comprobado la infracción administrativa o penal según sea el caso.

Colofón de lo dicho, la Sala concluye que, tal como lo refiere expresamente la representación de la Procuraduría General de la República, el artículo 171, cardinal 6 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no adolece de los vicios de inconstitucionalidad alegados por los solicitantes de la nulidad relativos a que la posibilidad de imputación de las personas jurídicas vulnera el principio de intrascendencia de las penas, consagrado en el artículo 44. 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Durante las dos últimas décadas del siglo XX, y en lo que va del presente siglo, la tendencia ha sido la de incorporar sanciones penales a las personas jurídicas. En un comienzo se castigaba a los socios y a los representantes legales de las empresas, tal como lo contemplara la *Ley Penal del Ambiente* derogada en el 2012. En cambio, ya en los últimos años, la *Ley Penal del Ambiente* de 2012, el *Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Precios Justos*, la *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*, entre otras, prevén penas aplicables directamente a la persona jurídica y no solamente a los socios, de tal modo que, de ser sustituida la persona natural, el castigo resulte efectivo

sobre la organización en virtud del principio de intrascendencia de la pena.

Podemos apreciar que, a partir de entonces y aparte de las sanciones a las personas naturales, se han ido incorporando dentro de la legislación sanciones no corporales que los jueces deberán imponer a las personas jurídicas<sup>15</sup> que resulten condenadas, atendiendo a la naturaleza y gravedad del delito. Además, como medida de *prevención* ante la – posible- futura comisión de tales hechos por parte de la entidad que resultare penalizada, hallamos lo siguiente:

- a. La clausura definitiva de la persona jurídica en el caso de la comisión intencional de los delitos tipificados en esta Ley;
- b. La prohibición de realizar actividades comerciales, industriales, técnicas o científicas;
- c. La confiscación o decomiso de los instrumentos que sirvieron para la comisión del delito, de las mercancías ilícitas y de los productos del delito en todos los casos.
- d. La publicación íntegra de la sentencia en uno de los diarios de mayor circulación nacional a costa de la persona jurídica, en todos los casos.
- e. Multa equivalente al valor de los capitales, bienes o haberes en caso de legitimación de capitales o de los capitales, bienes o haberes producto del delito en el caso de aplicársele la pena del numeral 2 de este artículo.
- f. La revocatoria de las concesiones, habilitaciones y autorizaciones administrativas otorgadas por parte del Estado.

Dicha Ley establece además, bajo la figura de incumplimiento de los sujetos obligados, penas corporales de tres a seis años para los directivos o directivas, empleados o empleadas de los sujetos obligados que, por imprudencia, impericia o negligencia, favorezcan o contribuyan a la

---

15 Asamblea Nacional. (2012) *Op cit.* Artículo 32.

comisión del delito de legitimación de capitales y de financiamiento al terrorismo, aún sin haber tomado parte en él<sup>16</sup>.

Sin embargo, el actuar bajo el amparo de la figura colectiva no es una conducta exclusiva del ámbito privado. Si bien debe entenderse que el Estado y sus empresas funcionan por mandato constitucional y legal y que, por tanto, no son personas jurídicas creadas con la finalidad de dar cumplimiento a los fines colectivos en beneficio de todos los ciudadanos, no es menos cierto que los funcionarios que, en un momento determinado ostenten cargos directivos dentro de las mismas, puedan incurrir eventualmente en actos delictivos, tipificados conforme a como lo dispone la *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*. Un ejemplo de ello lo constituyen diversos hechos de corrupción ejecutados con el concierto de trabajadores y gerentes de Mercal. En una nota de prensa se señaló:

Un grupo de trabajadores de Mercal, entre ellos el gerente de Recursos Humanos de la empresa, José Vicente Rangel Gómez, fue detenido el viernes pasado por estar presuntamente implicados en un hecho de corrupción: el pago de una nómina paralela y la entrega de ticket de alimentación y viáticos a personal ajeno a la empresa, adscrita al Ministerio de Alimentación; publica El Nacional.

Señaló que hasta el momento no se han levantado cargos en contra del personal de Mercal, pero todo hace indicar que estarían implicados en desviación de recursos públicos y malversación de fondos, delitos por los cuales son investigados en el Ministerio Público.

Los trabajadores de la gerencia de Recursos Humanos fueron los que denunciaron los hechos al presidente de Mercal, Félix Osorio.

“Se hizo una contraloría social en Mercal, porque se descubrió el pago de viáticos por 30.000 y hasta 40.000 bolívares por viajes de trabajo que no se realizaron, y además les estaban pagando a personas que no eran empleadas de la empresa, incluso con la entrega de ticket de alimentación”, aseguró un trabajador de Mercal.

---

16 Asamblea Nacional. 2012. Op cit. Artículo 36.

### Irregularidades como arroz

Hasta el año pasado se habían denunciado 504 casos de corrupción en Mercal, por la venta ilegal de alimentos con sobreprecio y el robo de mercancía. Por esos delitos fueron condenadas en esa oportunidad 25 personas, a 120 le dictaron régimen de presentación, 43 fueron privados de libertad y 13 tuvieron sentencias absolutorias.

Además de irregularidades internas con la desviación de alimentos, en Mercal se han descubierto compras masivas de alimentos por parte de vendedores informales que “operan como bachacos”: envían entre 10 y 15 personas a comprar los productos que más escasean como leche, azúcar, aceite y harina, para luego venderlos con sobreprecio en la calle<sup>17</sup>.

En la referida red alimenticia del Estado ha sido práctica reiterada la comisión de hechos de esta naturaleza, según lo constata otra nota de prensa publicada el 29 de diciembre de 2013 en el diario *El Carabobeño* y en la cual se lee lo siguiente:

29 diciembre 2013 Rodríguez Torres enfatizó que todo el peso de la ley recaerá sobre los responsables.

AVN

Cuatro personas han sido detenidas por estar implicados en el robo de 2.000 kilos de alimentos de la red pública de Mercados de Alimentos (Mercal) y que eran desviados a la arepera Budare del Este, en Caracas, informó este domingo el ministro para las Relaciones Interiores, Justicia y Paz, Miguel Rodríguez Torres.

---

17 Gaceta Universitaria. Intranet UCAB noticias. En [apps.ucab.edu.ve](http://apps.ucab.edu.ve)

En declaraciones transmitidas por Venezolana de Televisión, Rodríguez Torres precisó que los detenidos son dos dueños del local, el administrador y un policía de Caracas que “actuaba como una especie de mandadero, de coordinador de actividades que presumimos estaba en contacto con algún elemento de la cadena de distribución de alimentos del Estado para traerlos hasta acá”.

Rodríguez Torres enfatizó que todo el peso de la ley recaerá sobre los responsables, tanto del Budare del Este como de los funcionarios de Mercal que resulten implicados en este hecho.

Igualmente, resaltó que además de los ciudadanos detenidas, una persona está solicitada y seis se encuentran declarando en calidad de testigos.

También apuntó que en el piso superior de la arepera funcionaba una casa de citas, de forma clandestina e ilegal. “Otros delitos tienen que ver con las condiciones de insalubridad que fueron evidenciadas en el lugar”, expresó.

En tanto, el ministro para la Alimentación, Félix Osorio, agregó que “sin duda un eslabón nuestro, algún funcionario público o algunos de los que participan con nosotros en el trabajo de distribuir alimentos está implicado en este delito. Sea quien sea, todos los que estén incurso en esta situación deberán pagar”.

En la madrugada de este sábado, efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana hallaron 900 kg de pernil, 600 kg de pollo y 500 kg de carne que se encontraban acaparados en dicho comercio, que fue cerrado y se encuentra bajo las investigaciones pertinentes.

Osorio puntualizó que por diversos delitos referidos a corrupción dentro de la Misión Alimentación, la Fiscalía venezolana investiga 500 casos, al tiempo que unas 384 personas están cumpliendo condena o están en régimen de presentación<sup>18</sup>.

Tal como se señalara al comienzo de este trabajo, resulta comprensible que no se establezcan sanciones para la persona jurídica por los delitos cometidos por sus socios o directivos en concierto con trabajadores o particulares, por la grave consecuencia que pudiera ocasionar el desmantelamiento de las mismas, en virtud del fin social que cumple, por ejemplo, un ente como Mercal, encargado de distribuir y subsidiar alimentos dirigidos al consumo de los ciudadanos a bajo costo. Sin embargo no puede negarse que, en numerosas ocasiones, se ha conocido la comisión de delitos como hurto, tráfico de influencias, interrupción de la cadena de distribución y diversos hechos de corrupción que no pueden recibir un tratamiento simple puesto que, como bien puede apreciarse en este caso en particular, gerentes y otros funcionarios que allí laboran, en grupos superiores a tres personas, fueron los encargados de realizar dichos actos, motivo por el cual deberían recibir el mismo tratamiento que la ley contempla para el sector privado. Por otra parte, podría pensarse incluso en actividades de legitimación de capitales pues, tal como lo reseña la información periodística antes citada, dos mil (2.000) kilos de alimentos de la red pública de Mercados de Alimentos (Mercal) fueron desviados a un local comercial del este de Caracas, desvío de alimentos en este caso realizados por empresas del Estado que igualmente pueden actuar bajo apariencias de legalidad para esconder el origen de capitales de procedencia ilícita, tales como los provenientes del desvío de alimentos y medicinas; lo cual debe llevarnos a la reflexión de la necesidad de dar igual trato, incluso agravado, a quienes realicen estas actividades bajo el amparo en empresas vinculadas al ámbito público.

---

18 El Caraboboño. Valencia, Estado Carabobo, 29 de diciembre de 2013. <http://www.el-carabobeno.com/sucesos/articulo/73083/cuatro-detenidos-por-caso-de-alimentos-sustrados-de-mercal>.

Además de ello, otra circunstancia importante a resaltar en la ley es que no prescribe la acción penal<sup>19</sup> cuando se trata de delitos contra el patrimonio público; tampoco pareciera ser el caso cuando se trata de los relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, u otros delitos previstos expresamente en *la Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*.

Por otra parte, en tales casos y de tratarse de funcionarios públicos, debería aplicarse lo establecido en el artículo 33 de la Ley, el cual establece:

**Artículo 33.** Cuando algún funcionario público participe de cualquier manera en la comisión de los delitos tipificados en esta Ley, además de la pena impuesta de acuerdo con su responsabilidad penal, se le aplicará como pena accesoria la destitución y quedará impedido para ejercer funciones públicas o suscribir contratos con el Estado por un período de uno a quince años después de cumplir la pena. Si la comisión del delito fuere en perjuicio de cualquier organismo del Estado, ya sea nacional, estatal o municipal, se aplicará la pena en su límite máximo.

También resulta importante resaltar que si se toman en cuenta los efectos de la sentencia condenatoria y de serles aplicada la Ley a estos gerentes o directivos de las empresas del Estado, los productos decomisados retornarían en todo caso a la propiedad del mismo y ser utilizados, incluso de manera anticipada, para fines sociales, lo cual reporta un beneficio colectivo, tal como se señala en su artículo 55:

En caso de ser alimentos, bebidas, bienes perecederos o de difícil administración incautados preventivamente, el o la fiscal del Ministerio Público solicitará al juez o jueza de control su disposición anticipada. El juez o jueza de control, previo

---

19 *Ibíd.* Artículo 30.

inventario de los mismos, y habiendo escuchado a los terceros interesados de buena fe, autorizará, de ser procedente, su venta o utilización con fines sociales para evitar su deterioro, daño o pérdida. El producto de la venta de los mismos será resguardado hasta que exista sentencia definitivamente firme.

De manera que no compartimos el tratamiento diferencial otorgado por el Estado en cuanto a los hechos que, a la luz de la referida Ley, puedan ser cometidos por gerentes o directivos bajo el amparo de personas jurídicas del Estado, ya que dicho trato discriminatorio, lejos de proteger el nombre de la empresa y la seguridad económica del mismo, genera un mayor riesgo de incremento en las actividades de corrupción, legitimación de capitales o utilización de las empresas con el fin de ocultar actividades ilícitas en perjuicio de la colectividad.

Cada día es mayor la cantidad de delitos cometidos por las personas jurídicas aumentando así la tendencia a utilizar las empresas de manera impune como brazo ejecutor para la comisión de delitos, incrementado ello por la existencia de paraísos fiscales, medios tecnológicos, posiciones privilegiadas y aumento de franquicias.

Debe entenderse entonces que la ley asigna, como circunstancia calificante de los delitos, la presencia de una condición subjetiva de punibilidad, la cual viene dada por la asociación de una pluralidad de personas, ya sea naturales o jurídicas, con el fin de delinquir a gran escala. Además, en caso de tratarse de personas jurídicas, estarían prevaliéndose de su posición como directores al ampararse en la legalidad de la constitución de la entidad colectiva con el propósito de perjudicar a los destinatarios de su conducta y con el fin, en la mayoría de los casos, de procurarse un beneficio en perjuicio de la colectividad.

Sin embargo, resulta evidente el tratamiento desigualitario que confiere el legislador cuando procede a excluir al Estado y sus empresas del ámbito de aplicación personal de la ley, especialmente cuando, hoy en día, son cada vez más frecuentes los delitos cometidos con el concierto de directivos, gerentes y funcionarios de este tipo de organizaciones.

