

VICIOS DE INCONVENCIONALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD Y OTROS DÉFICITS DE LA “LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”.

ALEJANDRO GONZÁLEZ VALENZUELA

RESUMEN

La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, es una herramienta jurídica, diseñada por la ONU, para combatir ilícitos desde una dimensión patrimonial. Tiene como objetivo general afectar al delito en su arista patrimonial, transmitiendo a favor del Estado, mediante sentencia judicial, y sin compensación y sin contraprestación alguna, el dominio de bienes de todo tipo. Con esta ley, Venezuela se suma a la lista de varios países latinoamericanos que ya han implementado esta iniciativa legislativa; sin embargo, preocupa, por una parte, su aplicación en un contexto de evidente ausencia de estado de derecho (Venezuela ocupa el lugar 140 entre 140 países, según el *World Justice Project*), y, por la otra, varios déficits constitucionales, metodológicos, conceptuales y democráticos que aún la afectan, según explicaremos en este ensayo.

ABSTRACT

The “Organic Law of Asset Forfeiture” is a legal tool, designed by the UN, to combat crimes from a patrimonial dimension. Its general objective is to affect the crime in its patrimonial edge, transmitting in favor of the State, by means of a judicial sentence, and without compensation and without any consideration, the ownership of all kinds of assets. With this law, Venezuela joins the list of several Latin American countries that have already implemented this legislative initiative; however, it is concerning, on the one hand, its application in a context of evident absence of rule of law (Venezuela ranks 140 out of 140 countries, according to the *World Justice Project*), and, on the other, various constitutional, methodological, conceptual and democratic that still affect it, as we will explain in this essay.

PALABRAS CLAVES

Extinción de dominio, propiedad, bienes, actividad ilícita, bienes provenientes de delito, bienes destinados a actividades ilícitas.

KEYWORDS

Extinction of domain, property, assets, illegal activity, assets from crime, assets for illegal activities.

SUMARIO

Introducción; I.- ¿Es posible la "extinción de dominio" en un contexto de ausencia de democracia constitucional?; II.- ¿"Extinción de dominio" o rescate de dominio?; III.- Naturaleza jurídica del rescate de dominio; IV.- ¿Qué se entiende por actividad ilícita de acuerdo a la "Ley Orgánica de Extinción de Dominio"?; ¿Estamos ante una ley verdu-go?; V.- Bienes de origen ilícito y de destinación ilícita.; VI.- Sujetos del proceso. VII.- La tutela cautelar autónoma y su inconstitucionalidad. VIII.- De la violación del derecho fundamental a la prueba. IX.- Efecto retrospectivo. X.- De las sentencias. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN.

La legislación en materia de *extinción de dominio* es parte de una tendencia en el derecho comparado, impulsada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), a través del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), que da continuidad a un largo esfuerzo de este organismo promoviendo iniciativas y herramientas en la lucha contra las drogas, el crimen organizado, y la corrupción.

Diversos países de América Latina ya cuentan con una normativa sobre extinción de dominio, como Colombia (Ley N.º. 1.708, Código de Extinción de Dominio); El Salvador (Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita); Guatemala (Ley de Extinción de Dominio); Guatemala (Ley de Extinción de Dominio); Honduras (Ley Sobre Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito); México (Ley Federal de Extinción de Dominio); Perú (Decreto Legislativo N.º. 1.104, Que Modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio); Uruguay (Ley N.º. 18.494 de Control y Prevención del Lavado de Activos y de Financiamiento del Terrorismo). Otros países como Argentina, Costa Rica, Panamá y República Dominicana, tramitan en sus respectivos Parlamentos, leyes de *extinción de dominio*.

Es en este contexto, que la oficialista Asamblea Nacional sancionó por unanimidad, el pasado 27 de abril de 2.023, la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, instrumento legal afectado por severos vicios de inconventionalidad e inconstitucionalidad; cuyo procedimiento para declarar la constitucionalidad de su carácter orgánico fue realizado con inusitada celeridad, al día siguiente (procedimiento *express*)¹; el mismo

¹ El procedimiento que declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de la “Ley de Extinción de Dominio”, llama profundamente la atención por su celeridad y por algunas

día (28 de abril), esta ley fue promulgada y publicada en Gaceta Oficial, Extraordinaria N°. 6.745. En teoría, este instrumento legal tiene como objetivo general, rescatar, a favor del Estado y sin compensación alguna, bienes derivados de, o destinados a, actividades ilícitas previstas en la legislación sobre corrupción, delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, y, legitimación de capitales y tráfico ilícito de drogas.

Importa precisar que, si bien, en América Latina y el Caribe, la mayoría de los países (entre ellos Venezuela) contaban con una sólida normativa en materia de confiscación o comiso de bienes provenientes de las actividades ilícitas precitadas (art. 116 de la Constitución de 1.999; Ley contra la Corrupción; Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, y; Ley Orgánica de Drogas); la legislación que impulsa la UNODC, en realidad, apunta a objetivos distintos, concretamente, a bienes, derechos y activos, destinados a actividades ilícitas o provenientes de las mismas, y no contra personas, e independientemente de que se haya iniciado una investigación, se encuentre en marcha un proceso penal, o se haya establecido la culpabilidad de los titulares; en concreto, esta nueva legislación apunta a rescatar bienes de todo tipo, principalmente, de manos de herederos de delincuentes, y de terceros que no puedan acreditar una buena fe exenta de culpa.

Un gran déficit de esta legislación es que se pretende aplicar en un entorno caracterizado por una absoluta ausencia de democracia constitucional, esto es, la Constitución carece de fuerza normativa y en su lugar prevalece una Constitución semántica que encarna la voluntad de

bizarras expresiones, tales como: “el legislador ha querido desarrollar el derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado”. Se trata de una expresión, no sólo impertinente, sino, absolutamente inconstitucional, pues, aquí, la Sala Constitucional usurpó la potestad constituyente radicada, con carácter exclusivo y excluyente, en el pueblo de Venezuela, al crear no un “nuevo derecho constitucional”, sino, una especie de “garantía institucional” sobre el patrimonio público, que tendría “clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales, debido a que tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas necesarias y apropiadas, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad patrimonial de la República y sus propiedades”, lo cual, es absolutamente inaceptable y violatorio de lo dispuesto en el artículo 5 y Título IX de la Constitución.

los detentadores del poder; no existe un sistema de frenos y contrapesos institucionales, pues, las cláusulas pétreas constitucionales y las garantías institucionales han sido neutralizadas, y; hay ausencia absoluta de estado de derecho, pues, casi la totalidad de jueces y fiscales son provisorios, por tanto, no gozan de estabilidad, autonomía ni independencia en sus funciones, además, carecen de formación, conocimientos y experiencia, en materia de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, y Civil, circunstancias éstas que van a afectar, aún más, la seguridad jurídica, principio fundamental en toda democracia constitucional.

De otra parte, dicho instrumento legal, se encuentra afectado por severos vicios de inconventionalidad e inconstitucionalidad, en primer lugar, al definir de manera vaga e indeterminada lo que se entiende por actividad ilícita, a cuyo efecto, se hace una remisión genérica a la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, la cual, tipifica, con gran vaguedad e indeterminación 17 delitos, diversas sanciones administrativas, y, a su vez, remite a todos los delitos del Código Penal y a todas las leyes penales especiales; asimismo, establece la posibilidad de que se dicten medidas cautelares anticipadas sin proceso judicial, y liquidación de activos incautados antes de una sentencia definitiva; de igual manera, se establece un sistema *sui generis* de valoración de pruebas, y la implementación indiscriminada de la teoría de la carga dinámica de la prueba; todo ello, a cargo de jueces civiles, mientras se implementa la respectiva jurisdicción especializada. Cabe agregar, que la ley, además, no deslinda adecuadamente la naturaleza de la institución de *extinción de dominio*, del proceso judicial a través del cual se materializa, incurriendo con ello en ostensibles déficits metodológicos, conceptuales, y epistémicos.

En síntesis, como se verá en las páginas siguientes, al pretenderse la aplicación de la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, en un contexto de ausencia absoluta de democracia constitucional, al estar viciada de inconventionalidad e inconstitucionalidad, y, al estar afectada por severos déficits constitucionales, epistémicos, metodológicos, conceptuales y democráticos; esta normativa se va a erigir en la práctica, en una herramienta legislativa concebida básicamente para generar mayores grados de vulnerabilidad e imprevisibilidad jurídica a los titulares de bienes (de todo tipo) en Venezuela, principalmente, a los disidentes políticos, pero,

también, a los adherentes al régimen político imperante, en especial, a aquellos que puedan disgustar al Poder, o se atrevan a disputarle su hegemonía en lo político, y, por qué no, también, en lo financiero.

I. ¿ES POSIBLE LA “EXTINCIÓN DE DOMINIO” EN UN CONTEXTO DE AUSENCIA DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL?

La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, no puede ser objeto de un análisis jurídico exhaustivo, sin evaluar, previamente, el contexto político-institucional en que pretende ser aplicada. En el caso concreto, un entorno de absoluta ausencia de lo que Mair denomina, democracia constitucional², la de la institucionalidad democrática, frenos y contrapesos institucionales y, estado de derecho.

En primer lugar, nos encontramos ante un cuadro institucional en el que la Constitución de 1.999, ha estado impedida de adquirir lo que Loewenstein denomina fuerza normativa³, es decir, no tiene aplicación efectiva, prevaleciendo en su lugar, un texto constitucional que ni siquiera podemos denominar como Constitución fachada (Sartori)⁴, sino, más bien, como Constitución semántica (Loewenstein)⁵ moldeada en la práctica a la medida de los intereses y la voluntad política de los detentadores de poder, pero, no, a través de reformas constitucionales ni de mutaciones constitucionales legítimas, sino, del falseamiento ideológico de su contenido. Como se sabe, a partir del año 2006, “la revolución” comienza a deslindarse abiertamente de los objetivos estratégicos y del proyecto político que subyace en la Constitución (El Estado social de Derecho). Una de las expresiones concretas de este deslinde, ha sido el falseamiento, por razones ideológicas, del texto fundamental a efectos de dar piso jurídico a la decisión política de institucionalizar un proyecto de vocación totalitaria (el Estado Comunal Socialista), mediante la modificación ideológicamente tendenciosa del significado jurídico y

² Peter Mair, *¿Gobernar al Vacío?*, disponible en: <https://politikon.es/2014/10/01/gobernar-en-el-vacio>, p. 26, consultado en fecha 17 de mayo de 2.022.

³ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 217.

⁴ Giovanni Sartori, *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 1.992, p. 21.

⁵ *Ibidem*, p. 218.

del sentido político de diversas normas constitucionales, pero, cuidando de dejar su texto intacto. Este falseamiento de la Constitución es una modalidad ilegítima de mutación constitucional, mediante la cual, los detentadores del poder asignan a las normas constitucionales nuevos significados jurídicos, determinados no por las razones que usualmente dan origen a las mutaciones constitucionales (la emergencia de nuevas convenciones políticas, costumbres *contra constitutionem*, el *desuetudo*, la convicción colectiva sobre la oportunidad, necesidad y conveniencia de adecuar la norma constitucional a una nueva realidad social, etc.), sino, por motivaciones estrictamente ideológicas.

De la ausencia de una Constitución normativa, deriva el funcionamiento deficitario del sistema de frenos y contrapesos institucionales, esto es, no existe control entre poderes e instituciones, en especial, carecemos de escrutinio parlamentario a la función de gobierno; tampoco, contamos con una jurisdicción constitucional capaz de resolver, con autonomía e independencia, las impugnaciones contra actos normativos y otros del poder legislativo y del ejecutivo; asimismo, las reglas de poder contramayoritarias se han venido degradando o anulando, específicamente: (i) las normas supraconstitucionales o convencionales (fuentes primarias y secundarias del Sistema Interamericano de DDHH); (ii) las cláusulas pétreas o eternas de la Constitución; (iii) la parte dogmática de la Constitución, y; (iv) las garantías institucionales⁶.

⁶ En el ámbito de las reglas de poder contramayoritarias destacan las garantías institucionales, cuya peculiaridad radica en que no aluden propiamente a un derecho de libertad cuyas manifestaciones deban ser protegidas por el Estado, sino, más bien, su contenido consiste en impedir su entera eliminación por vía legislativa, de allí que esa expresión se limite a instituciones jurídicas altamente dependientes de la configuración legislativa, que generalmente -mas no necesariamente- no representarían derechos fundamentales; son una suerte de protección especial que la Constitución confiere a determinadas entidades, derivadas del desarrollo de la persona humana en el ámbito de la sociedad civil, como una manifestación de los valores y principios de solidaridad, corresponsabilidad y subsidiariedad, entre ellas, cabe señalar la familia, los sindicatos, y la autonomía universitaria (Combellas). Para la doctrina comparada, se trata de un concepto jurídico en esencia escolástico, que surge con motivo de la interpretación de la Constitución de Weimar en la década de los 20 del siglo pasado, siendo la idea subyacente que la Constitución vincula al legislador, incluso en aquellos supuestos en los que no se declaran derechos, sino, que se salvaguardan instituciones públicas o privadas (Diez-Picazo). En esta perspectiva, junto a los derechos en el sentido clásico del término, la Constitución contiene, también, numerosas “garantías institucionales”, esto es, preceptos que garantizan instituciones y fijan límites a la autonomía del legislador en aras

Tampoco existe un estado de derecho, en tanto estado de la razón (Von Mohl), en el que deben prevalecer como exigencias epistémicas fundamentales, la racionalidad y la razonabilidad, es decir, una visión racional de la vida humana en la que subyace el estado de derecho, dimensión en la que el individuo va a ser su punto de referencia, quién “no puede emprender nada contrario a la razón porque sería contrario a su dignidad y naturaleza; no debe violar los derechos iguales de otro hombre, porque de lo contrario no sería posible la convivencia”. Dentro del marco de la razón y del derecho el hombre no puede encontrar ningún otro fin para su existencia terrenal que la formación lo más completa y armónica posible de todas sus potencialidades y fuerzas, este fin debe ser tomado en cuenta en la ordenación de su existencia comunitaria, por ello, el estado de derecho debe “ordenar de tal manera la vida colectiva que cada uno de sus miembros sea apoyado y estimulado en grado máximo en el ejercicio y aprovechamiento de todas sus fuerzas, libre e integralmente”⁷. El déficit más prominente del estado de derecho, es la inexistencia de un sistema de justicia idóneo, donde más del noventa y cinco por ciento de los jueces y fiscales son provisorios, por tanto, carecen de estabilidad, *ergo*, de autonomía e independencia; más allá de esto, carecen de la formación jurídica adecuada, en especial, para tramitar y resolver asuntos de dominio sobre bienes, para lo cual, los jueces requieren de conocimientos profundos de derecho constitucional (por los derechos y garantías, y, los principios constitucionales involucrados), derecho civil (por el régimen de los bienes y sus atributos), y derecho procesal constitucional (por el bien jurídico involucrado en el proceso de “extinción de dominio”; por la necesidad de apelar a instituciones como la ponderación de principios, y; por las garantías y derechos fundamentales implicados). Tampoco, se nos debe escapar que, de acuerdo al Índice de Estado de Derecho del *World Justice*

de una institución, pero que no confieren en cuanto tales derechos subjetivos (De Otto). La creación de la teoría de la garantía institucional se debe a Carl Schmitt, al advertir los déficits de la Constitución de Weimar, en lo atinente a la protección de las libertades públicas, en sus obras *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich* (1931) y *Teoría de la Constitución* (1928), en las que expone con mayor amplitud su doctrina de las garantías institucionales como una técnica constitucional limitadora del poder legislativo.

⁷ Abellan, J., *Liberalismo Alemán del Siglo XIX: Robert Von Mohl*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 33, Mayo-Junio 1983, p. 128.

Project, Venezuela se encuentra en el último lugar de 140 países de todo el mundo, y; a nivel regional, ocupa el lugar 32 de 32 países estudiados en América Latina y el Caribe. Además de Venezuela, los países de la región con los puntajes más bajos son Nicaragua y Haití⁸.

En este contexto de inexistencia de orden constitucional democrático, resulta evidente que la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, es una propuesta legislativa de esencia eminentemente política, cuyo objetivo, parece ser, asegurar mayor nivel de control político sobre el poder económico, lo que generará, sin lugar a dudas, más vulnerabilidad e imprevisibilidad jurídica para disidentes políticos, pero, también para adherentes al proceso, esto es, será una *ley verdugo*, que amenaza a todos, la cual, inexorablemente habremos de reformar en un futuro Estado Constitucional Democrático⁹.

II. ¿“EXTINCIÓN DE DOMINIO” O RESCATE DE DOMINIO?

La extinción de dominio es, usualmente, definida en el derecho comparado (también en Venezuela), como la consecuencia patrimonial de una actividad ilícita. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, este instrumento legal tiene por objeto “establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinados a éstas, así como la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación alguna”; en su artículo 5.3, define la *extinción de dominio* como “la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes y efectos patrimoniales de personas naturales o jurídicas relacionados con actividades ilícitas, mediante sentencia firme, sin contraprestación,

⁸ https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Venezuela_Spanish.pdf.

⁹ Postulo, que el Estado Constitucional Democrático es un estadio de organización superior al actual Estado Constitucional de Derecho, pues, configura un ordenamiento no solo jurídico, sino, también, democrático, esto es, una forma de organización política de una sociedad determinada, que, por una parte, organiza y limita al Poder Público, y; por la otra, limita y organiza el ejercicio de las mayorías políticas, velando por los derechos e intereses de las minorías, entre ellas, a la más importante de las minorías: el individuo.

ni compensación de ninguna naturaleza, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe". De las citas previas, surgen dudas razonables sobre la idoneidad de la nomenclatura de *extinción de dominio*.

En mi opinión, la nomenclatura *extinción de dominio* resulta inadecuada, pues, no es propiamente aplicable a ninguno de los supuestos previstos en el precitado artículo 1. Antes de entrar en esta cuestión, importa señalar que la *extinción de dominio*, es esencialmente una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas, *ergo*, la acción que la encarna es de naturaleza patrimonial (no una acción penal), pues, a través de ella no se persiguen personas, sino, bienes, y la sentencia definitiva a dictarse es declarativa (y con efectos *ex tunc*), esto es, tiene por objeto correr un velo de aparente titularidad al evidenciarse un vicio de ilicitud que subyacía a un dominio formal o aparente sobre un bien, vicio éste (de ilegalidad) que, obviamente, impedía la consolidación de la titularidad por efecto del tiempo.

Realizada la anterior precisión cabe observar, en primer lugar, que la categoría *extinción de dominio*, implica la existencia de una titularidad o dominio¹⁰ válido sobre un bien, y que por circunstancias sobrevenidas debe cesar, pues, sólo es susceptible de extinguirse algo que tuvo vida (jurídica). En tal sentido, no procede aplicar esta categoría a los bienes originados en actividades ilícitas, por cuanto, los bienes adquiridos con recursos de origen ilícito no adquieren legitimidad, ni siquiera por el transcurso del tiempo, *ergo*, no alcanzan a gozar de protección Constitucional. Al tener por objeto, la *extinción de dominio* el rescate de bienes de los que, aparentemente, es titular una persona (natural o jurídica), deriva que, en esencia, nunca ha podido surgir una titularidad legítima, pues, al estar ésta contaminada por conductas ilegítimas previas de los titulares, o de quienes los antecedieron en la propiedad, la misma jamás podrá validarse por efecto del tiempo. Tan conscientes de esta realidad están los redactores de "Ley Orgánica de Extinción de Dominio", que en el artículo 2.2, *ibidem*, establecieron entre sus finalidades, la de "Reafirmar la aplicación y reconocimiento del derecho a la propiedad, *teniendo presente que los bienes adquiridos con recursos*

¹⁰ Es la relación jurídica entre el dueño (titular dominical) y la cosa de su propiedad, configurando así el contenido del derecho de propiedad sobre una cosa corporal.

de origen ilícito no adquieren legitimidad ni consolidan el derecho de propiedad, por lo que no pueden gozar de protección Constitucional o legal". Siendo ello así, surge inevitablemente la siguiente pregunta ¿por qué razón la ley hace referencia (art.1) a la *extinción* en el dominio sobre bienes de origen ilícito, respecto de los cuales, jamás ha podido producirse un dominio válido, susceptible de ser extinguido? La respuesta la vamos a situar, *prima facie*, en la desprolijidad inherente a proyectos político-legislativos impulsados con vocación represiva, sin la debida consulta a la sociedad civil, y sin la debida consulta a, y sin la debida evaluación de, instituciones y sectores fundamentales del país. En una futura reforma de esta ley, una nomenclatura más apropiada sería la de privación definitiva de dominio, como la prevé la *Ley de Privación Definitiva de Dominio* de Honduras, o; el significante *rescate de dominio* en favor del Estado, que proponemos, más compatible con la idea de rescate de dominio en relación al régimen latifundista, prevista en el artículo 307 de la Constitución, conforme al cual: "La ley dispondrá lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecerá las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, *rescatando* igualmente las tierras de vocación agrícola..."