Es imprescindible que el legislador asuma su rol de regular y sancionar de manera igualitaria las conductas que, con base al *modus operandi* y la intervención de entes colectivos en su perpetración, constituyen delitos susceptibles de ser castigados como delitos de delincuencia organizada. Sin embargo, no puede el legislador establecer únicamente sanciones penales que tengan como objeto las empresas del sector privado cuando, como se ha dicho, son más constantes las conductas ejecutadas dentro de las empresas del sector público y cuya no penalización demuestra el desinterés del legislador de enfrentar el crecimiento de este tipo de conductas, lo cual hace suponer a la vez el concierto de la autoridades en el empeño por encubrir las incidencias delictivas dentro de este sector.

### **Conclusiones**

Compartimos en consecuencia la necesidad de que no queden impunes los hechos delictivos perpetrados a través de organizaciones delictivas ya que, ciertamente, se trata en este caso de la utilización de personas jurídicas para ocultar la motivación criminal y encubrir actividades ilícitas, incluso bajo la forma de aparente legalidad, tal como ocurre con el delito de legitimación de capitales.

Lo que no compartimos en cambio es que el legislador pretenda estigmatizar a las personas colectivas de carácter privado, en especial a las empresas, convirtiéndolas así en sujeto activo de la ley pero excluyendo expresamente a las empresas del Estado de la aplicación de la misma, como si no existiera la factibilidad de que éstas últimas pudiesen ser utilizadas para fines delictivos.

### **Referencias**

1.-Asamblea Nacional (2012) *Ley contra la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo*. Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012. Imprenta Nacional. Caracas.

2.----- (2011). *Decreto 8079. Ley de Reforma Parcial Instituciones del Sector Bancario*. Gaceta Oficial N°39.627 del 2 de marzo de 2011. Imprenta Nacional. Caracas.

3.----- (2005) Ley contra la delincuencia organizada. Gaceta Oficial N° 5.789 Extraordinario del 26 de octubre de 2005. Imprenta Nacional. Caracas.

4.-Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2009). Sentencia 834, del 18 de junio de 2009, expediente 03-0296, ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán. [www.tsj.gob.ve](http://www.tsj.gob.ve).

5.-Naciones Unidas. (2001) Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Documento: A/55/383. Palermo, 2000.

## **VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUCESIÓN TEMPORAL DE LEYES A PROPÓSITO DE LA APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN DE FONDOS EN LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA.**

---

Liliana Vaudo Godina \*  
*lilianvaudo@gmail.com*

### **Resumen**

Durante la última década, el Ejecutivo ha aprovechado los poderes legislativos que le otorgan las leyes habilitantes para invadir el campo de reserva legal que, por mandato constitucional, es exclusivo de la Asamblea Nacional cuando de dictar disposiciones de carácter sancionatorio se trate. De ese modo, a través de un Decreto con valor, fuerza y rango de ley se procedió a incorporar como delito la apropiación o distracción de fondos en la intermediación financiera, luego de que había sido despenalizado en diciembre de 2010. Lo sorprendente resulta ver cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante su

---

\* Abogado, egresada de la Universidad Central de Venezuela. Doctora Derecho en la Universidad Central de Venezuela con Tesis adscrita a la Línea de Sistemas Penales del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Diplomada en Valores Humanos Universidad Católica Santa Rosa. Diplomada en Docencia Policial Universidad de la Seguridad. Diplomada en “El rol del Juez en el juicio oral” para facilitadores del Sistema Judicial en la Universidad de Puerto Rico. Profesora Universidad Metropolitana. Ex capacitadora de la Escuela Judicial del Consejo de La Judicatura y de la Dirección Ejecutiva de La Magistratura. Juez Superior Penal jubilada. Ex Juez de Primera Instancia en funciones de Juicio y en funciones de Control. Ex Juez itinerante nacional en lo penal. Sustanciadora encargada del Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura. Relatora del Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura.

sentencia N° 794, no sólo convalidó este acto presidencial sino que justificó la persecución penal por hechos acaecidos bajo vigencia de una ley que había resultado derogada por cuatro reformas posteriores, en una de las cuales había quedado despenalizado el hecho por el cual eran enjuiciados los ciudadanos que allí se mencionan, alegando la Sala su vigencia en este caso concreto, violando así los principios aplicables en casos de sucesión de leyes.

**Descriptor:** Instituciones financieras, intermediación financiera, distracción, apropiación.

### **Abstract**

Over the last decade, the Government has taken advantage of the legislative powers given by the current legislation to invade the field of legal reserve (which, by constitutional mandate is exclusive to the National Assembly) in order to issue penalty provisions concerned when to issue penalty provisions in question.

Thus, through a Decree with strength and force of law the Government proceeds to incorporate offense appropriation or diversion of funds in financial intermediation, after it was decriminalized in December 2010.

It is surprising to see how the Constitutional Chamber of the Supreme Court, in its judgment No. 794, not only validated this Presidential act but justified the prosecution for offenses committed under force of a law that had been repealed by four subsequent reforms, one of which had been decriminalized (the act for which they were prosecuted citizens mentioned therein) saying the Chamber in effect the specific case, violating the principles applicable in cases of “succession of laws”.

**Descriptors:** Financial institutions, financial intermediation, distraction, ownership.

La presente investigación se encuentra adscrita a la línea de investigación de Sistemas Penales<sup>1</sup>, pretendiendo analizar el modo en el cual el Poder Ejecutivo dicta normas sancionatorias en materia penal, violando la reserva legal, amparado en el máximo órgano judicial, el cual del mismo modo, mediante el empleo del avocamiento y bajo la pretendida tutela de derechos humanos que vinculan intereses colectivos, justifica el quebrantamiento de principios sustantivos vinculados a la validez temporal de las leyes penales.

### **1.-Evolución histórica**

En oportunidades anteriores se ha hecho referencia al inicio de la penalización de las actividades relacionadas con la intermediación financiera a partir de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras<sup>2</sup>, autorizándole al Presidente el ejercicio de la potestad normativa extraordinaria para reformar la Ley de General de Bancos y otros Institutos de Crédito y el Estatuto del Fondo de Garantías y Depósitos de Protección Bancaria (FOGADE). Lo ha hecho invocando el artículo 190, 8° de la Constitución de La República de 1961, que facultaba al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera con el fin de proteger el patrimonio del banco o instituto de crédito entendido como patrimonio común de sus acreedores. Sin embargo, esta Ley fue convalidada por el Congreso de La República ese mismo año a los fines de permitir efectividad en la tipificación y sanción de los delitos y la entrada en vigencia de la jurisdicción bancaria.

---

1 Ponencia presentada en el Congreso de Investigación de la Universidad Metropolitana 2014.. Sistemas Penales es la línea de investigación dirigida por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela.

2 Presidencia de la República. (1993). promulgada por Decreto 3228 del 28 de octubre de 1993, publicado en Gaceta Oficial N° 4649, del 19 de noviembre de 1993.

A esta Ley le siguieron sucesivas reformas en los años 2001, 2008, agosto del 2010, diciembre del 2010, 2011<sup>3</sup> y 2014, habiendo sido estas últimas dictadas por Decreto Presidencial alegando el ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el numeral 5 del artículo 1 de la Ley que autoriza al Presidente de la República a dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se deleguen en Consejo de Ministros. Esta Ley es una Reforma de la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras del año 2010<sup>4</sup>, en la cual cambia al nombre de Ley de Instituciones del Sector Bancario, y deroga la aprobada de diciembre de 2010<sup>5</sup>, que fue la reforma mediante la cual la Asamblea Nacional excluyó de la lista de delitos la apropiación o distracción de fondos en la intermediación financiera. En el mes de noviembre de 2014 se incorpora un nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del sector bancario, decreto<sup>6</sup> que repite los vicios contenidos en el precedente.

## 2.-Violación de principios sustantivos

En Venezuela podemos hablar de la existencia de una “Constitución Económica” debido a que el texto constitucional incorpora precisamente disposiciones regulatorias y principios que rigen la actividad económica, incluyendo desde el derecho a la libertad económica individual y empresarial hasta la penalización de los ilícitos tributarios, pasando por la intervención del Estado en la economía.

3 Presidencia de la República (2011). *Ley de Instituciones del Sector Bancario. Decreto Presidencial N° 8.079* del 01 de marzo de 2011, N° 39.627 del 02 de marzo de 2011. Imprenta Nacional. Caracas.

4 Asamblea Nacional. (2010). *Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.491 de fecha 19 de agosto de 2010.

5 Asamblea Nacional. (2010) *Ley de Instituciones del Sector Bancario*. Gaceta Oficial 6015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010. Imprenta Nacional. Caracas.

6 Presidencia de la República. Decreto 1402 del 19 de noviembre de 2015, Gaceta Oficial 6.154.

La Constitución también establece que la facultad legislativa está reservada a la Asamblea Nacional cuando indica que la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador<sup>7</sup>. Sin embargo, el máximo órgano jurisdiccional no ha cuestionado ni decretado la nulidad de aquellos Decretos Leyes presidenciales en los cuales se incorporan conductas constitutivas de delito sino que, por el contrario, ha convalidado la violación al principio de legalidad de los delitos y las penas o reserva legal<sup>8</sup> (*nullum crimen nulla poena sine lege previa, stricta et scripta*), como evidentemente ocurrió en el presente caso en el cual no sólo regula las actividades de intermediación financiera<sup>9</sup> sino que crea delitos que imponen sanciones corporales y pecuniarias a las personas naturales y jurídicas, violando así el derecho de igualdad ante la ley<sup>10</sup> al excluir de su aplicación a las instituciones financieras del poder comunal y popular.

### 3.-Delito de apropiación y distracción de fondos

La reforma dictada por el entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, el 1° de marzo de 2011, y publicada en *Gaceta Oficial* y reformado en noviembre de 2014, modifica la Ley de agosto de 2010 pero deroga a su vez la del 28 de diciembre de ese mismo año<sup>11</sup>, incorporando nuevamente el delito de apropiación o distracción de recursos que no aparecía tipificado en el artículo 213 de diciembre de 2010 por haber sido expresamente excluido. Para ese momento –marzo de 2011- venían siendo enjuiciados por tales delitos, pero conforme al artículo 432 de la Ley de Bancos y otras Instituciones

---

7 Artículo 202, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

8 Artículo 49,6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 1° del Código Penal venezolano.

9 Entendida como actividad propia de las instituciones bancarias que consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por el Estado.

10 Artículo 21 de la Constitución.

11 Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

Financieras del 2008<sup>12</sup>, los ciudadanos Mario Dickson Gutiérrez y Ricardo Fernández Barruecos, entre otros.

En los Decretos Presidenciales<sup>13</sup>, el artículo 216 incrimina nuevamente estos hechos y los castiga con pena corporal de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa igual al cien por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Asimismo, castiga con la misma pena al tercero que hubiese obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la norma, lo cual se mantiene vigente en la reforma de 2014.

La nueva norma indica, además, que se le aplicará a quien resulte condenado una pena accesoria (a cumplir una vez terminada la pena corporal) consistente en la inhabilitación para el desempeño de cualquier posición o función en instituciones públicas o privadas del Sistema Financiero Nacional por un lapso hasta de quince (15) años<sup>14</sup>; lo cual eventualmente, pudiese alcanzar entre ambas la pena máxima de 30 años prevista en la Constitución<sup>15</sup>. Sin mencionar otras distorsiones que pueden apreciarse en varias disposiciones del Decreto Ley de 2011, y que se repiten en el Decreto Ley de 2014, como lo es la incorporación de delitos dentro del capítulo destinado a tratar de las infracciones de carácter administrativo, así como el otorgamiento de poder levantar el sigilo bancario a un importante número de funcionarios públicos, así como otorgando un fuero especial en el artículo 160 del decreto presidencial que pone en riesgo la información de los clientes. Todo ello sin contar las innumerables competencias otorgadas al Superintendente, entre las cuales se incluye la potestad de investigar y que dichas actuaciones sean

---

12 Asamblea Nacional. (2008). *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008.

13 Gaceta Oficial N° 39.627 del 02 de marzo de 2011 y Gaceta 6154 del 2 de enero de 2015.

14 Artículo 230: “Las personas condenadas mediante sentencia definitivamente firme, por delitos castigados de conformidad con la presente Ley, quedarán inhabilitadas para el desempeño de cualquier posición o función en instituciones públicas o privadas del Sistema Financiero Nacional, por un lapso de quince años, contados a partir de la fecha del cumplimiento de la condena correspondiente”.

15 Artículo 44, numeral 3° *Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años.*

apreciadas como prueba tarifada en juicio, violando el principio del debido proceso que, en el ámbito jurídico penal, conlleva la apreciación probatoria conforme a la sana crítica y el derecho de las partes a controlar la formación de la prueba cumpliendo con los principios de oralidad, inmediación y publicidad que resultan inexistentes en caso de que el juez aprecie como fundamento de hecho cualquier medio de prueba que no haya sido incorporado en contravención al debido proceso.

Además, se evidencia la violación del principio *non bis in idem*, según el cual se prohíbe la imposición de doble sanción del mismo orden penal-penal o de diferente orden con una doble persecución, tal como en el presente caso, en el cual se registra la concurrencia de sanciones de orden administrativo-penal<sup>16</sup>, tratándose ambas: la de privación de libertad y la de inhabilitación de sanciones que afectan el ámbito personal.

Cabe observar en este sentido que el principio de sucesión temporal de la ley penal va de la mano del principio de irretroactividad de la ley, contemplado de manera expresa en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>17</sup>.

Del mismo modo, existe otro principio y es el de aplicación de la ley penal más benigna, según el cual, en caso de modificación o supresión de un tipo penal, se aplicará la ley más favorable al justiciable o al condenado, siendo que cualquier modificación que la haga más benigna conllevará a la aplicación de ésta e, incluso, en caso de condena definitivamente firme, permitirá la revisión del fallo a tenor de lo establecido en el artículo 470, numeral 6°, del Código Orgánico Procesal Penal<sup>18</sup>. El artículo 473 del citado Código le asigna competencia a la Corte de Apelaciones para resolver dicho recurso extraordinario.

---

16 Artículo 49.7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

17 Asamblea Nacional Constituyente. (1999). Gaceta Oficial (E) 5958 del 19 de febrero de 2009.

18 “La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado o imputada en los siguientes casos: 6.- Cuando se promulgue una ley penal que quite el hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida”.

La confianza del ciudadano en la norma tiene su fundamento en que el Estado no podrá aumentar las penas o calificar las conductas anteriores como delictivas mediante la publicación de leyes posteriores; pero, igualmente, un cambio de perspectiva en la política criminal del Estado puede generar que el legislador, con relación a lo que castigaba con anterioridad, decida quitar incriminación o disminuir la penalidad frente a determinada conducta, debiendo ser ésta la que se le aplique al justiciable aun cuando, con posterioridad, el mismo legislador decida nuevamente considerar incorporar o aumentar la pena por ese mismo tipo de conducta. En tal sentido, es importante transcribir el artículo 24 Constitucional, el cual dispone lo siguiente:

**Artículo 24.** Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron

De esta manera, nuestro constituyente y nuestro legislador nacional han aceptado que si la ley vigente fuera distinta al tiempo de cometerse el delito de la que existe al pronunciarse el fallo, o aún durante el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más beneficiosa para el justiciable.

#### **4.- Mutación constitucional generada por la Sentencia 794 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**

La sentencia 794 fue dictada el 27 de mayo de 2011 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, en el expediente N° 11-0439 debido a que, en fecha 29 de marzo de 2011, los abogados Ana Ysabel

Hernández, Zair Mundaray Rodríguez, José Rivero y Daniel Medina, en su carácter de Fiscales 53°, 48, 55 con Competencia Plena a Nivel Nacional y 73° a Nivel Nacional con Competencia en Banca, Seguros y Mercado de Capitales, respectivamente, interpusieron solicitud de avocamiento de las causas que la:

(...)Sala de Casación Penal de nuestro máximo Tribunal, actuando conforme a lo establecido en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de febrero del año en curso, decidió solicitar de oficio a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas la inmediata remisión de las causas distinguidas con los números: 13291-09 seguida al ciudadano MARIO RICARDO DICKSON GUTIÉRREZ, a cargo del Tribunal Undécimo de Primera Instancia en lo Penal de este circuito, y 481-lo seguida al ciudadano RICARDO FERNÁNDEZ BARRUECOS y otros, a cargo del Tribunal Vigésimo Octavo de Juicio de este mismo Circuito Judicial. Asimismo, ordenó conforme al artículo 108 *eiusdem* la inmediata suspensión y la prohibición expresa de realizar cualquier tipo de actuación judicial en el proceso.

En virtud de la solicitud de avocamiento formulada por los fiscales del Ministerio Público, la Sala se declaró competente, mediante sentencia N° 425/11, para conocer del avocamiento solicitado. Esa decisión se pronunció, además, en los siguientes términos:

ORDENA a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y a la 'Presidencia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas' la inmediata remisión de las causas distinguidas con 'los números: 13291-09 seguida al ciudadano

MARIO RICARDO DICKSON GUTIÉRREZ, a cargo del Tribunal Undécimo de Primera Instancia en lo Penal de este circuito, y 481-lo seguida al ciudadano RICARDO FERNÁNDEZ BARRUECOS y otros, a cargo del Tribunal Vigésimo Octavo de Juicio de este mismo Circuito Judicial, en el lapso de tres (3) días continuos siguientes al recibo del oficio que a tal efecto se ordena librar, así como la **inmediata suspensión de la causa y la prohibición de realización de cualquier actuación procesal, so pena de nulidad de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**” (énfasis nuestro).

Con respecto a la solicitud de avocamiento, la parte solicitante expuso que la Sala de Casación Penal decidió, el 24 de febrero de 2011, solicitar de oficio a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, conforme a lo establecido en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la remisión de las causas número 13291-09 seguida al ciudadano Mario Ricardo Dickson Gutiérrez, a cargo del Tribunal Undécimo de Primera Instancia en lo Penal de Caracas, así como la número 481-11, seguida al ciudadano Ricardo Fernández Barruecos y otros, por el Tribunal Vigésimo Octavo de Juicio de ese mismo Circuito Judicial Penal. Se ordenaba además, con base en el artículo 108 de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la inmediata suspensión del proceso y la prohibición expresa de realizar cualquier tipo de actuación judicial en el mismo.

Señalaban asimismo que, conforme a lo contemplado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en sus artículos 107, 108 y 109, existía la posibilidad de que la Sala de Casación Penal se avocara a las mencionadas causas seguidas contra el ciudadano Mario Ricardo Dickson Gutiérrez por el delito de COMPLICE (sic) NO NECESARIO EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN DE RECURSOS DE INSTITUCIÓN FINANCIERA, previsto y sancionado en el artículo 432 del Decreto Con Rango y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de

Bancos y Otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 5892 del 31 de julio de 2008) en relación con el artículo 84, numeral 3, del Código Penal, entre otros delitos. Se mencionaba al mismo tiempo que, contra el ciudadano Ricardo Fernández Barruecos, se seguía la causa por la comisión del delito de APROPIACIÓN DE RECURSOS DE INSTITUCIÓN FINANCIERA, previsto y sancionado en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financiera (*Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 5892, del 31 de julio de 2008).

Por ello, los fiscales solicitaban a la Sala Constitucional que fuera ella la que se avocase, pues consideraban que era la única cuyas competencias podían abarcar integralmente el asunto acorde con el marco constitucional vigente, ya que la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada el 28 de diciembre de 2010 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N°. 6.015 era posterior a las imputaciones realizadas a los mencionados ciudadanos:

[E]n su artículo 213, al referirse al delito de APROPIACIÓN O DISTRACCIÓN DE RECURSOS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, cuyo *nomen iuris* conserva intacto el de la ley precedente, incurre en una confusa descripción de dicho tipo penal (...), la descripción de las acciones que se reputan como típicamente perseguibles a título de apropiación o distracción, no parecieran guardar estrecha relación con la voluntad legislativa que quedó expresada en el referido *nomen iuris*. Es decir, **no contemplan de forma adecuada y univoca tales conductas (distraer o apropiarse), situación que ha generado una evidente confusión respecto a la adecuación de tales hechos**, los cuales son a todas luces lesivos del orden socioeconómico y de significativa relevancia en el derecho penal económico (énfasis nuestro).

Como se recordará, en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada el 28 de diciembre de 2010<sup>19</sup>, se excluyen las conductas de apropiación y distracción al indicarse que:

Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído. Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.

Los solicitantes señalan además que, con posterioridad, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario publicado en *Gaceta Oficial* No. 39.527 del 02 de marzo de 2011 –que se mantiene igual en 2014– se retornó la descripción del delito de apropiación o distracción de recursos de las instituciones financieras que, como veremos, expresa lo siguiente:

Las personas naturales señaladas en el artículo 186 de la presente Ley, que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero los recursos

---

19 Asamblea Nacional (2010) Ley de Instituciones del sector Bancario. *Gaceta Oficial* 6015 Extraordinario.

de las Instituciones del Sector Bancario regulados por la presente Ley, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de diez (10) a quince (15) años, y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Con la misma pena será sancionado el tercero que haya obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la presente norma.

De esta forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales, dicta la sentencia N° 794 a raíz del expediente 11-0439 de fecha 27 de mayo de 2011, publicada en *Gaceta Oficial* 39.697 (con aclaratoria de fecha 13 de julio de 2011) mediante la cual, por control difuso constitucional, desaplica el artículo 213 de la Ley de diciembre de 2010 y declara, con carácter vinculante, la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras de 2008, cuyo contenido aparece con el mismo tenor en la Ley vigente. El texto señala de manera expresa que:

(...) Conforme a los anteriores señalamientos, **corresponde a esta Sala determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario** (G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), **puede derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, lo que afectaría no sólo el curso del presente proceso, sino además incidiría en el desarrollo de la actividad bancaria y, en la eficacia y vigencia de las normas constitucionales que informan ese sector de la economía.**(...)

(...) Así, en sectores económicos como el bancario, sus agentes no pueden pretender un derecho previo, fundacional o de mayor entidad a desarrollar actividades riesgosas y lucrativas, que sólo pueden ser limitadas sin afectar su núcleo esencial, ya que en ese ámbito fundamental se encuentran entidades jurídicas de igual valor (constitucionales), tales como -en general- la consecución del bien común y, particularmente la seguridad jurídica, solidez y sustentabilidad, del crecimiento de la economía, que habilita al legislador para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, que en muchos casos comporta, la absoluta prohibición y ejemplar sanción de alguna de estas actividades, como por ejemplo apropiación o aprovechamiento indebido de bienes.

Al hilo de las anteriores consideraciones, esta Sala reitera que al no revestir los derechos fundamentales una dimensión exclusiva de reacción frente a la intervención estatal, sino también de derechos de protección, que exigen conductas positivas eficaces de todos los órganos y entes que ejercen el Poder Público, garantizando su eficacia frente a sus propias actuaciones y a la de terceros, es por lo que toda ley sectorial en materia económica, bien sea de naturaleza civil, comercial, administrativa, o penal, se erige como una medida que el Estado debe implementar para proteger los derechos fundamentales y demás principios constitucionales.(...)

Por lo tanto, si bien **el órgano legislativo es ciertamente libre en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas la vía de proceder que considere en cada caso más conveniente, así como el escoger las razones que mejor puedan justificar su elección, ello debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico.**

Lo anterior se refleja, en la competencia de esta Sala para determinar que el legislador en el ejercicio de sus funciones actúe bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, lo que comporta la posibilidad de controlar actuaciones tan discrecionales como las sometidas a consideración de esta Sala en la sentencia N° 2/09, en la cual se señaló *“que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece (...)*

Ahora bien, es en ese contexto normativo y jurisprudencial que debe abordarse el desarrollo de las normas que regulan la actividad bancaria, la cual constituye un elemento fundamental en la consecución de los postulados contenidos en los ya citados artículos 112, 299 y 308 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que la banca y el resto de las instituciones financieras y comerciales del país, funcionan como los canales de captación y distribución de los capitales hacia los sectores de la economía que hagan un uso eficaz de aquellos

**y a su vez, coadyuvan en el mantenimiento de la estabilidad económica en general.**

Así, la Sala ha reconocido al sistema financiero como una actividad que en relación con sus usuarios es de eminente interés público (...)

Bajo ese principio de justicia social, **en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo, ya que dentro de los fines de ese régimen estatutario de derecho público, siempre se ha tratado que las entidades sometidas a las leyes de bancos, posean una condición financiera y estructural suficiente para responder a las eventuales exigencias de los usuarios.**

Por ello, esta Sala ha señalado que las operaciones de los entes regidos por la legislación financiera *“requieren de límites que impidan perjuicios a quienes contratando con ellos (...)*

Sobre la base de estas premisas, **se debe apuntar que si bien en la República Bolivariana de Venezuela se asume que el ejercicio del *ius punendi* -y particularmente en el desarrollo de la actividad legislativa-, debe asegurar las garantías propias del Estado de Derecho, como las vinculadas a los principios de legalidad, irretroactividad de la ley, debido proceso y derecho a la defensa o al principio de la legalidad entre otros derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, también se sostiene con**

**igual grado de protección e incidencia, que el legislador penal -y los órganos vinculados con su implementación- debe alcanzar una protección suficiente a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales.**

(...) la tipificación del delito y la fijación de la pena es parte de la política o discrecionalidad legislativa, en tanto que a través del procedimiento de formación de leyes, en los cuales según se desprenda de las necesidades de la sociedad, puede identificarse un quehacer histórico en el cual se asumen o descartan distintas concepciones punitivas, que en el marco de la Constitución permitan el desarrollo de diversas tendencias de la política criminal.

Correlativo a los anteriores asertos, es la aceptación de que la facultad de establecer regulaciones punitivas, tales como las causas de exclusión de la responsabilidad penal o respecto a si una pena es suficiente en relación al delito para el cual se contempla, comportan un juicio de valor que normalmente sólo en los casos de manifiesta desproporción o de notoria irracionalidad (tales como la prohibición de pena de muerte o de cadena perpetua), no escapa al ámbito de competencia de los jueces, por lo que en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad.