En segundo lugar, la nomenclatura *extinción de dominio*, tampoco, sería aplicable a los bienes de origen lícito destinados a actividades ilícitas (art. 5.1 Ley), por cuanto, en estos casos, destinación de bienes lícitos a delitos (en el ámbito de actividades ilícitas) estaríamos ante la incursión de nuevos hechos punibles ante los que procede la confiscación de los bienes y no la *extinción de su dominio*, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 y siguientes de la Ley contra la Corrupción; artículos 32.2 y 54 y siguientes de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo; artículos 183, 185 y siguientes de la Ley Orgánica de Drogas. A modo de ejemplo, si un empresario presta su empresa para lavar o legitimar capitales, o una empresa cualquiera se asocia con un tercero que aporta recursos frescos ilícitos, y no se hace el debido *compliance*, en estos casos, los bienes originalmente lícitos se contaminarán al involucrarse con bienes de origen ilícito, y por tanto, quedarán expuestos no a que se *extinga el dominio* sobre ellos, sino, a una medida de confiscación, luego de acreditarse judicialmente, la destinación ilícita y la culpabilidad de sus titulares.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL RESCATE DE DOMINIO

Un aspecto que merece ser estudiado con detenimiento, es la naturaleza jurídica de la institución jurídica de *extinción (rescate) de dominio* y de la *acción de extinción de dominio*, asunto, aparentemente, ya clarificado en el derecho comprado; cuestión que, para nada, veo clara en nuestro ordenamiento jurídico, y que es necesario ir precisando.

En mi opinión, en Venezuela, la verdadera naturaleza de esta figura en su dimensión sustantiva, es híbrida (constitucional y civil). Desde una *perspectiva constitucional*, el Estado está habilitado para correr el velo de una titularidad aparente que una persona (natural o jurídica) se atribuye sobre bienes determinados, y rescatar éstos de su dominio aparente y fáctico por ser manifiestamente ilegítimo en su origen y esencia. ¿Cuál sería el fundamento para tal proceder? Obviamente, el artículo 3 de la Constitución que establece los fines del Estado, entre ellos, “la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”; en concordancia con lo dispuesto en el artículo 307, *ibidem*, en virtud del cual, si el Estado está habilitado para rescatar tierras de vocación agrícola, de *legítima titularidad*, ¿por qué razón, no podría rescatar bienes de propiedad ilegítima provenientes de actividades ilícitas? La propiedad aparente, por ilícita, imposibilita, por una parte, su tutela constitucional como derecho de propiedad, y; por la otra, desvirtúa la presunción de inocencia de los titulares (formales y aparentes). Desde la *perspectiva civil*, podemos señalar que es una institución que tiene por objeto la recuperación en favor del Estado de un conjunto de bienes, mediante sentencia judicial y sin compensación alguna, con independencia de la incursión, o no, de sus titulares en actividades ilícitas, pues, su objetivo no es otro que el Estado asuma la titularidad sobre bienes de origen ilícito o destinados a fines ilícitos.

En su dimensión procesal, es una institución inherente al *derecho procesal constitucional*, en la medida en que se trata de un proceso constitucional, cuyo bien jurídico protegido no es un interés particularizado (como en el proceso civil), sino, el interés general expresado en diversas fórmulas principistas (la hegemonía e intangibilidad del principio de supremacía normativa de la Constitución, la preservación del

orden público constitucional, 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) a las que quedan subordinados todo tipo de intereses particulares¹¹; asimismo, estos procesos, van a tener como impronta esencial la ponderación de cuestiones estrictamente constitucionales, como el derecho de propiedad (su legitimidad, consolidación, desconocimiento), la presunción de inocencia, el debido proceso (pruebas, carga dinámica, cosa juzgada fraudulenta, aparente y relativa), la actividad de ponderación de principios entre otras.

IV. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACTIVIDAD ILÍCITA DE ACUERDO A LA “LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”? ¿ESTAMOS ANTE UNA LEY VERDUGO?

De acuerdo con la Ley o el Código Modelo de Extinción de Dominio (ONU), actividad ilícita es: “Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley”. La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio” de Venezuela, en su artículo 5.1, la define como: “Toda actividad tipificada en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente”.

Al efecto, para poder comprender con precisión qué se entiende por actividad ilícita en Venezuela, es fundamental diferenciar este concepto de la figura del delito; este último, se reduce a una acción típica antijurídica, imputable y culpable, sometida a una sanción penal, que supone una infracción del derecho penal, o lo que es lo mismo, se trata de una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En cambio, la actividad ilícita es un concepto que, en un sentido amplio, alude a violaciones al orden jurídico en general (en Colombia, el artículo 1.2 de la ley 1708

¹¹ Ver sentencias N.º 33, de fecha 25 de enero de 2001, caso Baker Hughes S.R.L., y N.º 106, de fecha 11 de febrero de 2004, caso Asociación Bolivariana de Abogados, entre otras.

incluye las actividades que el legislador considere susceptibles de aplicación de ese instrumento legal por *deteriorar la moral social*), y; en un sentido estricto, alude sólo a sanciones penales y administrativas. Como se sabe, el Derecho Administrativo es una disciplina jurídica que procura el correcto balance entre los poderes de la Administración y las garantías de los ciudadanos; dentro de los poderes de la Administración destaca la potestad administrativa sancionadora (noción que debemos a Goldschmidt), en cuyo ejercicio, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por transgresiones al orden jurídico administrativo. Más allá de la discusión respecto a si el *ius puniendi* del Estado es único con dos expresiones (penal y administrativa), o si se trata de dos *ius puniendi* distintos, lo que importa, como afirma Parejo Alfonso, es que “desde el punto de vista del destinatario de cualquiera de los referidos poderes, lo esencial son las garantías, que aparecen definidas, como es lógico, por referencia al poder político propiamente dicho, el penal-judicial, extendiéndose su aplicación -modulada y justificada en su aludida cualificación- a la potestad administrativa sancionadora”¹².

Precisado lo anterior, lo preocupante de la norma contenida en el artículo 5.1 precitado, además, de su aplicación en un contexto de inexistencia de estado de derecho, es la referencia a *toda actividad tipificada en la legislación contra la delincuencia organizada*, esto es, entre estas, la actividad tipificada en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (LOCDOFT), un instrumento legal manifiestamente inconveniente e inconstitucional, que contraría valores, principios y disposiciones normativas establecidos en la Constitución, como el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) consagrado en el artículo 49.6, al establecer una serie de ilícitos penales en los que la conducta antijurídica ha sido esbozada con tal grado de indeterminación, que resulta imposible identificar de manera precisa los presupuestos que dan lugar a la aplicación de las sanciones en ellos establecidas. Ciertamente, con gran indeterminación se establecen delitos: (i) de delincuencia organizada; (ii) contra el tráfico y comercio ilícito de recursos o materiales estratégicos y de los metales

¹² Parejo Alfonso, L. y otros, *Lecciones de derecho administrativo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 681.

o piedras preciosas (arts. 34 al 36); (iii) contra el orden público (artículos 37 al 39); (iv) contra las personas (artículos 40 al 44); (v) contra la administración de justicia (art. 45); (vi) contra la indemnidad sexual (arts. 46 al 49); (vii) contra la libertad de industria y comercio (art. 50); (viii) otros delitos de delincuencia organizada (fabricación ilícita de monedas o títulos de crédito público, art.51); (ix) financiamiento al terrorismo (arts. 52 al 53). Llama, igualmente, la atención que el art. 27 de la LOCDOFT, estableció como delitos de delincuencia organizada, además de los 17 tipificados en la Ley, todos aquellos contemplados en el Código Penal y demás leyes penales especiales, cuando sean cometidos o ejecutados por un grupo de delincuencia organizada en los términos señalados en esta Ley. También, tipifica como delitos los cometidos o ejecutados por una sola persona, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de esta Ley. Es decir, en Venezuela, delito de delincuencia organizada puede ser cualquiera, y, todos los delitos tipificados en distintas leyes penales.

Igualmente, inquietan y mucho, los artículos 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16 y 17 de la LOCDOFT, también, afectados de manifiesta inconveniencia e inconstitucionalidad, pues, consagran una serie de infracciones administrativas (actividades ilícitas), ostensiblemente indeterminadas, en las que puede incurrir una especial categoría de sujetos obligados, entre quienes se encuentran los abogados, las ONG`s, los partidos políticos, candidatos a cargos de elección popular, entre otros; éstas actividades ilícitas, de acuerdo con el artículo 5.1. precitado, son susceptibles de ser subsumidas en la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”.

En efecto, el artículo 9 de la LOCDOFT, establece:

Artículo 9

Sujetos obligados

“Se consideran sujetos obligados de conformidad con esta Ley, los siguientes:

- 1.- Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector bancario;
- 2.- Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector asegurador;
- 3.- Las personas naturales y jurídicas,

cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector valores; 4.- Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector de bingos y casinos; 5.- Los hoteles, empresas y centros de turismo autorizados a realizar operaciones de cambio de divisas; **6.- Las fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucro;** **7.- Las organizaciones con fines políticos, los grupos de electores, agrupaciones de ciudadanos y ciudadanas y de las personas que se postulen por iniciativa propia para cargos de elección popular;** 8.- Oficinas subalternas de registros públicos y notarias públicas; 9.- **Los abogados, abogadas, administradores, administradoras, economistas y contadores o contadoras en el libre ejercicio de la profesión, cuando éstos o éstas lleven a cabo transacciones para un cliente con respecto a las siguientes actividades: a.- Compraventa de bienes inmuebles; b.- Administración del dinero, valores y otros activos del cliente; c.- Administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; d.- Organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías; e.- Creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas y compra y venta de entidades comerciales;** **10.- Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad económica sea: b.- Compraventa de bienes raíces; b.- Construcción de edificaciones (centros comerciales, viviendas, oficinas, entre otros); c.- comercio de metales y piedras preciosas; d.- comercio de objetos de arte o arqueología; e.- marina mercante; f.- servicios de arrendamiento y custodia de cajas de seguridad, transporte de valores y de transferencia o envío de fondos; g.- servicio de asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad; h.- las empresas de compra y venta de naves, aeronaves y vehículos automotores terrestres; i.- los establecimientos destinados a la compra y venta de repuestos y vehículos usados; j.- los establecimientos destinados a la compra, venta, comercialización y servicios de teléfonos celulares nuevos y usados.** La categoría de sujeto obligado podrá extenderse mediante ley o decreto, a otros actores a cuyos fines se establecerán las obligaciones, cargas y deberes que resulten pertinentes a su actividad económica y se determinará el órgano de control, supervisión, fiscalización y vigilancia respectiva”. (Resaltado añadido).