Ahora bien, en Venezuela no cabe discusión en torno a si en la Constitución puede encontrarse una definición primaria del contenido, alcance y gravedad que vincule el contenido de la legislación penal y, particularmente, de la legislación penal económica, ya que el constituyente no sólo incluyó un límite, en cuanto a la proscripción de las penas perpetuas o infamantes, así como que las privativas de la libertad no excederán de treinta años (artículo 44.3 de la Constitución), sino que estableció de manera expresa una disposición normativa que califica como delitos actividades vinculables directamente con el sector bancario, al establecer en el Capítulo VII “*De los Derechos Económicos*”, del Título III “*De los Derechos Humanos y Garantías*”, el artículo 114, en los siguientes términos:

*“Artículo 114.- El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”*

El contenido del artículo parcialmente transcrito, impone ciertamente un conjunto de limitaciones para el ejercicio de la función legislativa, pero a la vez, comporta un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación penal en la materia, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros.

Así, el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el resultado de una valoración conforme al cual se considera que la criminalidad económica, afecta a derechos fundamentales vinculados con la producción, distribución y consumo de bienes o servicios y, en definitiva a la calidad de vida en la sociedad, que requieren ser objeto de una penalización severa.

En su contenido normativo, el artículo 114 Constitucional da respuesta a la necesidad de poner fin a una actividad (conducta) considerada esencialmente perjudicial, a la paz social y a la consolidación del sistema económico (...)

En ese contexto, la penalización de actividades desarrolladas en el marco del sector bancario, responden igualmente como parte de la necesidad del Estado de reaccionar ante hechos punibles cometidos por personas en una especial circunstancia de poder o estatus económico, en un ámbito en el cual las partes que integran el sistema actúan de buena fe, abusan de su posición, en detrimento de los débiles jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico bien sea en provecho propio o de terceros.

No puede negarse entonces, que la primera aproximación al cumplimiento del contenido del artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas

**que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes, pero que afectan un bien jurídico determinado que requiere de una tipificación de los comportamientos que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo.**

**Por lo tanto, corresponde a esta Sala afrontar en el contexto de las competencias que tiene atribuidas, la interpretación del contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), teniendo presente la necesidad de provocar una reacción total de los valores, principios y derechos constitucionales, que permee o alcance todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, permita forjar una resolución de fondo acorde con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso en el cual se avoca.**

Como puede apreciarse en los párrafos anteriores destaca, entre los argumentos para justificar el avocamiento<sup>20</sup> que expresa la Sala, el haberse avocado por tratarse de situaciones que involucran derechos humanos colectivos, siendo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorga relevancia constitucional al debido funcionamiento de las entidades bancarias ya que la colectividad deposita su confianza en estas instituciones para proteger sus ahorros, debiendo existir severidad en las leyes penales que dicte el legislador cuando del sector bancario se trata, por afectar derechos económicos colectivos, así como por la posición de poder que ostentan quienes dirigen las instituciones financieras.

---

20 Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Gaceta Oficial 39.522 del 1° de octubre de 2010.

Particularmente, sobre el principio de legalidad penal, esta Sala reafirma lo que ha señalado jurisprudencialmente al establecer que:

*“...el Principio de Legalidad funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.*

(...)

*La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo nullum crimen, nulla poena sine lege. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.*

*En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de*

*noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.*

De ello resulta pues, que la Sala al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran, que en el presente caso se ven reflejadas en las consideraciones contenidas en el punto 1, del presente fallo.

Al respecto, como ya se señaló con anterioridad, en materia de delitos económicos la discrecionalidad del legislador penal, no es tan amplia como en otros ámbitos dado el contenido del mencionado artículo 114, en concordancia con los artículos 2, 112, 299 y 308 del Texto Fundamental, lo que permite afirmar con mayor claridad que el control de la actividad legislativa por esta Sala, pueda y deba corregir la protección deficiente de los derechos y, en general de los imperativos Constitucionales.(...)

**Tales circunstancias, imponen a esta Sala un imperativo categórico que debe en el marco de la Constitución, evitar una interpretación que fomente la impunidad y desconozca el contenido mismo de los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico, y sustenten más allá de la justificación del *ius puniendi* del Estado, la de la existencia soberana de la República -Vid. Sentencia de esta Sala N° 23/03-, que tiene como fin la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.(...)**

(...)Debe la Sala aclarar que el legislador en el artículo 5 *eiusdem* cometió un error al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República.

De ello resulta pues, que la conducta antijurídica por excelencia o que se deriva de la naturaleza misma de la actividad financiera que realizan los bancos, sea a no dudarlo, la denominada apropiación o distracción de recursos, la cual no puede concebirse bajo planos de razonabilidad y justicia como una conducta lícita o permitida por el ordenamiento jurídico. (...)

(...)Por todo lo anterior, **se colige que la conducta de apropiación o distracción de recursos no**

sea un acto indiferente, sino lesivo contra el bien común, al desconocer el interés general que subyace en las actividades económicas y en particular en el sector bancario; ya que tales conductas, como bien perfila la Constitución, son de naturaleza delictual, por lo que cualquier norma que desnaturalice su antijuricidad y el alcance de la tipicidad de las mismas, “legalizaría formalmente” un caos el sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.

En tal sentido, dadas las características particulares que informan el presente caso, ya que en materia económica (bancaria) el ordenamiento constitucional, impone al juez constitucional, que en ejercicio de su competencia de control de la actividad legislativa, garantice que “*El ilícito económico, (...) y otros delitos conexos, serán penados severamente*” (artículo 114 *eiusdem*), ello implica no sólo que deban ser tipificadas las conductas delictivas, sino que además sean penadas con mayor severidad, en tanto que aquellas si bien pueden ser delitos comunes, en el ámbito bancario tiene mayor relevancia punitiva, cuando del contenido de la norma en el que el propio legislador establece el delito, puedan identificarse los elementos que componen una norma penal perfecta.

Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva *per se* -derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria-, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.

**Esta Sala bajo ninguna posición doctrinal que se asuma, puede afirmar la existencia de algún título jurídico válido que genere la destrucción o desintegración de la sociedad y, del sistema económico desarrollado en el marco del Estado Social de Derecho y Justicia, más aún cuando se está en presencia de una conducta que directamente desnaturaliza y terminaría por desintegrar, el desarrollo de una actividad lucrativa -en los términos del ordenamiento jurídico estatuario que lo regula- que igualmente es un derecho humano fundamental, como lo es el de libertad económica, lo cual se constituiría en un grave e inminentemente peligro, al bienestar individual y colectivo, que impele a esta Sala a garantizar su prohibición y correcta sanción por razones de necesidad y seguridad del Estado.**

Así, bajo el principio de racionalidad que debe guiar el ejercicio del Poder Público, esta Sala advierte que ningún órgano u ente puede en

**ejercicio de las competencias que le son atribuidas, afirmar un grado tal de discrecionalidad que le permita aseverar que tiene la opción de actuar en contra de la Constitución, los derechos y las garantías que en ella se consagran y que reflejan un conjunto de principios y valores, que como ya se ha señalado, deben ser parte fundamental en la resolución de casos, en los cuales los tradicionales medios de interpretación normativa no ofrecen una solución justa y por mucho contrarias a los principios y normas que informan el Texto fundamental, ya que la concepción misma del Estado, hace inadmisibile que éste sea el origen del desequilibrio que se trata de evitar.**

De los párrafos transcritos se evidencia que la Sala Constitucional consideró que el legislador no podía despenalizar la conducta delictiva porque se trataba de un mandato constitucional, además de entender la Sala que se trató de un error interpretativo por parte del legislador, así como igualmente se cometió en la redacción del artículo 5 de la misma ley. En vista pues de que era la Sala a la cual correspondía corregir dichos errores por vía de interpretación constitucional, se decide lo siguiente en este caso concreto, sobre todo a raíz de la desaplicación del artículo 213 de la Ley de diciembre de 2010:

(...) bajo las premisas anteriormente formuladas en el presente fallo, referidas al alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales, debe necesariamente aplicarse el principio “*tempus regit actum*” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se

materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (...)se entiende aplicable de acuerdo a la fecha de comisión del hecho punible y con fundamento en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la norma que contenga el tipo penal al cual se adecue el hecho jurídicamente reprochable, vigente para el momento de la comisión del delito; es decir, el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2008, que señala: “Apropiación o Distracción de Recursos Artículo 432 (...) y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal por ser la más favorable en base al principio de ultractividad; que comporta que la ley vigente al momento de ocurrir el hecho, es la que se aplicará para resolver el caso en concreto.

(...) Se DESAPLICA por control difuso de la constitucionalidad el ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia. 3.- Se DECLARA, con carácter vinculante, la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008, y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito,

atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal (...)

Como podrá notarse, y si bien es cierto que la Constitución tutela los derechos fundamentales y colectivos involucrados en la actividad bancaria (lo cual pudiera eventualmente, mediante la interpretación jurisprudencial, considerar la inconstitucionalidad de la Ley impugnada), no es menos cierto que la Sala violenta los principios referidos a la sucesión temporal de leyes, alegando la prohibición de despenalización de conductas cuando afecten derechos humanos fundamentales y subvirtiendo el orden constitucional. Ello es así en vista de que el artículo 24 de la Constitución establece la garantía de aplicación de la norma más favorable, ya que la ley que se desaplica (no se declara su nulidad, puesto que había sido derogada mediante el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario del 2 de marzo de 2011) estuvo vigente y produjo efectos jurídicos en el mundo real; ello con base en que toda nulidad produce efectos *exnunc*, es decir, hacia el futuro.

Sin pretender justificar la conducta de quienes, prevaliéndose de la confianza manifestada por los ciudadanos en las instituciones bancarias durante las actividades de intermediación financiera, emplean sus cargos gerenciales para distraer y apropiarse de manera indebida de los fondos depositados por los ciudadanos, resulta indispensable que las leyes sancionatorias que regulen la materia se produzcan conforme a los mecanismos establecidos en la Constitución y que las decisiones dictadas se vean sujetas a la ley. Sólo esto evitaría que el máximo órgano jurisdiccional se convirtiese en una especie de validador de conductas violatorias de derechos, garantías y principios constitucionales y legales, debiendo, por tanto, señalarse los errores cometidos por los legisladores y someterlos a los procedimientos disciplinarios correspondientes en lugar de pretender justificar su conducta, alegando que se trató de un error involuntario de los mismos, lo cual, a todas luces, luce inaceptable como representantes de los ciudadanos afectados.

Este conjunto de circunstancias llaman a plantear un requerimiento ante la Asamblea Nacional, en su calidad de órgano legislador, para que asuma el rol de legislar en materia penal que le otorga la Constitución de manera responsable, ya que dicha atribución es exclusiva del órgano legislativo. Aceptar lo contrario implicaría una ruptura con los principios de la dogmática jurídico-penal y la generación de una situación de inseguridad jurídica para los justiciables, pues la reforma planteada a raíz del nuevo Decreto con Rango, Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Financiero (emanada del Ejecutivo el 19 de noviembre de 2014) le da continuidad a la situación de violación del principio de legalidad observada desde el 2 de marzo de 2011.

### **Conclusiones**

La situación antes expuesta coloca en tela de juicio la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que, por una parte, se vulnera el principio de sucesión de leyes en el ámbito penal, según el cual siempre se aplicará la ley que resulte más favorable al enjuiciado (que, en este caso, resultó ser la ley derogada y que la Sala Constitucional declaró inexistente, sin tener en consideración sus casi tres meses de vigencia, durante los cuales produjo efectos en diferentes ámbitos y que no pueden ser desconocidos por el órgano jurisdiccional).

Por otra parte, retrotrae la aplicabilidad a la ley de 2008 al caso concreto, la cual había sido derogada, subvirtiendo así el orden constitucional, en particular el artículo 24 constitucional, más aún, cuando la ley actual es producida nuevamente por medio de un Decreto presidencial, por lo que cuestionamos el uso abusivo de poderes extraordinarios por parte del Ejecutivo, usurpando la actuación del legislador a la hora del establecimiento y sanción de los delitos así como la proliferación de condenas de carácter penal en contra de las empresas del sector privado.

## Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Caracas: Imprenta Nacional.

Asamblea Nacional (2010). *Ley de Instituciones del Sector Bancario*. Gaceta Oficial 6015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010. Caracas: Imprenta Nacional.

----- (2010). *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Gaceta Oficial 39.522 del 1° de octubre de 2010. Imprenta Nacional. Caracas.

----- (2008). *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras*. Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008. Caracas: Imprenta Nacional.

CARBONELL, Ricardo. 2011. *Principales innovaciones en la ley de instituciones del sector bancario*. En “Análisis y Comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario”. Caracas:

FUNEDA.

Presidencia de la República. 2011. *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*.

Presidencia de la República. 2014. *Decreto 1402 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*. Gaceta Oficial 6154.

QUINTERO, Jesús R. 1997. *Los delitos bancarios. Seis ensayos hermenéuticos*. Caracas: Paredes Editores.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. 2011. *Sentencia 794 de la Sala Constitucional*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 39.697 del 16 de junio de 2011.

VILLAVICENCIO, Vicente. 2011. *Los delitos bancarios*. En “Análisis y Comentarios a la Ley de Instituciones del Sector Bancario”. Caracas: FUNEDA.

## **SISTEMA PENAL VENEZOLANO: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SECTOR BANCARIO**

---

Carmen Alguindigue \*

Andrea Santacruz \*\*

### **Resumen**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema controvertido a nivel doctrinario mundialmente, en tanto que no existe un criterio único sobre si es -o no- posible penalizar a las personas jurídicas.

Más allá del debate académico, el legislador venezolano ha desarrollado diversas normas conforme a las cuales ha señalado que las personas jurídicas son penalmente responsables, aunque no existe un criterio único para establecer dicha responsabilidad. De hecho, se observan tipos penales que le atribuyen responsabilidad penal directamente a las personas jurídicas y otros que lo hacen en cabeza de sus directores, gerentes, administradores y representantes, es decir, sobre personas naturales que actúan como órganos de las personas jurídicas.

---

\* Universidad Central de Venezuela: Abogado, Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas, Doctorado en Derecho (actualmente en curso). Adscrita a línea de investigación Sistema Penales. Instituto CPUCV. Jefe del Departamento de Estudios Jurídicos de la Escuela de Derecho. Profesora de pregrado y postgrado Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello.

\*\* Universidad Metropolitana: Abogado Summa Cum Laude, Maestría en Gerencia Tributaria de la Empresa. Universidad Central de Venezuela: Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (actualmente en curso). Profesora pregrado Universidad Metropolitana.

En materia financiera y bancaria la legislación que lleva inserta tipos penales está representada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Fideicomisos, la Ley Sobre Ilícitos Cambiarios y la Ley del Sistema Económico Comunal.

Este artículo gira fundamentalmente en torno al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. A lo largo del mismo se hace referencia a la violación del principio de reserva legal derivado del principio de legalidad, vinculado al referido Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley mientras que, posteriormente, se entra a revisar los tipos penales contemplados en dicha norma, desde el prisma de los principios generales del derecho penal.

*Palabras claves:* Responsabilidad penal de las personas jurídicas, principio de legalidad, reserva legal, estado de derecho, sector bancario.

### **Abstract**

The criminal liability of legal persons in the world is a controversial topic at doctrinal level, because there is no single criterion for whether or not it is possible to penalize corporations.

Beyond the academic debate, the Venezuelan legislature has developed several standards under which legal persons are criminally liable, although there is no single criterion for such liability. In fact, there are types of crime which directly attribute criminal liability to legal organizations?, and others that attribute criminal liability to those at the head, that is, to their directors, managers, administrators or representatives, that is, to natural persons acting as agents of a legal entity.

In financial and banking matters, the legislation that considers criminal types is represented by the Decree with Rank and Force of Law of Partial Reform of the Law of Banking Sector Institutions, the

Law of Securities Market Law, the Trusts Illegal Exchange Act , and the Communal Economic System Act .

This article revolves primarily around the Decree with Rank and Force of Law of Partial Reform of the Law of Banking Sector Institutions. The article refers to the violation of the principle of legal reserve derived from the principle of legality, which is linked to the Decree with Rank and Force of Law of Partial Reform of the Law of Banking Sector Institutions. It presents a review of the criminal offenses considered in this norm, from the point of view of the general principles of criminal law and of penalty.

### **Introducción**

En Venezuela no existe un criterio único aceptado en cuanto a cómo responsabilizar penalmente a las personas jurídicas; de hecho, la legislación lo consagra como excepción en comparación con un abultado número de tipos penales que le atribuyen responsabilidad penal directamente a sus directores, gerentes, administradores y representantes, es decir, a las personas naturales actuando como órganos de las personas jurídicas.

Por su parte, en la doctrina mundial se continúa la discusión sobre si se debe -o no- responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, discusión sobre la cual no existe una respuesta definitiva, aunque avanza fuertemente la justificación de responsabilizarlas dado el evidente incremento de situaciones que afectan de manera considerable el orden socioeconómico de los países, lo cual, para diversos autores, amerita una tutela penal con el fin de proteger los bienes jurídicos en riesgo.

Esta esfera de regulación es ampliamente sensible. En ella convergen el poder económico y el poder punitivo del Estado, ambos de los cuales son de gran importancia e impacto en el mantenimiento de los valores fundamentales del Estado de Derecho y de una sociedad democrática.

En este caso, el uso del ejercicio del *ius puniendi* para proteger los bienes jurídicos que afectan el orden socioeconómico corre el riesgo de avalar fisuras en los límites de la actuación del Estado al dar cabida a soluciones normativas de manera irracional y con un alto sentido de mero simbolismo, dada la selectividad de su aplicación práctica.

Por su parte, la posición doctrinaria que mantiene que las sanciones administrativas no son suficientes por si solas para garantizar la tutela del orden económico, y a su vez el desarrollo humano, sanidad, protección del ambiente u otros bienes de interés socioeconómicos (sino que, por el contrario, requieren la presencia constante del poder punitivo del Estado), pareciera estar ajena a la evidente realidad sobre el uso del *ius puniendi* para tales fines y a la realidad propia del funcionamiento del sistema penal, básicamente porque tal posición es proclive a vulnerar la libertad económica y los derechos y garantías ciudadanas contempladas en la Constitución y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Variados aspectos del llamado régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicado en el país son, paradójicamente, inversos a los principios generales que sustentan y limitan el ejercicio del *ius puniendi*, derivados del modelo de Estado consagrado en la Constitución y, por ende, presentan distorsiones con las tradicionales categorías dogmáticas del Derecho Penal.

Entre el más de un centenar de leyes que plantean ilícitos penales resulta evidente el abandono de la concepción garantista referida al uso del poder punitivo como último recurso de control social. De igual forma, la estructura de los tipos penales configuran violaciones a los principios de legalidad, subsidiaridad, mínima intervención, proporcionalidad, culpabilidad y humanidad de las penas, entre otros.

En el ordenamiento jurídico venezolano es notorio el alto grado de dispersión y fragmentación del Derecho Penal sustantivo, así como sus constantes reformas. En esta última década han entrado en vigencia un número importante de instrumentos legales vinculados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ejemplo de ello han sido la Ley Penal del Ambiente; la Ley para la Defensa de las Personas

en el Acceso a los Bienes y Servicios<sup>(1)</sup>; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos (actualmente, Ley de Precios Justos); la Ley contra los Delitos Informáticos; la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores; la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, así como el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, entre muchas otras. De los instrumentos mencionados, sólo la Ley Penal del Ambiente, la Ley contra los Delitos Informático y la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo les asignan directamente responsabilidad a las personas jurídicas.

En el caso particular de la materia financiera y bancaria, la legislación que tiene inserta tipos penales está representada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, por la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Fideicomisos, la Ley Sobre Ilícitos Cambiarios y la Ley del Sistema Económico Comunal.

El análisis que se pretende realizar sobre la utilización de la intervención punitiva como mecanismo para el resguardo del orden económico gira en torno al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Como en otras normas, se evidencia una falta de claridad de parte del legislador en cuanto a cómo materializar su propósito.

A tales fines, se hará referencia a la violación del principio de reserva legal derivado del principio de legalidad vinculado al referido Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para, posteriormente, revisar los tipos penales contemplados en dicha norma, desde el prisma de los principios generales del Derecho Penal y de la penalización.

---

(1) Ley derogada posteriormente con el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Precios Justos.

## Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

La responsabilidad penal es, por su naturaleza, personal. Se ha atribuido tradicionalmente a personas naturales, aceptándose comúnmente el aforismo jurídico *societas delinquere non potest*, según el cual las personas jurídicas no pueden ser consideradas penalmente responsables, criterio que ha variado recientemente por diversas razones, entre las cuales podemos destacar el claro aumento de los crímenes cometidos a través de estos entes (Modolell, 2002), así como el fenómeno de la globalización y el consecuente aumento de la delincuencia transnacional con carácter económico, ejercida principalmente a través de empresas u otras organizaciones (Silva Sánchez, 1999).

La discusión doctrinaria en la materia tiende a enfocar el análisis en los supuestos que limitarían la atribución de la responsabilidad penal a una persona moral, fundamentado en tres de los elementos del delito estudiados por la misma doctrina, como lo son la acción o conducta, la culpabilidad, y la penalidad. Escapa a este estudio entrar en su análisis. No obstante, resulta importante recalcar lo peligroso que puede ser abrir espacios por razones de política criminal que den cabida a flexibilizar las estructuras básicas tradicionales de la dogmática penal, ya que ello pudiera generar una justificación del uso ilimitado e irracional del sistema penal para, prácticamente, cualquier interés del Estado (Modolell, J, 2008: 58).

Según sostiene Zaffaroni (2000: 11) siguiendo a Hassemer y Muñoz Conde, el Derecho Penal sufre el fenómeno de la “administrativización”, caracterizado por la pretensión del uso del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas por el Estado a los componentes del sistema económico, lo cual banaliza el concepto de la legislación penal, limita el concepto del bien jurídico, profundiza la ficción del conocimiento de la ley y, en general, privilegia al Estado en relación con el patrimonio de los habitantes.

Más allá de esta discusión resulta claro que el legislador venezolano se ha planteado, con mayor énfasis durante la última década,

responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, aun cuando no posea un criterio claro ni racional para ello.

En los tipos penales creados se plantea responsabilizar a las personas naturales por su vinculación y representación con las personas jurídicas como principio y de manera excepcional; de hecho, se responsabiliza de manera directa a la persona jurídica, e incluso de manera indirecta, dada la dudosa redacción del injusto penal.

En el caso de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), la responsabilidad penal recae sobre personas naturales determinadas, entendiéndose por ellas al empleador o representantes de éste. Distinto a lo que ocurre en la Ley Orgánica del Ambiente (artículo 132), la Ley Penal del Ambiente (artículo 4), la Ley Especial contra los Delitos Informáticos (artículo 5) y la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (artículo 31), en las cuales se establecen disposiciones que afectan directamente a los entes bajo el capítulo titulado “la responsabilidad penal de personas jurídicas”.

La diversidad de criterios atenta contra la seguridad jurídica, lo que se convierte en un riesgo de cuidado al evaluar el momento de decidir ejercer una actividad económica en el país. Se trata de un hecho cierto que limita y atenta contra este derecho consagrado en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Tal como lo refriese Santacruz (2012), la falta de claridad en cuanto a la posición del legislador genera la dificultad de determinar el modelo de responsabilidad penal empresarial que se pretende establecer en Venezuela, dando cabida así a riesgos importantes señalados por Carlos Gómez y Jara Díez (2010), como lo son el de introducir una regulación inadecuada desde el punto de vista político-criminal o el de sentar las bases de una institución inapropiada desde un punto de vista científico-penal.

Ambos riesgos se concretan en Venezuela, dado que la relevancia político-criminal de las tipificaciones en materia económicas son (mucho más que en otros sectores) meramente simbólicas y carentes

de aplicación por el sistema de justicia penal, salvo cuando opera la selectividad del poder político<sup>1</sup> que determina el inicio de las averiguaciones ante casos o personas determinadas<sup>2</sup>. Esto queda en evidencia al revisar los criterios que sustentan la escasa jurisprudencia que existe en la materia, la cual se acompasa con las estadísticas de los informes anuales del Ministerio Público relacionadas al procesamiento de delitos de esta naturaleza.

Por otra parte, desde la perspectiva de la ciencia penal, los ilícitos penales creados o reformados presentan, en muchos casos, flagrantes violaciones de principios generales y chocan abiertamente con sus instituciones básicas. No resulta por tanto extraño hallar tipos penales contrarios a los requerimientos de tipificación estricta de la ley penal, lesividad, proporcionalidad y derecho penal de acto. En este último aspecto, el establecimiento de la responsabilidad penal objetiva, mediante el cual se castiga a los representantes de las empresas por lo que son y no por su actuación, es un tema de importancia cardinal que retrotrae el Derecho Penal a tiempos en que no era relevante el nexo causal entre el resultado y la conducta realizada, dado que la peligrosidad del agente era lo relevante para la aplicación de la sanción.

Esta situación, junto a la violación de principios fundamentales del Derecho Penal, como lo son el de reserva legal derivado del principio de legalidad, se constata en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario.

- 
- 1 Al respecto se cuenta con estudios de calificados doctrinarios en materia penal, entre ellos el argentino Zaffaroni, E (s.f), que fundamentan la inevitable selectividad de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática.
  - 2 El 29 de junio de 2010, el Ministerio Público, específicamente “el fiscal 1° nacional, José Gregorio Morales, acusó a Zuloaga Núñez, a Zuloaga Siso, al propietario de Pakla C.A, Enrique Kshenoske, y a la accionista de Toyo Club Valencia, Martha Roca, por la presunta comisión de los delitos de usura genérica continuada y agavillamiento” tal y como consta en nota de prensa del Ministerio Público (2010). Zuloaga Núñez, quien para esa fecha era propietario principal del canal de noticias Globovisión, consideraba esta acusación parte de una persecución política que se habría originado por la línea editorial del canal de televisión.

## Principio de Legalidad y Reserva Legal

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario es la cuarta reforma en esta materia realizada durante los últimos dieciséis años. Entró en vigencia el 19 de noviembre de 2014 al ser publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.154. Con este decreto se reformó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario del 2 de marzo de 2011, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.627, el cual, a su vez, derogó la Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010 (éste sustituyó a su vez al Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos e Instituciones Financieras del 3 noviembre 2001). Cabe observar que tres de las cuatro modificaciones de la legislación bancaria han emanado directamente del Presidente de la República en Consejo de Ministros mientras que una sola de ellas ha sido formulada por la Asamblea Nacional en respeto al proceso de formulación de leyes previsto por la Constitución.