Entre las sanciones referidas, cabe destacar:

Capítulo II

De las obligaciones y sanciones

Artículo 10

Obligación de conservar registros y controlar transacciones

Los sujetos obligados conservarán en forma física y digital durante un periodo mínimo de cinco años, los documentos o registros correspondientes que comprueben la realización de las operaciones y las relaciones de negocios de los clientes o usuarios con éstos, así como los documentos exigidos para su identificación al momento de establecer relaciones de negocios con el sujeto obligado. El plazo indicado se contará:

- 1.- Para los documentos relativos a la identificación de clientes o usuarios (copias o registro de documentos de identidad oficiales, tales como pasaporte, cédula de identidad, permiso de conducir o documentos similares) a partir del día en que finalice la relación.
- 2.- Para aquellos documentos que acrediten una operación, a partir de la ejecución de ésta.
- 3.- Para los reportes de actividades sospechosas, a partir de la remisión del mismo.
- 4.- Para la correspondencia comercial, después de haber concluido la relación comercial.

El incumplimiento de esta norma, será sancionada por el órgano o ente de control del sujeto obligado con multa equivalente entre trescientas unidades tributarias (300 U.T.) y quinientas unidades tributarias (500 U.T.).

Artículo 13

Obligación del reporte de actividades sospechosas

Los sujetos obligados deben prestar especial atención a cualquier transacción o grupo de transacciones independientemente de su cuantía y naturaleza, cuando se sospeche que los fondos, capitales o bienes provienen o están vinculados, o podrían ser utilizados para cometer delitos de legitimación de capitales, acto terrorista o financiamiento al terrorismo o cualquier otro delito de delincuencia organizada. Asimismo, deberán prestar especial atención a tales actividades aun cuando provengan de una fuente lícita.

En los casos anteriores los sujetos obligados deberán informar de manera expedita a través de los reportes de actividades sospechosas a la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera, la cual los analizará y de ser el caso los remitirá al Ministerio Público, a los fines de que éste evalúe la pertinencia del inicio de la investigación penal correspondiente.

El reporte de actividades sospechosas no es una denuncia penal y no requiere de las formalidades y requisitos de este modo de proceder, ni acarrea responsabilidad penal, civil o administrativa contra el sujeto obligado y sus empleados o empleadas, o para quien lo suscribe.

El incumplimiento de la obligación de reportar las actividades sospechosas por parte del sujeto obligado, será sancionado por el órgano o ente de control del mismo, con multa equivalente entre quinientas unidades tributarias (500 UT), y, un mil unidades tributarias (1000 UT).

Artículo 16

Obligación de identificar a terceros intervinientes

Los sujetos obligados deberán establecer por todos los medios posibles la verdadera identidad de los terceros intervinientes y beneficiario final.

El incumplimiento de esta norma será sancionado por el órgano o ente de control del sujeto obligado, con multa equivalente entre un mil unidades tributarias (1.000 UT), y, tres mil unidades tributarias (3000 UT).

Artículo 17

Obligación de reportes de transacciones en efectivo

Los sujetos obligados deberán remitir la información de todas las transacciones en efectivo realizadas en el mes anterior, a la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera conforme a los parámetros y tiempo establecido en coordinación con el órgano o ente de control.

El incumplimiento de esta norma será sancionado por el órgano o ente de control del sujeto obligado, con multa equivalente entre quinientas unidades tributarias (500 U.T.), y, un mil unidades tributarias (1000 UT).

Como se sabe, la enunciación básica del principio de legalidad al que está sujeto la potestad sancionatoria del Estado, se expresa en una

fórmula inherente a todo Estado Constitucional Democrático, conforme a la cual, las conductas y omisiones definidas en la ley como delitos, faltas e infracciones administrativas, deben estar establecidas, necesaria y únicamente, en disposiciones normativas preexistentes, ciertas e inequívocas (garantías de *lex scripta*, *lex certa*, y *lex praevia*) que sólo el Poder Legislativo del Estado puede producir (reserva legal). De lo expuesto, deriva que la LOCDOFT no sólo establece delitos con alto grado de indeterminación, y hace remisión genérica a todos los delitos previstos en el código Penal y leyes penales especiales, sino además, tipifica una serie de sanciones administrativas respecto de un conjunto de personas y entidades que realizan actividades calificadas; quienes no sólo están expuestos a que les sean aplicadas las referidas sanciones administrativas, sino, también, eventualmente, podrían estar sujetos a la aplicación de la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”.

Entre las indeterminaciones pueden indicarse, en primer lugar, la falta de señalamiento de quienes son los órganos de control, y por tanto, facultados para controlar, supervisar, fiscalizar, vigilar y sancionar administrativamente a los sujetos obligados, a que se contraen los numerales 6, 9 y 10 del artículo 9, a saber: fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucros; abogados, administradores, economistas y contadores; y, las personas naturales y jurídicas, cuya actividad económica sean los establecimientos destinados a la compra y venta de repuestos y vehículos usados, y los establecimientos destinados a la compra, venta, comercialización y servicios de teléfonos celulares nuevos y usados; por cuanto, como es evidente y notorio, estos sujetos no tienen específicos órganos de control que puedan supervisar y sancionar su proceder respecto de las cargas administrativas que impone la LOCDOFT. De otra parte, puede observarse que los artículos 10, 11, 13, 14, 15, 16 y 17 de la LOCDOFT establecen sanciones pecuniarias, sin excepción de ningún tipo, a quienes han sido señalados como sujetos obligados (artículo 9) por incursión en las infracciones en ellos señaladas, las cuales, han sido esbozadas con gran imprecisión, especialmente, en relación al o los autores de las conductas antijurídicas, que impiden determinar con certeza cuál es el presupuesto para la imposición de las sanciones, por cuanto, entre los sujetos obligados se encuentran las fundaciones, asociaciones civiles y demás

organizaciones sin fines de lucro; las organizaciones con fines políticos, los grupos de electores, agrupaciones de ciudadanos y de las personas que se postulen por iniciativa propia para cargos de elección popular; y las oficinas subalternas de registro público y notarias públicas, a que se contraen los numerales 6, 7 y 8 del artículo 9; todos los cuales, estarían expuestos a ser sancionados por conductas en las que, dada la naturaleza de su actividad y de sus fines, no podrían incurrir, a saber: la no *conservación de registros y el no control de transacciones*, respecto de documentos o registros que comprueben la realización de las operaciones y *“las relaciones de negocios de los clientes o usuarios con éstos”*. Lo mismo puede predicarse respecto del deber de identificar clientes; reportar actividades sospechosas de clientes; violar la obligación de confidencialidad del reporte sobre actividades sospechosas del cliente; violar la obligación de no cerrar cuentas de clientes; violar la obligación de identificar a terceros intervinientes y beneficiarios finales; y violar la obligación la obligación de reportar transacciones en efectivo, a que se contraen los artículos 11, 13, 15, 16 y 17 de la LOCDOFT.

Asimismo, cabe advertir que el artículo 13, antes transcrito, establece sanción de multa equivalente entre quinientas unidades tributarias y un mil unidades tributarias, a quienes incumplan la obligación de reportar actividades sospechosas, esto es, *cualquier transacción independientemente de su cuantía y naturaleza, cuando se sospeche que los fondos, capitales o bienes provienen o están vinculados, o podrían ser utilizados para cometer delitos de legitimación de capitales, acto terrorista o financiamiento al terrorismo o cualquier otro delito de delincuencia organizada*; sin embargo, debe observarse que la norma precitada establece la aplicación de las referidas obligaciones a los abogados, sin hacer referencia alguna al deber que tienen éstos de guardar secreto profesional sobre sus actuaciones (que imponen tanto el Código de Ética del Abogado, como el Código Penal), sin perjuicio del derecho a no reportar actividades que eventualmente pudieran comprometer su propia responsabilidad penal como facilitadores, pues, la norma aquí cuestionada no obliga a reportar la eventual realización de actividades sospechosas, sino, actividades ya realizadas, en las que estos profesionales pueden haber contribuido a que se *“lleven a cabo”*.

En consecuencia, teniendo presente que al definir la LOCDOFT, con ostensible indeterminación, los tipos penales de asociación para delinquir, terrorismo, y financiamiento al terrorismo, y otros; así como, las infracciones administrativas precitadas; y teniendo presente, la remisión a esta ley, que hace el artículo 5.1. de la “Ley de Extinción de Dominio”, estaríamos ante dos *leyes-verdugo* que generan una gran imprevisibilidad respecto de la aplicación de dichos dispositivos normativos, proyectando hacia la sociedad una percepción de inseguridad e incertidumbre insuperable, incompatible con los postulados axiológicos de un Estado Constitucional Democrático. Ambas leyes, además, han obviado que el propósito fundamental del Estado Constitucional Democrático, es impedir intervenciones o injerencias legislativas ilegítimas a la libertad y a la propiedad, y que, si bien, se *debe proteger al individuo y a la sociedad mediante el Derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, también, se debe defender a éstos de la consagración arbitraria de subtipos de actividad ilícita (Derecho penal arbitrario y derecho administrativo sancionatorio arbitrario)*.

V. BIENES DE ORIGEN ILÍCITO Y DE DESTINACIÓN ILÍCITA

De acuerdo con la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, son objeto de este instrumento legal, todos aquellos bienes que pueden ser objeto de propiedad y son susceptibles de valoración económica, sean éstas muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, incluyendo acciones, títulos, valores y activos digitales, así como las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas derivados de dichos activos (Art. 5.2), y; no conductas o personas.

El artículo 8, de la precitada ley, señala que la extinción de dominio podrá declararse respecto de los siguientes bienes:

1. Que sean derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas; 2. Bienes Utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, para actividades ilícitas; 3. Que sean objeto material de actividades ilícitas; 4. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica de bienes

derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas, utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para actividades ilícitas u objeto material de actividades ilícitas; 5. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; 6. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia; 7. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas; 8. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona sometida a la acción de extinción de dominio, siempre que exista información razonable de que dicho incremento patrimonial se deriva de actividades ilícitas anteriores a la referida acción; 9. Que constituya un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica que haya podido lucrarse o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes de actividades ilícitas, sin que se demuestre suficiente y fehacientemente el origen lícito de dicho incremento patrimonial; 10. Que constituyan ingresos, rentas, frutos, productos o ganancias derivados de los bienes relacionados directa o indirectamente con actividades ilícitas.

Los bienes antes señalados, podemos agruparlos en dos grandes categorías. Bienes producto de actividades ilícitas, y bienes que tienen una destinación ilícita. Entre los primeros, pueden señalarse:

- (i) Bienes que sean derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas.
- (ii) Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica de bienes previstos en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo.
- (iii) Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- (iv) Bienes que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica que haya podido lucrarse o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes de actividades ilícitas, sin que se demuestre suficiente y fehacientemente el origen lícito de dicho incremento patrimonial.

- (v) Que constituyan ingresos, rentas, frutos, productos o ganancias derivados de los bienes relacionados directa o indirectamente con actividades ilícitas.
- (vi) Bienes que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona sometida a la acción de extinción de dominio, siempre que exista información razonable de que dicho incremento patrimonial se deriva de actividades ilícitas anteriores a la referida acción.