Dicho Decreto-Ley se inicia con un considerando similar al Decreto con Rango y Fuerza de Ley que deroga, el cual data 2011: “Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo y el engrandecimiento del país, basado en los principios humanistas, sustentado en condiciones morales y éticas bolivarianas por mandato del pueblo”.

La aludida justificación de impregnar de eficacia política y calidad revolucionaria la construcción del socialismo se circunscribió fundamentalmente en el Decreto Rango y Fuerza de Ley 2011 a darle vida nuevamente a tipos penales derogados en diciembre del 2010 relativos a la apropiación o distracción de recursos<sup>3</sup> y a contrariar la Constitución,

---

3 Artículo 213 en la Ley derogada, que pasa a ser el artículo 216 en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Este artículo ha sido controversial, en tanto que su contenido no establecía como hecho punible la apropiación o distracción en provecho propio o de un tercero de los recursos de las instituciones del sector bancario. Esto despenalizaba una conducta que había sido penalizada y se había mantenido así en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.892 del 31 de Julio de 2008 y en la del 19 de Agosto de 2010, publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.491; delitos por

incluyendo prerrogativas procesales conferidas al Superintendente y otros funcionarios de esa institución pública, así como eliminando la sanción penal que atribuía responsabilidad al Superintendente al incurrir en infracciones graves en el ejercicio del cargo. De resto, las modificaciones en materia penal han estado enfocadas en aumentar las sanciones privativas de libertad, especialmente a los ciudadanos que ejercen la actividad bancaria, y a incorporar un nuevo ilícito en la materia denominado “Cierre indebido de oficinas e interrupción de servicio público”.

### **Análisis de la violación del Principio de Legalidad**

Como es bien sabido, los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley emanan del Poder Ejecutivo Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 236, numeral 8, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Ejecutivo goza de esta facultad sólo cuando la Asamblea Nacional delega dicha función por vía de una Ley Habilitante.

La Ley Habilitante es definida en el último aparte del artículo 203 de la Constitución como aquella “sancionada por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las

---

los que están siendo juzgados MARIO RICARDO DICKSON GUTIÉRREZ y RICARDO FERNÁNDEZ BARRUECOS. Esta despenalización que debió incidir positivamente en los ciudadanos procesados, por el contrario derivó en una sentencia criticable de la Sala Constitucional, cuyo criterio además se estableció vinculante. Dicha Sentencia es la N° 794 de 27 de mayo de 2011, y versa sobre la solicitud de avocamiento que realizare el Ministerio Público de las causas de Dickson y Fernández Barruecos. La Sala decidió avocarse a las causas y además DESAPLICAR por control difuso de la constitucionalidad el ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO, DECLARA, con carácter vinculante, Y LA APLICACIÓN de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la Gaceta Oficial N° 5.892, del 31 de julio de 2008, y en el resto de los supuestos, la norma aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal. Esta sentencia dio lugar a la realización de un escrito orientado a su análisis crítico “Violación del principio de sucesión temporal de leyes a propósito de la apropiación y distracción de fondos en la intermediación financiera” solo a la crítica de dicha decisión” Liliana Vaudo, Carmen Alguíndigue 2011.

directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”.

De lo aquí expuesto se evidencia la inexistencia de limitaciones en cuanto a la materia sobre la cual el Poder Ejecutivo podrá legislar, contrario a lo que ocurría en la Constitución de 1961 que, en su artículo 190, ordinal 8°, señalaba entre los deberes y atribuciones presidenciales “dictar medidas extraordinarias en **materia económica o financiera** cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial” (negrillas añadidas).

Las Leyes Habilitantes han sido la base legal sobre la cual se sustentan los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley que han reformado la legislación bancaria. La primera interrogante es si, a través de Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, resultaba factible la creación y modificación de tipos penales. La opinión de quienes tienen a su cargo este artículo es que el principio de legalidad y su derivado, el principio de reserva legal, fueron violentados de manera flagrante.

La anterior opinión se fundamenta concretamente en el contenido y alcance del principio de legalidad<sup>4</sup>, como principio medular en materia penal, el cual implica la necesaria existencia de una ley previa que reúna, entre otros requisitos, ser ley con carácter escrito, es decir, ley formulada por el órgano llamado constitucionalmente para tal proceso, cumpliendo cabalmente con el procedimiento establecido.

En palabras de Beccaria, “sólo la ley puede limitar la libertad y solo el legislador puede hacerlo por ser quien representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social” (Agudelo, N, 2012: XXV).

El principio de legalidad se halla consagrado en el ordenamiento jurídico venezolano, en la Constitución y en el marco del derecho al debido proceso, específicamente en el numeral 6 del artículo 49, que señala que “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones

---

4 En relación al principio de legalidad en materia penal puede consultarse importantes aportes de la doctrina. Ferrajoli (1990), Velázquez (1986), Baratta (1985), Heinz Jossel (1984), Rosales (1996).

que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en **leyes preexistentes**” (negrillas nuestras). Lo mismo está contemplado por la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos en su artículo 9, y en el 7, numeral 6; por la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2, numeral 11; por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 3, numeral 9, así como por el artículo 1 del Código Penal vigente.

Todos los instrumentos jurídicos antes señalados aluden a la necesaria prescripción previa de los tipos penales mediante el procedimiento formal consagrado en la Constitución para la elaboración de leyes; incluso, la expresión de legalidad en materia penal ha dado luces a un nuevo contenido que involucra no solamente la existencia previa del tipo penal a través de leyes formales sino también la necesidad de que esa ley sea estricta, escrita y cierta (Carrasquilla, 1989: 19).

No cabe duda de que el desarrollo del principio de legalidad, más allá del contenido formal, involucra un contenido material, es decir, que excede de los controles formales de la producción de normas penales y tiende a la efectiva garantía de los derechos humanos (Rosales, E, Bello, C. S, Borrego, C, 1996: 89).

Lo antes dicho conlleva inexorablemente a concluir que la creación de tipos penales tiene implícitas limitaciones en su forma y contenido, todas vinculadas al respeto del Estado Constitucional, entendido éste como Estado de garantía de los Derechos Humanos (Rosales, E, Bello, C. S, Borrego, C, 1996).

Los tipos penales deben estar contenidos en leyes que cumplan con el procedimiento de ser sancionadas por el órgano colegiado correspondiente. En Venezuela, conforme al artículo 202 de la Constitución, sería la Asamblea Nacional, dado que en este artículo se define a la ley como “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”. En este mismo orden de ideas, la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos expresa que la “norma jurídica de carácter general ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones

de los Estados partes para la formación de las leyes” (cita referida por Nikken, en referencia al tratamiento normativo de los decretos leyes en la Constitución de 1999. 2005:609).

Por consiguiente, no es aceptable la creación de tipos penales a través de leyes materiales pues esto atenta contra la idea de un Estado Constitucional, en tanto que en lugar de limitar el poder del Estado, específicamente su poder punitivo, el cual es el más poderoso y peligroso mecanismo de control social, se amplía y le confiere a un grupo limitado de personas (que no representa a la totalidad de los ciudadanos sino a la fracción mayoritaria de electores en un determinado proceso electoral) la posibilidad de definir quién pierde y cómo su libertad. Ir en contra de esta limitación que circunscribe la posibilidad de crear tipos penales, a través de leyes formales, equivale a contravenir los postulados del artículo 2 de la Constitución que consagra a Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

En la doctrina nacional se cuenta con un estudio detallado de la cuestión por parte de Juan Luis Modolell quien asegura en su análisis que, realizando una interpretación sistemática de la Constitución, se llegaría a la conclusión de que el Presidente de la República no puede legislar en materia penal en tanto que, si de acuerdo a lo establecido en el artículo 337 el Presidente no puede restringir el derecho al debido proceso al declarar un estado de excepción, menos aún lo puede hacer en una “situación de menos excepcionalidad, como es la habilitación” (2011: 15).

Montovini, citado por Frias Caballero (1993:37), explica que es el Parlamento el que representa la voluntad de los ciudadanos, por lo cual se constituye como la suprema garantía de la seguridad y la libertad. La justificación de dejar en manos del Poder Legislativo la potestad de crear delitos y penas es por considerarlo el poder menos peligroso mientras que se impide la intromisión arbitraria del Poder Ejecutivo, considerado el más peligroso en materia represiva.

En conclusión, es el Poder Legislativo el único competente para crear y modificar tipos penales. Avalar que esta función sea ejercida por

el Poder Ejecutivo atenta contra los más importantes derechos humanos de los integrantes de la sociedad.

**Tipos penales insertos en el Decreto con Rango,  
Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley  
de Instituciones del Sector Bancario.**

En el caso específico del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, se evidencia que el criterio predominante en cuanto a la atribución de responsabilidad penal es el de establecerla en cabeza de las personas naturales relacionadas con el marco de regulación de la ley.

En tal sentido, los sujetos activos determinados señalados fundamentalmente en los tipos penales son, en el caso de las personas naturales, tanto el personal de mayor jerarquía como los empleados, sin distinción de su vinculación con actividades directivas; y en cuanto a las personas jurídicas, se precisa que lo son las instituciones del sector bancario. Los mismos se encuentran señalados principalmente en el artículo 186 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, agregándose otros en tipos penales específicos.

Dichos sujetos activos determinados en el caso de las personas naturales se habrían manteniendo siendo administradores o directores, consejeros, asesores, consultores, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios de la junta directiva o cargos similares, empleados, funcionarios públicos, Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario o Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios. Aunado a los anteriores existen tipos penales cuyos sujetos son de naturaleza indeterminada (cualquier persona que incurra en los supuestos señalados en los tipos penales).

En la última reforma del 2014 desaparece de manera sorpresiva como sujeto activo determinado el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario y el Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, eliminándose el artículo creado en la reforma

del 2010<sup>5</sup>, que sancionaba sus faltas graves con prisión de 8 a 12 año. En otras palabras: la Asamblea Nacional incorporó la penalización en los casos cuando se incumplieran por parte de aquellos que poseían el deber de garantes que implicaban infracciones graves contempladas en la ley<sup>6</sup>.

Otro hallazgo importante que se observa en la nueva creación legal del Ejecutivo es el un fuero especialísimo relacionado a la validez personal de la ley penal. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario otorga directamente al Tribunal Supremo de Justicia la facultad de conocer cualquier acción judicial contra<sup>7</sup>: el Superintendente,

---

5 Artículo 229 de La Ley de Instituciones del Sector Bancario 2010.

6 Aquellas específicamente contempladas en los artículos 109 y 158 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario 2010.

Art 109 Constituyen faltas graves del o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios:

1) No cancelar las garantías a los acreedores de las instituciones bancarias en el tiempo establecido por el artículo 129 de esta Ley, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 130 de la presente Ley .

2) No liquidar en el tiempo establecido en el artículo 133 de esta Ley los activos entregados para su administración por el proceso de liquidación de una institución bancaria, salvo justificación legal expuesta con sesenta (60) días de anticipación al vencimiento del plazo ante el Ministerio con competencia en las finanzas y la aceptación de concesión de una prórroga máxima de ciento ochenta días (180) días por dicho ente, antes del vencimiento del plazo originalmente concedido.

3) No trasladar al Estado en el plazo previsto los bienes señalados en el artículo 135 de la presente Ley. 60

4) Incurrir en cualquiera de las inhabilidades previstas en el artículo 114 de la presente Ley.

Art 159 Constituyen faltas graves del Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, sancionadas según lo dispuesto en Título X de esta Ley:

1) No adoptar las medidas necesarias para sancionar según corresponda, a quienes, sin contar con la autorización correspondiente, realicen actividades propias de las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

2) La infracción a las prohibiciones establecidas en el artículo 161 de la presente Ley.

3) No aplicar las sanciones a que se refiere el Título X de la presente Ley, cuando cuente con la información debidamente comprobada que le demuestre fehacientemente la infracción cometida.

7 Artículo 160. Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Gaceta Oficial 6154. 19 noviembre 2004.

el Intendente y demás funcionarios conforme al Reglamento Interno de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario sean considerados como de alto nivel, o que ejerzan funciones de supervisión a las instituciones del sector bancario.

Para mayor sorpresa esta prerrogativa se hace de igual forma extensiva a los ex Superintendentes o ex Intendentes de inspección, ex Intendente de Instituciones Públicas del sector bancario y los ex Intendentes operativos que sean denunciados penalmente, así como los ex funcionarios de alto nivel de acuerdo con el Reglamento Interno de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o aquellos que ejercían labores de supervisión a las instituciones del sector bancario por la presunta comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones.

La inclusión del fuero anterior no es clara en cuanto a su alcance por cuanto pareciera extenderse a todas las acciones judiciales en el caso de los funcionarios activos señalados y restringe a acciones de naturaleza penal a los ex funcionarios indicados. Con independencia de la confusión que pareciera emanar de la redacción del artículo 160 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley vigente, es claro que las prerrogativas solamente tienen naturaleza penal y abarcan a los altos funcionarios que la Constitución consagra de manera taxativa en sus artículos 264 y 265. No es posible que una ley sancionada por la Asamblea Nacional, y mucho menos un decreto ley, pueda ampliar esta institución a otros funcionarios públicos a los cuales la Carta Magna no otorga la cualidad de alto funcionario.

Es importante recalcar que toda la reglamentación en materia de prerrogativas tiene carácter restrictivo. Para los altos funcionarios consagrados en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, se estipula que el Tribunal Supremo de Justicia, una vez declare que hay mérito para el enjuiciamiento, se mantendrá conociendo sólo de los casos de delitos políticos y remitirá a los tribunales penales de primera instancia las causas relativas a delitos comunes.

## Análisis de tipos penales

A continuación se efectuará la revisión de los tipos penales, orientada al análisis de los principios generales del Derecho Penal.

Los primeros tres tipos penales presentes en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley<sup>8</sup> se encuentran inexplicablemente confundidos dentro de los ilícitos de naturaleza meramente administrativa, cuyo procedimiento sancionatorio corresponde a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. Se entiende que esto obedece a una mala técnica legislativa empleada en este caso por el Ejecutivo Nacional, y en ningún momento a la pretensión de que dichas sanciones privativas de libertad sean impuestas por la administración.

Las penas establecidas en estos artículos van de los ocho a los once años de pena privativa de libertad, en flagrante contradicción con el principio de proporcionalidad, el cual constituye una manifestación del principio de legalidad, ya que el mismo diseña las conductas que se consideran prohibidas y las sanciones sujetas a la afectación del bien jurídico tutelado, por lo que debe graduarse la pena en cada caso concreto. Al considerar el homicidio como delito que violenta un derecho humano fundamental, es decir, la vida misma de las personas, tenemos que en el país se consagran penas de doce a dieciocho años en el tipo genérico de homicidio intencional y de seis meses a cinco años en el tipo genérico de homicidio culposo y, en el caso de las lesiones más graves, es decir, aquellas que causan una enfermedad mental o corporal cierta (probablemente incurable), o la pérdida de algún sentido, la pena es de tres a seis años<sup>9</sup>.

Los primeros tres tipos penales presentes en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son:

---

8 Estos artículos se encuentran en las Disposiciones Generales del Régimen Sancionatorio, siendo este el Capítulo I del Título X del decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, cuando el Capítulo III se titula sanciones penales, y consagra la mayoría de los tipos penales.

9 Artículo 405, 409 y 411 del Código Penal, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N°. 5. 768, de 13 de abril de 2005.

a) Artículo 194. Fraudes documentales.

Quien forje, adultere o emita documentos de cualquier naturaleza o utilice datos falsos, con el propósito de cometer u ocultar fraudes en cualesquiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, será castigado con prisión de nueve a once años.

En este caso, el sujeto activo de la norma es indeterminado: no se precisa si está orientada hacia personas naturales o jurídicas, pero la naturaleza de la pena lleva a concluir que la misma sólo será aplicable a personas naturales, en tanto que estamos frente a una pena corporal, privativa de libertad.

b) Artículo 195. Responsabilidad en el fideicomiso.

Las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las Instituciones sometidas el control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que en perjuicio del fideicomitente o beneficiario, le dieren al fondo fiduciario a su cargo una aplicación diferente a la destinada, serán penados con prisión de ocho a diez años.

En este artículo la responsabilidad penal recae en las personas naturales determinadas, establecidas en el artículo 185<sup>10</sup> del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

---

10 Artículo 186 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. “Sujetos Objeto de Sanciones. Las instituciones del sector bancario, así como las personas naturales que ocupen en ellas cargos de administración o de dirección, consejeros o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios o secretarias de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho, que infrinjan la presente Ley y todo el cuerpo normativo emitido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título. Dicha responsabilidad alcanzará igualmente a las personas naturales o jurídicas que posean una participación significativa según lo previsto en el Título VII de esta Ley. Cuando sean personas jurídicas el presente régimen sancionatorio aplicará también sobre las personas naturales que ocupen en las sociedades vinculadas los cargos descritos en el encabezado de este artículo. También se consideran sujetos de las sanciones los funcionarios o funcionarias de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y del Fondo de Protección

c) Artículo 196. Apropiación de Información de los clientes.

Quien a través de la manipulación informática o mecanismo similar, se apodere o altere documentos, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquier otro documento o efecto personal remitido por un banco, institución financiera o casa de cambio, a un cliente o usuario de dicho ente, será penado con prisión de ocho a diez años.

En este supuesto es indeterminado el sujeto activo. En tanto consagra una pena corporal, privativa de libertad, la misma solo será aplicable a personas naturales.

El Capítulo III del Título X del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley consagra de manera taxativa las sanciones penales. En dicho capítulo encontramos los artículos que a continuación analizamos, en los cuales se evidencia la violación del principio de proporcionalidad, tal y como se identificó en los tres artículos precedentes, contemplándose penas privativas de libertad cuyo límite inferior es de ocho años y su límite máximo de quince, con la excepción de un solo injusto penal, cuyo sujeto activo es el funcionario o empleado público y las autoridades judiciales, en cuyo caso la pena estipulada es de seis meses a seis años.

Los siguientes tipos penales son:

d) Artículo 212. Captación indebida.

Serán sancionados con prisión de ocho a doce años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual,

---

Social de los Depósitos Bancarios, así como aquellas personas naturales o jurídicas designadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para la aplicación de las medidas administrativas previstas en el artículo 182 de la presente Ley, o que asuman la posición de administrador o junta administradora, en regímenes especiales en instituciones bancarias de acuerdo con el artículo 242 de esta Ley. Asimismo, son sujetos objeto de sanciones las instituciones públicas y privadas señaladas en los artículos 90 y 91 de la presente Ley, así como las personas naturales y jurídicas que sin autorización realicen las actividades señaladas en esta Ley, previa calificación por parte de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario”.

o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

En este artículo el sujeto activo es indeterminado, y por la naturaleza de la pena privativa de libertad, se debe concluir que la misma solo será aplicable a personas naturales.

e) Artículo 213. Apropiación indebida de créditos.

Las personas naturales identificadas en el artículo 185 de la presente Ley, de una institución regulada por la presente Ley que aprueben créditos de cualquier clase en contravención a lo previsto en los artículos 95, 96, 97, 98, 99 y 100 de la presente Ley, en perjuicio de la institución del sector bancario de que se trate, serán penados con prisión de diez a quince años, y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto del crédito aprobado. En el caso de aprobación de créditos, se exceptúan las operaciones interbancarias a que se refiere el artículo 92 de esta Ley.

Con la misma pena **serán castigados las personas naturales o jurídicas**, a sabiendas de las limitaciones señaladas en el encabezado de este artículo, reciban los créditos aquí previstos en detrimento de la institución del sector bancario. (Negrillas añadidas).

En este artículo, específicamente en su inicio, se evidencia que la responsabilidad penal recae en las personas naturales contempladas en el artículo 185 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. La pena señalada en este artículo viola el principio de *non bis in idem* en tanto que, por un mismo hecho punible, la persona natural podrá ser doblemente sancionada con penas de naturaleza penal.

En el único aparte de este artículo se establece que serán penalmente responsables las personas jurídicas que reciban los créditos, al tiempo que se indica que la pena aplicable es la misma que a las personas naturales, atribuyéndosele así la multa igual al cien por ciento del monto

del crédito aprobado y la pena corporal que, por su naturaleza, no le sería aplicable a las personas jurídicas.

- f) Artículo 214. Apropiación o distracción de recursos Información falsa para realizar operaciones bancarias.

Las personas naturales señaladas en el artículo 185 de la presente Ley, que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero los recursos de las Instituciones del Sector Bancario regulados por la presente Ley, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de diez (10) a quince (15) años, y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Con la misma pena será sancionado el tercero que haya obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la presente norma.

Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados o que contengan información o datos que no reflejan razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.

Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.

Más allá de lo ilegible del título de este artículo se analizan las tres partes que constituyen este artículo. En su inicio, la responsabilidad penal recae en las personas naturales determinadas, e igualmente ocurre

en su último aparte. En el segundo aparte se utiliza el término “quienes” (no precisa a “las personas naturales”), por lo cual existe el riesgo de que se interprete como cualquier persona, entendiendo a las personas desde su concepción más amplia, en la cual tienen cabida personas naturales y jurídicas. Esta falta de precisión, más allá de una mala técnica legislativa, es una violación al principio de legalidad. Este principio no es el único vulnerado, pues se vuelve a evidenciar una doble pena a lo largo del artículo.

g) Artículo 215. Información financiera falsa

Quien elabore, suscriba, autorice, certifique, presente o publique cualquier clase de información, balance o estado financiero que no refleje razonablemente la verdadera solvencia, liquidez o solidez económica o financiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, será castigado con prisión de ocho a diez años.

En caso de que, con base en dicha información la institución del sector bancario, realice el reparto o el pago de dividendos, la sanción se aumentará en un tercio (1/3) de la misma.

Se aumentará en dos tercios (2/3) la pena prevista en el encabezado de este artículo, cuando se omitiere la medida de suspensión del reparto o el pago de dividendos, dictada por parte de cualquier organismo supervisor.

En este caso, el sujeto activo es indeterminado; no se precisa si la norma está orientada hacia personas naturales o jurídicas, pero la naturaleza de la pena lleva a la conclusión de que la misma solo será aplicable a personas naturales, en tanto que estamos frente a una pena corporal, privativa de libertad. Por otra parte, se violenta el principio de legalidad en lo referente a la tipicidad estricta al señalar que el hecho punible se perfecciona al elaborar, suscribir, autorizar, certificar, presentar o publicar “cualquier clase de información, balance o estado financiero”, siendo impreciso en cuanto a qué tipo de información constituye el supuesto de hecho.

h) Artículo 216. Simulación de reposición de capital.

Los socios y los miembros de las juntas directivas de las instituciones del sector bancario, que realicen el aumento del capital social de dichos entes mediante suscripción simulada o recíproca de acciones, aún cuando sea por personas interpuestas, serán penados con prisión de diez a quince años sin perjuicio de las acciones civiles a que haya lugar.

En este artículo, el sujeto activo es determinado: específicamente serán los socios y miembros de las juntas directivas.

i) Artículo 217. Incumplimiento de los auditores externos.

Los auditores externos que suscriban, certifiquen, adulteren, falsifiquen o suministren un dictamen y estén en conocimiento de que ello no refleja la verdadera solvencia, liquidez o solidez económica de las instituciones del sector bancario en virtud de la presente Ley, serán penados con prisión de diez a quince años sin perjuicio de las acciones civiles a que haya lugar.

Se aumentará en dos tercios (2/3) la pena prevista en el encabezado de este artículo, cuando la persona que incurra en la conducta indicada en el encabezamiento de este artículo, no se encuentre inscrito en el registro de contadores públicos que lleva la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

En este artículo se evidencia que la responsabilidad penal recae en las personas naturales que sean auditores externos, es decir, que el sujeto activo de este delito es determinado.

j) Artículo 218. Incumplimiento de los peritos evaluadores.

Los peritos evaluadores que suscriban, certifiquen o suministren dictamen en conocimiento de que ello no refleja el valor razonable de realización o de mercado de los bienes, serán penados con prisión de ocho a diez años sin perjuicio de las acciones civiles a que haya lugar.

En este artículo el sujeto activo es determinado, puesto que serán los peritos evaluadores.

k) Artículo 219. Oferta engañosa.

Las personas naturales identificadas en el artículo 185 de la presente Ley o empleados, que participen en cualquier acto de las instituciones del sector bancario que conduzca a la oferta engañosa a que se refiere el numeral 7 del artículo 202 de esta Ley, serán penados con prisión de ocho a diez años, más multa igual al ciento por ciento (100%) del monto de los instrumentos de captación y de los recursos captados.

En este artículo se evidencia que el sujeto activo es determinado: son aquellas personas naturales establecidas en el artículo 185 del Decreto, con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como los empleados. La pena señalada en este artículo viola el principio de *non bis in ídem* en tanto que, por un mismo hecho punible, la persona natural podrá ser doblemente sancionada con penas de naturaleza penal.

l) Artículo 220. Información falsa en el fideicomiso

Las personas naturales enumeradas en el artículo 186 de esta Ley o empleados, del ente fiduciario que falsearen datos o efectúen declaraciones falsas, en conocimiento de dicha falsedad, sobre los beneficios del fondo fiduciario sorprendiendo la buena fe de terceros, induciéndoles a suscribir el contrato de fideicomiso, serán penados con prisión de ocho a diez años.

En este artículo se evidencia que la responsabilidad penal recae en las personas naturales determinadas: aquellas establecidas en el artículo 186 del decreto, lo mismo que sobre los empleados.

m) Artículo 221. Contravenciones contractuales

Las personas naturales señaladas en el artículo 186 de la presente Ley o los empleados de la institución del sector bancario que incumplan con las estipulaciones contenidas en el contrato de fideicomiso, mandato, comisión u otro encargo de confianza produciéndole al beneficiario o fideicomitente,

mandante o comisionante un perjuicio o daño irreparable en su patrimonio serán castigados con prisión de diez a quince años.

Se aumentará la pena prevista en este artículo en un tercio (1/3), cuando la institución del sector bancario utilice los fondos del fideicomiso, mandato, comisión u otro encargo de confianza, para fines contrarios a los previstos en las leyes, o a las instrucciones o medidas dictadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, aún cuando las mismas estén autorizadas por el usuario o contenidas en el respectivo contrato.

En este caso se evidencia que el sujeto activo es determinado, puesto que son tanto las personas naturales señaladas en el artículo 186 como los empleados.

n) Artículo 222. Revelación de información

Las personas naturales identificadas en el artículo 186 de esta Ley o los empleados de la institución del sector bancario, que en beneficio propio o de un tercero utilicen, modifiquen, revelen, difundan, destruyan, alteren o inutilicen datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos, serán penados con prisión de ocho a diez años.