En relación a estos bienes cabe precisar, como ya señalamos, que no cabe la declaratoria de *extinción de dominio*, sino, simplemente, su *rescate* directo vía judicial, por cuanto, el dominio ilegítimo no puede subsanarse ni consolidarse por efecto del tiempo. Igualmente, cabe señalar que sólo pueden ser objeto de esta medida judicial aquellos bienes, cuyo origen ilícito ha sido debida y judicialmente acreditado, esto es, bienes respecto de los cuales, no existe duda sobre la ausencia de titularidad, más allá, de la inversión de la carga de la prueba (teoría de la carga dinámica de la prueba), pues, aquí debe prevalecer el principio de presunción de inocencia, de naturaleza convencional y constitucional.

Entre los bienes con destinación ilícita, pueden señalarse:

- (i) Bienes utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, para actividades ilícitas;
- (ii) Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas;
- (iii) Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia;
- (iv) Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia;
- (v) Bienes de origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento preventivo o decomiso.
- (vi) Bienes de origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre dichos bienes.

En este caso, tal como está redactada la norma, los bienes de origen lícito al mezclarse con actividades ilícitas (por ejemplo, utilizar un medio de transporte terrestre, marítimo o aéreo para transportar drogas, o un galpón para guardarlas) o bienes ilícitos (por ejemplo, una empresa que reciba un aporte de capital proveniente de la corrupción o lavado de capitales) van a quedar contaminados, en tal sentido, más que exponerse al mecanismo de *extinción de dominio*, deben quedar sujetos al mecanismo de confiscación por su incursión en delitos asociados a actividades como corrupción, delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, y legitimación de capitales y tráfico de drogas ilícitas; de lo anterior deriva, en mi opinión, que sólo procedería el despojo del bien luego de acreditarse previa y debidamente la culpabilidad penal del titular del bien lícito. Finalmente, importa precisar que, de acuerdo con los términos de esta ley, lo contaminable son bienes en específico, y no patrimonios, por tanto, aun cuando se pueda demostrar que un bien lícito de una persona (natural o jurídica) se mezcló con bienes ilícitos, sólo es susceptible de despojo ese bien en particular.

VI. SUJETOS DEL PROCESO

De acuerdo con esta ley, en el *proceso de extinción de dominio* intervienen distintos sujetos, cumpliendo diferentes roles, sin embargo, dada la configuración de esta ley, es importante destacar los déficits que afectan a algunos de ellos. Así:

1) El Ministerio Público (arts. 11, 20 y siguientes)

Al atribuir, la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, un rol protagónico al Ministerio Público, está generando dos grandes problemas. El primero, es que más del noventa y cinco por ciento de los fiscales son funcionarios provisorios, quienes están sujetos a seguir instrucciones de carácter político del Fiscal General, como de otros miembros de la hegemonía política gobernante.

El otro problema es que, en un contexto de ausencia de una Constitución normativa y ausencia de estado de derecho, al otorgarse gran protagonismo al Ministerio Público, no sólo se está enfatizando en la dimensión represiva de un proceso, de eminente naturaleza híbrida

(constitucional, procesal constitucional y civil), también, se está afectando con ostensibles amenazas a derechos fundamentales como la propiedad y la presunción de inocencia.

2) Jueces de Primera Instancia Civiles y Superiores Civiles (Disposición Transitoria Primera)

Al atribuir la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio” una competencia provisional a los Jueces de Primera Instancia Civiles y Superiores Civiles, está lesionando el contenido esencial del derecho al juez natural. El primero de ellos, es que los jueces no son especializados en una materia híbrida (constitucional, procesal constitucional y civil), como la prevista en la ley; por tanto, carecen de formación para ponderar derechos y garantías constitucionales como los de propiedad, presunción de inocencia, debido proceso, la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, etc.; *ergo*, la normativa que atribuye el conocimiento temporal de estas materias a jueces civiles y provisorios, es manifiestamente inconveniente e inconstitucional, al contrariar lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 49.4 de la Constitución de 1999. Lo constitucionalmente legítimo, sería esperar a la creación de una jurisdicción especializada.

Otro déficit que representa la atribución de facultades a los Jueces de Primera Instancia Civiles y Superiores Civiles, es que más del noventa y cinco por ciento de estos funcionarios son provisorios, quienes al no tener estabilidad, carecen de autonomía e independencia, por tanto, están sujetos a seguir instrucciones del Tribunal Supremo de Justicia, como de otros miembros de la hegemonía política gobernante; en tal sentido, lo sensato sería esperar a la creación de una jurisdicción especializada con jueces estables (no provisorios) que tengan garantizada su autonomía e independencia.

3) Personas sujetas a extinción (arts. 5.4 y 15)

De acuerdo con esta “ley”, son personas sujetas a *extinción de dominio* los titulares aparentes (terceros que no pueden acreditar buena fe,

presuntos herederos) de bienes de todo tipo, y; los titulares legítimos de bienes destinados a las actividades ilícitas previstas en los numerales 2, 3, 5, 6, 11 y 12 del artículo 8; los cuales, representan un universo muy singular e indeterminado de personas, pues, al no exigirse como requisito de la *extinción de dominio* la declaratoria penal de culpabilidad previa (mediante sentencia definitivamente firme), estarían sujetos a esta ley, de manera indiscriminada, todos aquellos propietarios que sean señalados por el Ministerio Público, por funcionarios públicos informantes (art. 13), y, por particulares que aspiren a ser beneficiarios de la recompensa establecida en el artículo 24 de la "ley".

4) Defensor *ad litem* (art. 18)

De acuerdo con la "Ley Orgánica de Extinción de Dominio", el juez podrá designar un defensor *ad litem*, para garantizar los intereses y el pleno ejercicio de los derechos del titular o los titulares aparentes que no comparecieren al proceso de extinción de dominio, así como de aquellos desconocidos en el proceso; faltó señalar en esta norma que tal designación procede sólo en caso de que se acredite en el expediente haberse agotado, previamente, todas las modalidades de citación.

Asimismo, entendiendo que el proceso tiene naturaleza real, pues, se persiguen bienes y no personas, lo procedente es que se incluya en éstos a la Procuraduría General de la República, órgano que tiene la competencia legal para velar (en juicio) por los intereses patrimoniales de la República, en lugar del Servicio de Bienes Recuperados.

5) Terceros de buena fe

Los artículos 5.3, 9 y 11 de la "Ley Orgánica de Extinción de Dominio", hacen expresa mención a los derechos de los terceros de buena fe, los cuales, estarían debidamente salvaguardados, sin embargo, no se señalan parámetros para la ponderación de la buena fe de terceros, por ejemplo, exenta de culpa, quedando su ponderación a cargo de funcionarios judiciales que, en su actividad jurisdiccional, esencialmente ejecutan actos de subsunción.

VII. LA TUTELA CAUTELAR AUTÓNOMA Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

De manera general, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, sostienen que la *tutela cautelar* es una de las expresiones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 26 Constitución 1999), siendo uno de sus aspectos más discutidos su ubicación en el ámbito de este derecho, situándola algunos en el plano del acceso a la justicia, otros en el plano del debido proceso, y otros en el plano de la efectividad del fallo.

Al efecto, cabría advertir, que cualquier discusión sobre la ubicación de esta categoría jurídica en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, carecerá de sentido si antes no se establece su verdadera naturaleza jurídica, por cuanto, si bien se trata de una institución originaria del proceso civil, no debe obviarse que ésta ha adquirido en los *procesos constitucionales* (categoría a la que pertenece la acción de extinción de dominio), una dimensión propia e independiente.

La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, prevé la adopción de medidas cautelares, incluso, sin juicio preexistente y a instancia de órganos auxiliares de justicia (previa autorización del Ministerio Público), lo cual, es una verdadera aberración jurídica, en la medida en que las medidas cautelares sin juicio, y sin preverse un procedimiento para la defensa de los afectados, constituyen una grave lesión de la garantía constitucional del debido proceso, pues, en este contexto no habría instancia jurisdiccional ante la cual ejercer control judicial (oposición y apelación) sobre la medida en cuestión.

Ciertamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25:

Artículo 25. Desde el inicio del proceso, cuando fuere necesario y urgente asegurar un bien objeto sobre el cual presumiblemente pudiese recaer la extinción de dominio y concurren motivos fundados, podrán adoptarse las siguientes medidas cautelares: 1. Prohibición de enajenar y gravar. 2. Aseguramiento preventivo o incautación. 3. Decomiso. 4. Otras medidas cautelares innominadas que resulten razonables y útiles para asegurar la finalidad de la decisión. Las medidas cautelares serán solicitadas, por escrito y sin demora alguna, por el Ministerio Público ante el Tribunal de Extinción de

Dominio, quien deberá pronunciarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la recepción de la solicitud. **El órgano auxiliar de investigación, en casos de extrema necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Extinción de Dominio la respectiva medida, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud.** Las medidas cautelares se ejecutarán independientemente de quien sea el titular del bien. No se exigirá caución para solicitar o acordar medidas cautelares. Dictada la medida, el Juez o Jueza deberá notificar, de manera inmediata y por cualquier vía, al Servicio de Bienes Recuperados, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario y el Servicio Autónomo de Registros y Notarías. **Materializada la medida, el Ministerio Público dispondrá de un plazo de dos (2) meses para ejercer la acción de extinción de dominio. Por motivos fundados, el Tribunal podrá prorrogar este plazo por una sola vez. Vencido el plazo sin que haya sido presentada la acción de extinción de dominio decaerán las medidas cautelares acordadas.** (Resaltado añadido)

Del texto pretranscrito deriva que el aseguramiento de bienes, sin mediar un juicio, supone una medida judicial absolutamente incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, y el derecho a la propiedad, situación tanto más grave, en la medida en que la decisión cautelar autónoma no sólo puede ser prorrogada por dos meses más, sino, además, en este período (de cuatro meses) los bienes podrían ser objeto de venta anticipada, en caso de que los funcionarios del Servicio de Bienes Recuperados “consideren” un riesgo de perecimiento, desvalorización, o deterioro de los bienes comisados, con la autorización de jueces que desconocen temas de mercado (art. 46).

Al efecto, importa precisar que lo anterior es sin perjuicio de que en el juicio de *extinción de dominio* la decisión definitiva sea la declaratoria de improcedencia de rescate del bien o de que el Ministerio Público desista de la solicitud, lo cual, es una verdadera aberración; más aún, si el bien es vendido a un precio inferior (determinado por funcionarios muy alejados de los mercados relativo a cada activo vendido) al precio real, lo cual, podría implicar un grave daño al propietario de un bien temporal e injustamente despojado.