Al igual que en el artículo anterior se evidencia que la responsabilidad penal recae sobre las personas naturales determinadas.

o) Artículo 223. Difusión de información privilegiada.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas o empleados públicos o empleadas públicas, las autoridades judiciales y cualquier otra persona que directa o indirectamente, revele, divulgue o haga uso personal e indebido, a través de cualquier medio o forma, de la información confidencial que por razones de su cargo proporcionen a terceros independientes que afecte o pueda afectar su posición competitiva, serán penados con prisión de seis meses a seis años.

En caso de que, dicha divulgación la realice un funcionario o funcionaria o empleado o empleada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, sin estar autorizado para ello, dicha sanción se aumentará en un tercio (1/3) de la misma.

En este artículo se evidencia que la responsabilidad penal recae en las personas naturales. Se hace una especial referencia a funcionarios públicos, empleados públicos, autoridades judiciales, funcionarios o empleados de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, es decir, que el sujeto activo de este delito es fundamentalmente general o indeterminado, pero el aumento de la pena se produce cuando el sujeto activo es determinado.

p) Artículo 224. Fraude electrónico

Quien a través de la manipulación informática o mecanismo similar, con ánimo de lucro, efectúe una transferencia o encomienda electrónica de bienes no consentida, en perjuicio de la institución del sector bancario o de un usuario o usuaria, será penado con prisión de ocho a diez años.

Con la misma pena serán castigados las personas naturales identificadas en el artículo 185 de la presente Ley o los empleados de la institución del sector bancario, que colaboren en la comisión de las transferencias antes mencionadas.

En el encabezado de este artículo no se precisa si la norma está orientada hacia personas naturales o jurídicas; pero la naturaleza de la pena nos lleva a concluir que la misma sólo será aplicable a personas naturales, en tanto que estamos frente a una pena corporal, privativa de libertad. Se entiende entonces que el sujeto activo es indeterminado. En cuanto al único aparte se evidencia que la responsabilidad penal recae sobre personas naturales vinculadas a la jurídica.

q) Artículo 225. Apropiación de información por medios electrónicos.

Quien utilice los medios informáticos o mecanismo similar, para apoderarse, manipular o alterar papeles, cartas, mensajes

de correo electrónico o cualquier otro documento que repose en los archivos electrónicos de una institución del sector bancario, perjudicando el funcionamiento de las instituciones regidas por la presente Ley o a sus usuarios, será penado con prisión de ocho a diez años.

En este artículo el sujeto activo es indeterminado y no se precisa si la norma está orientada a personas naturales o jurídicas; pero la naturaleza de la pena nos lleva a concluir que la misma sólo será aplicable a personas naturales, en tanto que estamos frente a una pena corporal, privativa de libertad.

r) Artículo 226. Difusión de información falsa.

Las personas naturales, actuando por sí mismas, o en nombre de una persona jurídica, que utilizando los medios de comunicación social, difundan noticias falsas, tendenciosas, o no confirmadas en fuente oficial competente por la materia o empleen otros medios, que puedan afectar o causar distorsiones en una institución del sector bancario o afectar las condiciones económicas del país, serán penados con prisión de nueve a once años.

En este artículo se responsabiliza a personas naturales indeterminadas, vinculadas -o no- a personas jurídicas.

s) Artículo 227. Cierre indebido de oficinas e interrupción de servicio al público.

Las personas naturales, identificadas en el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones del sector bancario que ordenen el cierre de las sucursales, agencias u oficinas o interrumpan total o parcialmente el servicio al público prestado por dicha institución en los horarios establecidos para ello sin autorización previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, con excepción de lo señalado en el artículo 67 de la presente Ley, serán penados con prisión de seis a diez años; sin perjuicio de las acciones civiles de los afectados.

Aquí se evidencia que la responsabilidad penal recae en las personas naturales determinadas, específicamente sobre aquellas señaladas en el artículo 185 del decreto.

t) Artículo 228. Pena accesoria.

Las personas condenadas mediante sentencia definitivamente firme, por delitos castigados de conformidad con la presente Ley, quedarán inhabilitadas para el desempeño de cualquier posición o función en instituciones públicas o privadas del Sistema Financiero Nacional, por un lapso de quince años, contados a partir de la fecha del cumplimiento de la condena correspondiente.

Las penas accesorias aquí establecidas parecen estar orientadas sólo a las personas naturales porque se les inhabilita para desempeñar posiciones o funciones en instituciones públicas o privadas, lo cual difícilmente podría ser realizado por personas jurídicas.

u) Artículo 231. Falso testimonio

Las personas que en el curso de un procedimiento instruido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario incurran en falso testimonio, serán castigados conforme a lo previsto en el Código Penal para los delitos contra la Administración de Justicia.

Estamos frente a una ley penal en blanco: la consecuencia jurídica será aplicable solo a personas naturales, en tanto que el supuesto de hecho será realizable por éstas. La naturaleza de la pena establecida en el Código Penal nos lleva a concluir igualmente que la misma sólo será aplicable a personas naturales, en tanto que estamos frente a una pena corporal, privativa de libertad.

v) Artículo 232. Sanciones al Superintendente o Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y al Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios

El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario y el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios serán sancionado o sancionada con prisión de ocho a doce años cuando incurran en las infracciones graves previstas en los artículos 158 y 109 de la presente Ley, respectivamente, sin menoscabo de las demás acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

El procedimiento para la investigación y resolución de estas sanciones serán interpuestas por el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, quien solicitará al Ejecutivo Nacional la remoción de los referidos funcionarios.

Este artículo consagra penas aplicables a personas naturales que ejerzan el cargo de Superintendente y Presidente del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, es decir, el sujeto activo es determinado.

Se han pretendido analizar los artículos anteriores desde la óptica de los principios generales del Derecho Penal y la penalidad; de allí que no se tocan otros aspectos. Ahora bien, se considera importante señalar dos puntos relevantes:

El primero es que, desde el punto de vista procesal, tanto el artículo 213 que contempla el valor probatorio de las actuaciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, como aquellos que regulan el secreto bancario (artículos 88 y 89) son disposiciones contrarias a los principios contenidos en el Código Orgánico Procesal Penal, concretamente en lo que se refiere al rol del Ministerio Público en el proceso de la investigación y el principio de contradicción de las pruebas y, consecuentemente, al principio del debido proceso.

En segundo lugar, el artículo 261 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario establece que, en aquellos casos en los cuales se haya declarado la liquidación no voluntaria de instituciones del sector bancario en la que aparezcan indicios de fraude bancario o financiero, podrán solicitarse medidas cautelares ante el juez competente sobre los bienes de las

personas naturales identificadas en el artículo 186. Debemos destacar que éstos son sujetos activos de varios delitos consagrados en el Decreto y parecieran estar respondiendo a este caso una vez ocurrido el llamado levantamiento del velo corporativo.

### Conclusión

Atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es un tema controversial pero es claro que el legislador venezolano se ha planteado, con mayor énfasis durante la última década, responsabilizarla penalmente, aun cuando no tenga un criterio claro ni racional para ello.

La falta de criterio claro y racional para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas plantea el uso del *ius puniendi* bajo la excusa de la protección de bienes jurídicos que afectan el orden socioeconómico, pero poniendo en riesgo los límites de la actuación del Estado, fortaleciendo a éste al permitirle utilizar su brazo más peligroso y violento como lo es el Derecho Penal, y atentando contra las garantías de los ciudadanos.

Ello resulta aún más preocupante cuando la creación de tipos penales se hace a través de leyes materiales como lo son los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en tanto que, en lugar de limitar el poder punitivo del Estado, lo amplía y le confiere a un grupo limitado de personas (que no representan a la totalidad de los ciudadanos sino a la fracción mayoritaria de electores en un determinado proceso electoral) la posibilidad de definir quién pierde y cómo su libertad, en tanto que será el Poder Ejecutivo el que lo haga.

En el sector bancario, con un enfoque especial en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, al analizar brevemente todos los tipos penales consagrados, se concluye que de los veintidós tipos penales -o normas penales- allí consagrados, once de ellos responsabilizan penalmente a las personas naturales vinculadas a la persona jurídica

en tanto que, uno de esos mismos once tipos, atribuye responsabilidad también a las personas jurídicas propiamente dichas, evidenciándose en consecuencia la presencia de, por lo menos, dos de los diversos criterios que usa el legislador venezolano para responsabilizar penalmente a la persona jurídica. Sin embargo, en esta oportunidad, la falta de criterio único es un camino seguido por el Poder Ejecutivo, el cual, al consagrar tipos penales por vía de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley viola incluso el principio de legalidad y reserva legal. Este no es el único principio vulnerado: se observa cómo el principio de proporcionalidad y de única pena también lo son al establecerse que, por un mismo hecho punible, la persona puede ser penada con pena privativa de libertad y multa, siendo que, en este caso, las penas privativas de libertad van desde los ocho hasta los quince años.

Los principios generales del Derecho Penal limitan el poder del Estado, pero su vulneración acrecienta dicho poder y atenta contra las garantías de los ciudadanos.

Con este trabajo no se pretende agotar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sector bancario; por el contrario, se trata del preámbulo a una discusión a la cual la doctrina venezolana debe dedicar algunas líneas.

## Referencias Bibliográficas

Agudelo, N. (2012). *Beccaria, de los delitos y de las penas*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Carrasquilla, J. (1989). *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.S.A.

Frias Caballero, J. (1993). *Teoría del Delito*. Argentina: Hammurabi.

Gómez-Jara Díez, C. (2010). *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.

Ministerio Público (2010). “Acusan a Guillermo Zuloaga y a su hijo por vehículos almacenados irregularmente” [en línea]. Disponible en: [http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/fiscalias-con-competencia-en-contra-de-la-corrupcion;jsessionid=128BD4DBD356C8E3607F8A9D7E5BE809?p\\_p\\_id=62\\_INSTANCE\\_N0Rp&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_62\\_INSTANCE\\_N0Rp\\_struts\\_action=%2Fjournal\\_articles%2Fview&\\_62\\_INSTANCE\\_N0Rp\\_groupId=10136&\\_62\\_INSTANCE\\_N0Rp\\_articleId=49769&\\_62\\_INSTANCE\\_N0Rp\\_version=1.0](http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/fiscalias-con-competencia-en-contra-de-la-corrupcion;jsessionid=128BD4DBD356C8E3607F8A9D7E5BE809?p_p_id=62_INSTANCE_N0Rp&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_62_INSTANCE_N0Rp_struts_action=%2Fjournal_articles%2Fview&_62_INSTANCE_N0Rp_groupId=10136&_62_INSTANCE_N0Rp_articleId=49769&_62_INSTANCE_N0Rp_version=1.0) [2013, 19 de julio]

Modolell, J. (2002). *Personas Jurídicas y Responsabilidad Penal (Algunos problemas dogmáticos y políticos –criminales)*. Caracas: UCV, Instituto de Ciencias Penales.

Modolell, J. (2008). *Temas Penales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Modolell, J (2011). *El Principio de Legalidad de los Delitos y las Penas en la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas: UCAB.

Modolell, J., Arias, T. y Herrera, L. (2011). *La Libertad Económica en el Decreto-Ley sobre seguridad y soberanía agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Rosales, E. (2010). *Sistema Penal y Reforma Legal en Venezuela*. XXXV Jornadas J.M. Domínguez.

Rosales, E., Bello, C. S., Borrego, C. (1996). *Principios y Garantías Penales. Venezuela*: Oficina de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

Santacruz, A (2012). *La Responsabilidad Penal en la Ley de Costos y Precios Justos. Ley de Costos y Precios Justos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Silva Sánchez, J (1999). *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas.

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho Penal-Parte General*. Buenos Aires: Ediar.





**L**a presente obra jurídica, recoge el análisis crítico sobre algunas normas jurídicas que regulan el Derecho Penal Económico en Venezuela, muchas de ellas dictadas mediante decretos-leyes por el Presidente de la República en situaciones declaradas de *emergencia nacional*, antes autorizadas por la Asamblea Nacional y ahora dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, mediante leyes constitucionales, reñidas en gran parte con normas y principios consagrados en la Constitución, que como lo indica el Profesor Meier en la Presentación del libro, exceden los límites razonables y justos, poniendo en peligro el ejercicio de la libertad económica y distorsionando el régimen socioeconómico consagrado en nuestra norma fundamental.

El libro recopila diez artículos elaborados por docentes e investigadores de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana: Liliana Vaudo, Carmen Alguíndigue, Andrea Santacruz, Catherina Gallardo, Rafael Simón Jiménez y Henrique Meier, quienes a partir del análisis de la Constitución Económica, realizan un estudio sobre la penalización de las empresas, los delitos ambientales, el tratamiento de la corrupción en el ámbito corporativo, el castigo diferencial en los delitos relacionados con la delincuencia organizada, en la intermediación financiera, en el ámbito marítimo, en el control cambiario y en el acceso a bienes y servicios por parte de los ciudadanos.

Nuestro mayor deseo es que la presente publicación constituya un aporte para comprender los problemas que hoy día aquejan al orden jurídico penal económico y la distorsión en el desarrollo legal sobre los postulados constitucionales.