VIII. DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

Antes de abordar la fundamentalidad, o no, del derecho a la prueba, es preciso una necesaria distinción entre derecho constitucional, derecho fundamental, y, derecho humano. Entiendo por derecho constitucional, la situación jurídica reconocida en instrumentos normativos (Constitución, Actas Constitucionales, leyes sobre DDHH) ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico de cada Estado, por lo cual, prevalecen sobre las demás normas jurídicas. En tal perspectiva, derechos constitucionales serían aquellas situaciones jurídicas positivizadas en una norma considerada la fuente jurídica primaria (se trata de algo más que derechos morales o naturales), las cuales, gozan de un *status* cualificado y de tutela reforzada e inmediata. Un buen ejemplo de un derecho constitucional, es el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de 1999.

Al lado de los derechos constitucionales deben distinguirse los derechos fundamentales, esto es, aquellos derechos inherentes a las personas, cuya tutela trasciende el ámbito estrictamente positivo, para adquirir proyección en un ámbito jurídico-moral y territorial más amplio; aquí, deben incluirse: (i) los derechos enraizados en valores y principios universales, por ejemplo, el derecho a la verdad o el derecho a la justicia; (ii) los derechos que derivan de otros derechos (derechos-marco), por ejemplo, el derecho a la defensa como una de las manifestaciones del debido proceso o el derecho a la ejecución de la sentencia, como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, y; (iii) los derechos no positivizados, pero, inherentes a la dignidad humana por más de una sociedad democrática, por ejemplo, el derecho a migrar. Finalmente, imbricados a los derechos precitados se encuentran los derechos humanos, esto es, aquellos que han sido reconocidos y positivizados por el Derecho Convencional (Pactos, Tratados y Convenciones internacionales) en materia de derechos humanos; los cuales, forman diversos *corpus iuris* de estos derechos (internacionales o regionales); un buen ejemplo, serían aquellos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José y, en otros tratados del Sistema Interamericana de Derechos Humanos.

Precisado lo anterior, sostengo que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, en tanto expresión del derecho al debido proceso, pero, esencialmente del derecho a la verdad, en este punto, ambos estrechamente imbricados. Si bien, el artículo 49.1 de la Constitución de 1999, hace referencia al derecho a acceder a las pruebas (en el proceso penal), y a la nulidad de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso, se trata de una referencia muy parcial, acotada, que no incluye todas las dimensiones ni las aristas principales de este derecho. Resulta indiscutible que el derecho a la prueba es una de las manifestaciones adjetivas del derecho-marco al debido proceso; sin embargo, desde una dimensión sustantiva, el derecho fundamental a la prueba está más asociado a la verdad, en tanto derecho inherente al ser humano desde que abandona los mitos y adquiere interés por el *logos*¹³. En la actualidad, la verdad es un bien jurídico de mayor importancia, pues, es un elemento fundamental de la Justicia, en la medida en que sólo una vez que se establezca la verdad, con sólidos elementos probatorios, va a devenir el pronunciamiento judicial definitivo, o como sostiene Ferrer, “la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes”¹⁴; incluso, cabe precisar, que, hoy por hoy, la verdad ni siquiera viene a ser uno de los elementos, sino, el fundamento de la justicia transicional (justicia restaurativa)¹⁵,

¹³ Sócrates sostenía que la verdad se identifica con el bien moral, en virtud de lo cual quien conozca la verdad no podrá menos que practicar el bien.

¹⁴ Ferrer, Jordi, *Valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp 29 y 30.

¹⁵ La categoría de derecho a la verdad la debemos a la Corte IDH desde la sentencia Bamaca Velásquez (25-11-2000), como un derecho de las víctimas y de la sociedad frente a las graves violaciones al DIH o al DIDH. Los aspectos que se quieren resaltar del derecho a la verdad en la Corte IDH se toman a partir de sentencia de la CCC C-715/12: 1).- El derecho a la verdad busca luchar contra la impunidad, se fundamenta en la dignidad humana, en el deber de memoria histórica, así como en el derecho al buen nombre y a la imagen. 2).- Se trata de un derecho que tiene una dimensión individual y colectiva. 3).- El derecho a la verdad constituye un derecho imprescriptible que puede y debe ser garantizado en todo tiempo. 4).- Este derecho no solo implica la importancia y la obligación del Estado de adelantar investigaciones criminales sino también la de incluir mecanismos alternativos “como comisiones de la verdad”. La verdad implica actividad probatoria cuando se refiere a que ésta exige actos de investigación de los hechos por el Estado. Precisamente, la publicidad

la cual, es establecida por un órgano *sui generis*: la Comisión de la Verdad¹⁶.

El derecho fundamental a la prueba no es un derecho formal o expreso, sino, material o implícito, que ha venido siendo reconocido principalmente por las jurisdicciones constitucionales. En tanto derecho fundamental es un derecho subjetivo que corresponde a los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica¹⁷; en el caso concreto, el derecho fundamental a la prueba surge de una relación en la que básicamente intervienen el destinatario de la justicia, y el Estado como rector de la función de la Justicia; en esta relación entre el órgano de justicia y el justiciable se encuentra el testigo, el documento y otros medios de prueba como supuesto, condición y límite de las decisiones judiciales. Este derecho fundamental es, además, polidimensional, por cuanto, no se concreta únicamente en el derecho a promover medios probatorios; a impugnar medios ilegales e impertinentes; a controlarlos; a evacuar pruebas; a la comunidad de prueba; a su valoración¹⁸; sino, además, tiene otras dimensiones que usualmente no advertimos.

Sí, podemos señalar que tiene ciertos atributos esenciales: (i) un núcleo axiológico sobre el que se fundamenta, esto es, el conjunto de valores o principios ético-políticos (verdad, justicia, igualdad) de los cuales el derecho a la prueba es concreción inmediata y necesaria;

como principio de todas las actuaciones del Estado se manifiesta en el derecho a la prueba y en el derecho a la información, con las obligaciones del Estado de divulgación, de hacer los relatos, los informes o poner en conocimiento de la sociedad, entre otros.

¹⁶ Conocer la verdad en el marco de la Justicia Transicional, es fundamental para no dar espacio en el futuro, a teorías revisionistas o negacionistas sobre un período represivo.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 19.

¹⁸ Taruffo, define el derecho a la prueba desde su finalidad: “El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las pruebas relevantes, directas y contrarias de las que se dispone”. Por ello, reconocer el derecho de las partes a promover medios de prueba y a que se evacuen, se torna ilusoria y meramente ritualista, si no se garantizan todas las aristas de este derecho y el resultado probatorio, esto es, la valoración integral de la prueba como parte del juicio en la sede de las decisiones. Taruffo, Michele. (1984). *Il Diritto a la prova. Rivista de Diritto Processuale*, XXXIX (II serie) (Suplemento al N. 4), p. 106.

(ii) un *status* jurídico favorable para una persona, que se reduce a un conjunto de situaciones jurídicas o facultades (derecho a); (iii) un sujeto identificable como titular del *status* favorable, y un sujeto identificable como obligado (alteridad); (iv) un conjunto de situaciones jurídicas que refieren modalidades del deber ser: obligación y prohibición, y; (v) un conjunto de garantías institucionales reforzadas, diferentes y cualitativamente superiores a las acciones judiciales ordinarias (nulidades por violación del orden público constitucional, amparo constitucional, revisión constitucional, tutela del sistema interamericano de DDHH).

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo 37 de la "Ley Orgánica de Extinción de Dominio", prevé que podrán decretarse pruebas de oficio (¿?). Las pruebas se apreciarán por el tribunal según las reglas de la sana crítica (¿?), en este escenario, la pregunta obligada es: ¿qué pasa con las pruebas que tienen tarifa legal o la prueba tasada, sistema en el que la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él? De otra parte, en relación a las pruebas, preocupa, además, que el artículo 37, precitado, señala que "Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos, por lo que se seguirá el principio de la carga dinámica de la prueba".

El derecho subjetivo y fundamental a la prueba, tiene, basándonos en la noción de Ferrajoli, varias expectativas positivas de prestaciones y negativas de no lesiones, pero, también, tiene una carga procesal, la de probar lo afirmado y probar el hecho extintivo de obligaciones, lo cual, es una de las expresiones garantistas asociadas a este derecho.

Ciertamente, de conformidad con lo previsto en el art. 1.354 del Código Civil:

Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Por su parte, el art. 506 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

En este contexto, podemos señalar que el derecho fundamental a la prueba tiene una expresión especial, que podríamos denominar como el *derecho a la alteridad probatoria*, la cual, se reduce a los supuestos previstos en las normas precitadas, concretamente, al supuesto procesal de que la parte que demanda el cumplimiento de una obligación tiene derecho a que se pruebe inequívoca y correlativamente el pago o el hecho extintivo de la obligación que haya sido alegado o invocado por la contraparte.

Sin embargo, este derecho ha recibido un mazazo por parte de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que ha establecido de manera equívoca la doctrina de la carga dinámica de la prueba, en precedente persuasivo N°. RC.000137, de fecha 25 de mayo de 2021, caso: Senzani Internacional, C.A., contra la sociedad de comercio Centro Auto, C.A., y la sociedad de comercio Chrysler de Venezuela L.L.C., hoy FCA Venezuela L.L.C., en el cual, fueron desaplicadas las normas que establecen la carga de la prueba, esto es, los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil.

En la *ratio decidendi* del fallo referido, se estableció expresamente que:

El ad quem debió asumir, que las codemandadas tienen la mejor posibilidad de acreditar la verdad de los hechos, lo que, a pesar de la existencia de las normas de carga probatoria, que deben desaplicarse al caso en concreto, obligan a estos a desplegar la actividad procesal necesaria para probar que el vehículo nuevo vendido no presenta las limitantes que lo convierten en una indebida prestación contractual y, por ende en un incumplimiento capaz de resolver el contrato, pues tal situación de la mecánica de un vehículo nuevo, se trata de una hecho de extrema o muy difícil comprobación (prueba diabólica), pues es el fabricante y el vendedor, -que a su vez

tiene talleres de mantenimiento-, son quienes por tener conocimiento técnico- mecánico y haber intervenido en la elaboración y comercialización de la cosa, los que deben asumir la carga de la prueba y, no la Actora compradora, por lo que cobra importancia el principio del equilibrio procesal de las partes (artículo 15 del código adjetivo civil) que involucra el deber de probar a quien mejor puede hacerlo, "favor probationis" o Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, que hace recaer la carga de la prueba en quien se halla en mejor condición de aportarla, a los fines de obtener la verdad objetiva, doctrina asumida por ésta Sala de forma pacífica y reiterada mediante diferentes decisiones.

Es evidente pues, que el sentenciador superior infringió el artículo 1.354 del Código Civil por errónea interpretación y el 506 del mismo Código por falsa aplicación, tal como se indicó supra, asimismo, dio un sentido distinto al significado propio de las palabras contenidas en las normas jurídicas antes señaladas como infringidas, sin tomar en cuenta la conexión de ellas entre sí, quebrantando por falta de aplicación el artículo 4 del Código Civil, al interpretarlas y aplicarlas de una manera incorrecta, sin tener presente la verdadera intención del legislador, lo cual determina la nulidad del fallo recurrido. Así se establece.

Como puede apreciarse, se trata de un criterio aberrante que ha vulnerado de manera grosera el derecho fundamental a la prueba, pues, la Sala de Casación Civil, invocando, ilegítimamente, la doctrina del Control Difuso de la Constitucionalidad, desaplicó dos normas legales (art. 1.354 del Código Civil y art. 506 del Código de Procedimiento Civil) por supuesta inconstitucionalidad, pero, sin señalar con qué norma constitucional son supuestamente incompatibles las normas legales precitadas. De lo anterior deriva que, en realidad, la Sala de Casación Civil creó un nuevo procedimiento probatorio; invadió competencias legislativas (exclusivas y excluyentes) del Poder Legislativo; omitiendo, además, que sus decisiones constituyen *precedentes persuasivos* que, a tenor de lo previsto en el art. 321 del Código de Procedimiento Civil, deben ser observados por los demás tribunales en aras de mantener la uniformidad de la jurisprudencia.

Asimismo, el derecho fundamental a la prueba, acaba de recibir un segundo mazazo convencional y constitucionalmente ilegítimo, el

preverse en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, que: “Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos, por lo que se seguirá el principio de la carga dinámica de la prueba”; lo cual, constituye una verdadera aberración jurídica, al postularse de manera indiscriminada en un contexto de ausencia de Constitución normativa, de inexistencia de un sistema de frenos y contrapesos institucionales, y de carencia de estado de derecho, la eliminación del derecho fundamental a la *alteridad probatoria*¹⁹.

Sobre el particular, cabe señalar que, si admitimos la existencia de un derecho fundamental a la prueba, cabe observar que de ello derivan importantes consecuencias jurídicas.

1. Intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba

La primera implicación de reconocer el derecho a la prueba como un derecho fundamental, es que el legislador no debe afectar con sus actos privativos el contenido esencial del derecho²⁰, esto es, ninguna ley puede limitar más allá de lo necesariamente razonable este derecho,

¹⁹ No tengo objeción, en lo sustantivo, con la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, creo que se trata de una herramienta procesal poderosa que permite corregir (en ciertos procesos) las desigualdades procesales materiales que derivan de la visión meramente formalista de la igualdad procesal. Mi problema es cómo se pretende instituir esta categoría jurídica, mediante la subversión judicial de las reglas probatorias establecidas en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil, so pretexto del ejercicio del Control Difuso de la Constitucionalidad, cuando en el Sistema Interamericano de DDHH la aplicación de esta novedosa doctrina probatoria ha sido acotada a ciertas circunstancias, y; en el derecho comparado, su institucionalización y desarrollo ha sido impulsado por la vía legislativa, y limitada a ciertos procesos.

²⁰ Tanto en el caso alemán como en el nuestro, la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos; aspectos que se reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo. Parejo, Luciano, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. Revista Española de Derecho Constitucional, 3, 1981, pp. 169-190.

haciéndolo nugatorio; en tal perspectiva, la interdicción de afectar el contenido esencial de derecho, contiene una dimensión negativa de prohibición o limitación al legislador ordinario, y; una positiva de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional e irreductible en dichos derechos. En consecuencia, las limitaciones o restricciones que se puedan establecer, deben cuidarse de no incidir en el contenido esencial del derecho a la prueba, pues, en este escenario la legítima función de regulación del Poder legislativo mutaría en una actividad ilegítima de supresión de un derecho fundamental.

Al efecto, los señalamientos a que se contrae el artículo 37 de la "Ley Orgánica de Extinción de Dominio", en el sentido de que podrán decretarse pruebas de oficio (¿?); de que todas las pruebas se apreciarán por el tribunal según las reglas de la sana crítica (¿?), y; de que: "Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos, por lo que se seguirá el principio de la carga dinámica de la prueba"; no sólo inquietan y mucho, sino, además, inciden en el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba, al punto de subvertir las garantías constitucionales que tutelan este derecho fundamental, afectando la esencia del derecho a la prueba. Ello, sin contar que estas "innovaciones probatorias" se pretenden implementar mediante una *ley verdugo*, y en un contexto de ausencia de una Constitución normativa, de un sistema de frenos y contrapesos institucionales y, de estado de derecho. En esta perspectiva, la pregunta obligada es: ¿qué pasa con las pruebas que tienen tarifa legal o la prueba tasada, sistema en el que la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él? Obviamente, la respuesta es que el contenido del artículo 37 de la "Ley Orgánica de Extinción de Dominio", es manifiestamente ilegítimo al subvertir el régimen probatorio, convencional, constitucional y legalmente establecido para garantizar a las partes su derecho a la prueba; en tal sentido, mientras no se declare su nulidad por inconstitucional debe ser desaplicado con base a la doctrina del Control Difuso de la Constitucionalidad.

2. El derecho fundamental a la prueba da lugar a una tutela constitucional

Al ser el derecho a la prueba un derecho fundamental, y estar asociado al derecho a la verdad y al debido proceso, inmediatamente queda imbricado a este derecho a la garantía de tutela constitucional²¹ a través de la más relevante de las garantías adjetivas, la jurisdicción constitucional, en su modalidad de amparo y revisión constitucional de sentencias definitivamente firmes; por tal razón, todas las normas de la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, en especial su artículo 37, deben quedar supeditadas a la observancia de las normas constitucionales que tutelan el derecho a la verdad, a la tutela judicial efectiva, y el debido proceso.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N°. 100/2008, ratificando lo establecido en las sentencias N°. 831/02 y N°. 1489/02, estableció que cuando no se aprecia una prueba fundamental que es determinante para el fondo de la decisión, procede el amparo y la revisión constitucional.

De manera concreta la Sala Constitucional, precisó:

Respecto a las pruebas, debe señalarse que los jueces que las inadmítan injustificadamente o no se pronuncien de las mismas incurrirán en el silencio de pruebas establecido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual, puede ser objeto de protección constitucional. Esto implica, negar las pruebas sin motivación alguna o bajo argumentos contrarios a los principios del proceso. En estos supuestos, la parte, además de enterar al juez constitucional sobre la negativa de la tramitación de la prueba, debe demostrar que dicha prueba es esencial para sostener su pretensión y fundamental para modificar la decisión de la causa. (...) el juez constitucional puede conocer excepcionalmente del análisis probatorio, siempre que la valoración efectuada sobre la prueba contrarie principios elementales en materia probatoria que generen una auténtica

²¹ Taruffo usa la expresión *diritto alla prova* para referirse a la prueba desde lo constitucional como algo digno de tutela de las garantías de las partes; y explica que lo tradicional ha sido hablar *diritto delle prove* para indicar las normas que regulan la admisibilidad de los medios de prueba, los procedimientos para su ascensión en el juicio y su eficacia, y las consideraciones sobre las partes, han sido sobre todo para hablar de la satisfacción de las cargas probatorias por las mismas. Taruffo, Michel, *Il Diritto a la prova. Rivista de Diritto Processuale*, XXXIX (II serie) (Suplemento al N. 4). 1984, pp 74-75.

indefensión a la parte. Al igual que ocurre en la inadmisión injustificada de pruebas, el accionante en amparo o solicitante de la revisión debe demostrar que dicha probanza es fundamental para prevalecer su pretensión y que su análisis tiene el valor suficiente para cambiar el sentido de la decisión definitiva.” (Resaltado de la Sala).

3. El ejercicio abusivo del derecho fundamental a la prueba deviene en ilegitimidad

Si bien el derecho a la prueba tiene carácter fundamental, no es menos cierto que su ejercicio dentro de un proceso judicial debe ser mesurado, atemperado, y proporcionado, de manera tal, que no afecte el correlativo derecho fundamental a la prueba de la contraparte, impidiendo, por ejemplo, la posibilidad de control de la prueba.

Al efecto, es preciso referir la sentencia N°. 236/2003, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que decidió un amparo en un notorio litigio entre dos empresas cerveceras venezolanas, en el que participé, precisamente, ante la jurisdicción constitucional de amparo. En este fallo, la Sala Constitucional, tutelando el derecho a la prueba de nuestra representada, ante la admisión, por parte de un tribunal de instancia, de 235 testigos y de más de ocho mil folios de documentos públicos y privados, estableció lo siguiente:

Es la evacuación la que viene a afectar el derecho de defensa de una de las partes -quien así lo reclama- y no es la apelación declarada con lugar del auto de admisión de pruebas, quien puede resolver la conculcación del derecho de defensa del apelante, ya que la proposición de un excesivo número de testigos que van a deponer sobre los hechos, siempre será una prueba legal y pertinente, que mal puede considerarse prueba entorpecedora o dilatoria, inadmisibles (artículo 868 del Código de Procedimiento Civil). (...)

Por ello, la Sala considera que a pesar de la apelación interpuesta, amparos por estas causas siempre serán admisibles, si es que la forma de evacuación -que es por demás legal y desarrollada en el Código de Procedimiento Civil- deviene en una disminución o cercenamiento del derecho de defensa del no promovente.

A juicio de la Sala, la garantía del derecho de defensa está por encima del formalismo no esencial, tal como lo previenen los artículos 26 y 257 constitucionales, y que en casos como éste en que el derecho de

defensa de una parte puede quedar conculcado, el juez de instancia, en base al artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, debe tomar providencias para escalonar en lo posible, las pruebas, a fin que no coincidan los diversos actos en una misma fecha y hora, por lo que debe desaplicar la fórmula del artículo 400 del Código de Procedimiento Civil y tutelar el derecho de defensa del perjudicado.

En síntesis, en esta sentencia la Sala Constitucional estableció con gran fuerza que el derecho fundamental a la prueba, tampoco puede resultar menoscabado por una de las partes que, a su vez, abusando de su respectivo derecho fundamental a la prueba, promueve un número exorbitante de medios probatorios a conciencia de que el juez no podía inadmitirlas por razones de ilegalidad o impertinencia.

4. Tutela convencional del derecho fundamental a la prueba y cosa juzgada fraudulenta

¿Qué ocurre cuando en un litigio contra el Estado no se tiene acceso a las pruebas, o cuando se profiere un fallo que omite la evacuación o valoración de todas las pruebas, y no se obtienen remedios en el ámbito interno?

Queda abierta la vía convencional ante el Sistema Americano de Derechos Humanos, que, como sabemos, brinda una tutela reforzada ante violaciones de derechos fundamentales, que no han podido ser tuteladas en el orden interno. La Corte IDH se ha referido en diversas sentencias al tema probatorio, ha establecido, por ejemplo, que “la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”, especialmente cuando éste es “quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”. De esta forma, la Corte ha aplicado la doctrina de la carga dinámica de la prueba²², conocida como la posibilidad de trasladar la carga de probar los hechos a la parte que está en mejores condiciones para hacerlo.

En el caso *Almonacid*²³, la Corte señaló que el principio *ne bis in idem* no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando

²² Sentencia caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 26 de junio de 1987, párr. 29.

²³ Sentencia caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, de 26 de septiembre de 2006.

aparecen nuevas pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada (fraudulenta), puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

La Corte IDH ha venido desarrollando, desde el año 2.004, la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta, cuando en un proceso judicial resulta vulnerado el derecho al debido proceso; así, en el caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala²⁴, adujo que este tipo de fraude resulta de un juicio “en el que no se han respetado las reglas del debido proceso”, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad, supuestos estos plenamente imbricados con la actividad probatoria judicial.

5. El derecho fundamental a la prueba y su violación mediante la asignación arbitraria de la obligación de probar: derecho a la alteridad probatoria

El derecho subjetivo y fundamental a la prueba, tiene, basándonos en la noción de Ferrajoli, varias expectativas positivas de prestaciones y negativas de no lesiones, pero, también, tiene una carga procesal, la de probar lo afirmado y probar el hecho extintivo de obligaciones, lo cual, es una de las expresiones garantistas asociadas a este derecho.

Ciertamente, de conformidad con lo previsto en el art. 1354 del Código Civil:

Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Por su parte, el art. 506 del Código de Procedimiento Civil, dispone: Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

²⁴ Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

En este contexto, podemos señalar que el derecho fundamental a la prueba tiene una expresión especial, que podríamos denominar como el *derecho a la alteridad probatoria*, la cual, se reduce a los supuestos previstos en las normas precitadas, concretamente, al supuesto procesal de que la parte que demanda el cumplimiento de una obligación tiene derecho a que se pruebe inequívoca y correlativamente el pago o el hecho extintivo de la obligación que haya sido alegado o invocado por la contraparte.

IX. EFECTO RETROSPECTIVO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, la “extinción” procederá, aunque los presupuestos fácticos exigidos para su declaratoria hubieren ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.

Esta previsión normativa genera razonables dudas, en la medida en que establece efectos ilimitados hacia el pasado. La pregunta que surge es: ¿no existe límite en cuanto al pasado? Se entiende que ante esta figura no procedería el derecho de *usucapión* sobre inmuebles. Empero, teniendo presente que Venezuela ha padecido guerras civiles, asonadas, autoritarismos de todo tipo, en los que la propiedad ha resultado siempre afectada, y cambiado de manos por efecto de actos de simple despojo, la segunda pregunta que surge es: ¿Hasta dónde llega el efecto hacia el pasado? ¿sólo hasta el pasado reciente o podría alcanzar a la Venezuela del siglo XIX?

X. DE LAS SENTENCIAS Y LA COSA JUZGADA FRAUDULENTA

La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio” dará lugar a muchos abusos, y, probablemente, dará lugar a la incursión en muchas corruptelas, sin embargo, siempre quedará disponible, en una futura institucionalidad democrática (que se encuentre con sentencias aberrantes que incurren en despojos ilegítimos), a quienes sean víctimas de abusos, invocar la cosa juzgada fraudulenta, esto es, aquella que emerge en los

juicios en los que se viola la garantía del debido proceso, la tutela judicial efectiva, u otras garantías constitucionales o derechos fundamentales, o en aquellos juicios en los que no hubo imparcialidad. Por tanto, esta cosa juzgada fraudulenta no será válida por no ser convencional o constitucionalmente legítima²⁵.

La cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que, por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (Cosa Juzgada formal) o en otro proceso (Cosa Juzgada Material). En este último aspecto, el efecto de la Cosa Juzgada material se manifiesta fuera del proceso, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos.²⁶ La inmutabilidad de la cosa juzgada está sujeta a ciertas excepciones de carácter convencional, constitucional y de carácter legal, pero, también, de carácter político. La excepción de carácter convencional, la encontramos en el artículo 20.3, del Estatuto de Roma; la excepción de carácter constitucional ha sido establecida por la Sala Constitucional, al mutar la norma del artículo 336.10, de la Constitución, en el precedente vinculante establecido en la sentencia N.º. 93/2000, caso Corpoturismo, en la que se arroga la facultad de revisar sentencias de cualquier naturaleza; las excepciones de carácter legal, serían las previstas: a).- en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 328, que enumera las causales taxativas de invalidación de sentencias definitivamente firmes; b).- en la Ley Orgánica de Amparo, que prevé el amparo contra sentencias; y c).- en el Código Orgánico

²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, viene delineando desde el año 2000, en una serie de fallos, el alcance respecto a lo que debe entenderse como cosa juzgada fraudulenta; así, en el caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, adujo que la normativa internacional examina qué es lo que se conoce como este tipo de fraude, señalando que esta actividad defectuosa resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad (Corte IDH, 2004, párr. 131).

²⁶ La eficacia de la autoridad de la cosa juzgada, se traduce en: a) Inimpugnabilidad, según la cual, la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (*non bis in idem*). A ello, se contrae el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) Inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada autoridad de cosa juzgada. A ello, se contrae el artículo 49.7 de la Constitución.”

Procesal Penal, en su artículo 463, cuando consagra la posibilidad de que “en todo tiempo y únicamente a favor del imputado” sea revisada la sentencia firme. Las excepciones de carácter político, serían el indulto y la amnistía.

Al lado de estas excepciones, debe advertirse que, en países signados por la carencia de estado de derecho, con frecuencia se produce la denominada cosa juzgada fraudulenta, entendida como aquella que emerge en los juicios en los que se viola la garantía del debido proceso, de tutela judicial efectiva, u otras garantías constitucionales o derechos fundamentales, o en aquellos juicios en los que no hubo imparcialidad ni respeto al debido proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, viene delineando desde el año 2.000, en una serie de fallos, el alcance respecto a lo que debe entenderse como cosa juzgada fraudulenta; así, en el caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*²⁷, adujo que la normativa internacional examina qué es lo que se conoce como este tipo de fraude, señalando que esta actividad defectuosa resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad (Corte IDH, 2004, párr. 131)²⁸.

Asimismo, según los casos, podrá invocarse la cosa juzgada aparente²⁹ y la cosa juzgada relativa³⁰. En esta perspectiva, importa mencionar la sentencia N°. RC.000492 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de noviembre de 2010, mediante la cual, señala:

(...) reitera el criterio anterior y deja asentado que es posible anular los efectos de la cosa juzgada cuando de las actas procesales se evidencie que el juez omitió el cumplimiento de formalidades esenciales en quebranto del derecho de defensa de

²⁷ También, caso *Almonacid vs Chile*.

²⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf

²⁹ Cosa juzgada aparente se produce cuando existe falta absoluta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada con lugar o sin lugar una demanda, por lo que la decisión pierda fuerza jurídica necesaria y confianza legítima para ilustrar casos ulteriores en los cuales se plantean supuestos de hecho parecidos.

³⁰ Cosa juzgada relativa se produce cuando un tribunal en el momento de hacer su análisis, no ha tenido en consideración determinadas hipótesis posibles relacionadas con la verdad procesal.

las partes, lo que está sujeto a su vez a que se compruebe, como en el caso de autos, graves anomalías en el proceso que afectan su validez, con lo cual se entiende que no puede considerarse firme un fallo, cuando aún subsiste, por irregularidades en el proceso, entre ellas, de la notificación para la concurrencia del intimado al juicio". (resaltado añadido).

En sentencia N° RC.000089 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de febrero de 2014, señaló:

(...) pero si el carácter de cosa juzgada anómala o aparente; sobre el particular, **la Sala ha expresado en casos similares que no existe cosa juzgada aparente cuando graves anomalías afecten la validez del procedimiento y que "la cosa juzgada obtenida con dolo... no vale como tal"**. Asimismo, dejó asentado que "... no puede considerarse firme un fallo, cuando aún subsiste, por irregularidades en la notificación...". (Ver, Sentencia de fecha 18 de diciembre de 1985, caso R.C.G.A. contra Compañía Nacional de Teléfonos de Venezuela, CANTV, ratificada en decisión más reciente del 1 de diciembre de 2002, caso V.M.S.A. contra G.R.R.R. y otros). (resaltado añadido).

La cosa Juzgada aparente es el efecto de una sentencia dictada en un proceso donde no hubo relación procesal debido a la falta de algún requisito de existencia del mismo. Dicha situación es irregular, ya que lo común es que las sentencias sean dictadas en un proceso completo y sano, es decir, exento de vicios, para así producir plenos efectos en la vida del Derecho (acción y excepción de cosa juzgada). Lo expuesto se ve reforzado con la incorporación en la Constitución de 1999, de la cosa juzgada como una de las expresiones del debido proceso, al referirse a aquella obtenida dentro del marco de un proceso debido, lo que se entiende por argumento en contrario, que aquella sentencia obtenida en fraude del objeto del proceso, sólo generará una expectativa de derecho, solo será tenida como cosa juzgada "aparente", lo que implica que los asuntos tratados en ella pueden ser sometidos nuevamente a la consideración de los órganos jurisdiccionales.

CONCLUSIONES

- 1) La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio” no puede ser aplicada en un contexto de ausencia de una Constitución normativa, de inexistencia de frenos, contrapesos institucionales, e inexistencia de Estado de Derecho.
- 2) La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio” es una Ley que está afectada por una serie de vicios que afectan su legitimidad convencional y constitucional; asimismo, está afectada por déficits sistémicos, metodológicos, epistémicos, y conceptuales.
- 3) La “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, es una ley que regula, en realidad, por una parte, el rescate de dominio, y; por la otra, confiscación de bienes destinados a actividades ilícitas.
- 4) La naturaleza jurídica de la extinción de dominio en Venezuela, es distinta a la de otros países; además, es fundamental distinguir entre la naturaleza jurídica de la institución de la *extinción (rescate) de dominio* y la naturaleza jurídica de la acción judicial.
- 5) La noción de actividad ilícita prevista en la ley, tiene dos dimensiones: delitos y sanciones administrativas.
- 6) La tutela cautelar autónoma prevista en la “Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, es manifiestamente inconventional e inconstitucional.
- 7) La configuración del régimen probatorio en el proceso de *extinción de dominio*, es absolutamente inconventional e inconstitucional.
- 8) Las sentencias de *extinción de dominio* que se produzcan, en el actual entorno constitucional de Venezuela estarán afectadas de **cosa juzgada fraudulenta**.